

---

ESTUDIOS	L'Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona	
	ELISA BARONCINI	5
	Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado	
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	38
	Las definiciones de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea	
	AMELIA CASTRESANA	103
	Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44	
	MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	125
	Algunas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado	
	ELSA DIAS OLIVEIRA	139
	La Constitución económica de la Unión Europea. bases de un modelo en constante evolución	
	LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ/JOSÉ RAMÓN CANEDO ARRILLAGA	163
	Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad?	
	JULIA SUDEROW	184
	La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor	
	EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA	199
	World policy battles on pharmaceutical patent protection: micro-history of a forum shift and its legal implications	
	PABLO ZAPATERO MIGUEL	217
	Drugs in a brave new world of trips+ schemes: the case for legal ceilings on extra patent protection	
	PABLO ZAPATERO MIGUEL	229

---

---

VARIA	Acciones declarativas negativas y <i>forum delicti commissi</i> . ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. <i>Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA</i> . PILAR BLANCO-MORALES LIMONES	240
	De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, <i>Mahamdia C. República de Argelia</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	254
	The protection of persons with disabilities in Private International Law SARA TONOLO	273

---

SOBRE CDT	Normas de publicación	282
-----------	-----------------------	-----

---

## ***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 internationales  
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO  
(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 MANSSEL  
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY  
(Max Planck Institut  
für ausländisches und internationales  
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)

### **Comité de Evaluación**

SERGIO CÁMARA LAPUENTE  
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL  
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU

(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA  
(Univ. de Navarra)

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

# L'UNIONE EUROPEA E LA PROCEDURA DI CONCLUSIONE DEGLI ACCORDI INTERNAZIONALI DOPO IL TRATTATO DI LISBONA

ELISA BARONCINI

*Professore aggregato di diritto internazionale  
Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli Studi di Bologna  
Associate Research Fellow, Leuven Centre for Global Governance Studies*

Recibido: 14.02.2013 / Aceptado: 20.02.2013

**Riassunto:** L'articolata disciplina per la conclusione degli accordi internazionali tra l'Unione europea ed i Paesi terzi, nonché le organizzazioni internazionali, è contemplata agli artt. 218, 219 e 207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), coinvolgendo tutte le istituzioni del processo legislativo dell'Unione, la Corte di giustizia, e l'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR). Mentre l'art. 219 TFUE è dedicato agli accordi in materia di regime monetario o valutario, e l'art. 207 TFUE indica la procedura da seguirsi per la conclusione degli accordi di politica commerciale comune, l'art. 218 TFUE stabilisce la disciplina di carattere generale, dunque da applicarsi per tutte le politiche dell'Unione, inclusa la politica estera e di sicurezza comune (PESC) –rispetto alla quale, comunque, la disposizione in oggetto mantiene un approccio marcatamente intergovernativo, incentrando sull'Alto Rappresentante e sul Consiglio dell'Unione i negoziati e l'approvazione degli accordi PESC.

L'art. 218 TFUE si occupa delle diverse fasi della vita di un accordo internazionale, quindi i negoziati, la firma, la conclusione, alcuni aspetti dell'esecuzione, nonché la sospensione degli impegni pattizi sottoscritti dall'Unione europea. Rispetto alla formulazione originaria del Trattato di Roma del 1957, il diritto primario ora dedicato alla procedura degli accordi internazionali è stato notevolmente ampliato, riflettendo la sempre più rilevante ed estesa attività di treaty-maker dell'Unione, nonché l'esigenza di dare risposta a diversi nodi irrisolti di carattere politico-istituzionale: si tratta, in particolare, della necessità di maggiore precisione e trasparenza per il ruolo e le attività delle varie istituzioni europee nella definizione ed esecuzione degli impegni pattizi, anche al fine di garantire una chiara rappresentanza dell'Unione sul piano internazionale; e della doverosità di un maggiore coinvolgimento, per la connotazione democratica delle relazioni esterne, del Parlamento europeo.

Pare, quindi, più che opportuno compiere un'analisi della disposizione di diritto primario così significativamente rivista dal Trattato di Lisbona –entrato in vigore il 1 dicembre 2009- per verificarne l'impatto sulla rappresentanza unitaria dell'Unione nelle relazioni internazionali e sulle dinamiche interistituzionali del triangolo decisionale europeo, con particolare riferimento al ruolo del Parlamento europeo.

**Parole chiave:** conclusione di accordi internazionali, negoziati internazionali, rappresentanza internazionale dell'Unione europea, conflitto interistituzionale, Parlamento europeo, applicazione provvisoria degli accordi internazionali, soft law.

**Abstract:** Article 218 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) sets the general procedure the European Union (EU) has to follow when concluding international agreements with third countries and international organizations. It comprises all the institutions involved in the legislative decision-making of the Union, the Court of Justice, and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (HR). With few exceptions -i.e. Article 207 TFEU for agreements on common commercial policy, and Article 219 TFEU for agreements concerning monetary or foreign

exchange regime matters- Article 218 TFEU is thus to be applied to all the EU policies, while still maintaining an intergovernmental approach for the Common Foreign and Security Policy (CFSP), reserving to the High Representative and the Council of the Union all the powers regarding the negotiation and conclusion of CFSP agreements.

Article 218 TFEU concerns all the various phases of the life of an international agreement –i.e. negotiations, signature, conclusion, some aspects of implementation, together with the suspension of the treaty obligations undertaken by Europe. EU primary law, as deeply revised by the Lisbon Treaty, mirrors the always more relevant and widespread activity of the EU as treaty-maker. In particular, Article 218 TFEU makes an effort to promote and support a more transparent and democratic conduct of EU international relations, contemplating now significant powers for the European Parliament in the definition of the treaty instruments agreed on by Europe.

It seems, therefore, necessary to undertake an analysis of Article 218 TFEU, in order to assess the impact of this new provision on the unified representation of the European Union in international relations and the inter-institutional dynamics of the EU decision-making triangle, with particular reference to the role of the European Parliament.

**Key words:** conclusion of international agreements, international negotiations, international representation of the European Union, inter-institutional conflict, European Parliament, provisional application of treaties, soft law.

**Sommario:** I. Introduzione. II. La nozione di accordo internazionale. III. I negoziati. IV. I negoziati degli accordi considerati di natura “mista”: il caso della Convenzione internazionale di Minamata sul mercurio. V. La firma e la conclusione degli accordi. VI. I poteri del Parlamento europeo nella conclusione di accordi internazionali. VII. La rivendicazione del pieno rispetto delle nuove prerogative assembleari: le bocciature, da parte del Parlamento europeo, dei progetti dell’Accordo SWIFT, del Protocollo di pesca con il Marocco e dell’Accordo ACTA. VIII. Il dovere di immediata e piena informazione del Parlamento europeo e l’Accordo interistituzionale tra Commissione e Parlamento del 20 ottobre 2010. IX. L’applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali e la rinnovata attenzione verso le nuove prerogative del Parlamento europeo. X. La via contenziosa del Parlamento europeo alla tutela delle proprie, accresciute, prerogative: il ricorso contro la decisione del Consiglio sulla concessione di possibilità di pesca ai pescherecci venezuelani. XI. Segue: il ricorso del Parlamento europeo contro la decisione PESC per la conclusione dell’Accordo con la Repubblica di Mauritius sul trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria. XII. La sospensione di un accordo internazionale. XIII. L’adozione delle posizioni da adottare a nome dell’Unione negli organi comuni degli accordi internazionali. XIV. La delega al negoziatore ad approvare a nome dell’Unione modifiche ad un accordo internazionale. XV. Il parere della Corte di giustizia sulla compatibilità di un accordo previsto con i Trattati dell’Unione. XVI. Conclusioni.

## I. Introduzione

1. L’articolata disciplina per la conclusione degli accordi internazionali tra l’Unione europea ed i Paesi terzi, nonché le organizzazioni internazionali, è contemplata agli artt. 218, 219 e 207 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), coinvolgendo tutte le istituzioni del processo legislativo dell’Unione, la Corte di giustizia, e l’Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Mentre l’art. 219 TFUE è dedicato agli accordi in materia di regime monetario o valutario,<sup>1</sup> e l’art. 207 TFUE indica la procedura da seguirsi per la conclusione degli accordi di politica commerciale comune,<sup>2</sup> l’art. 218 TFUE stabilisce la disciplina di carattere generale, dunque da

<sup>1</sup> Su tali accordi cfr. S. CAFARO, *La dimensione esterna della politica monetaria*, in E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 200-211.

<sup>2</sup> Sulla *trade policy* dell’Unione europea v. E. ADOBATI, G. CAPECCHI, N. PARISI, A. SANTINI, M.C. STATELLA, *Il mercato interno e la politica commerciale comune*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell’Unione europea – Parte speciale – Il diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, pp. 95-191; E. BARONCINI, *La politica commerciale comune*, in E. BARONCINI,

applicarsi per tutte le politiche dell'Unione, inclusa la Politica estera e di sicurezza comune –rispetto alla quale, comunque, la disposizione in oggetto mantiene un approccio marcatamente intergovernativo, incentrando sull'Alto Rappresentante e sul Consiglio dell'Unione i negoziati e l'approvazione degli accordi PESC.

L'art. 218 TFUE si occupa delle diverse fasi della vita di un accordo internazionale, quindi i negoziati, la firma, la conclusione, alcuni aspetti dell'esecuzione, nonché la sospensione degli impegni pattizi sottoscritti dall'Unione europea. Rispetto alla formulazione originaria del Trattato di Roma del 1957, il diritto primario ora dedicato alla procedura degli accordi internazionali è stato notevolmente ampliato, riflettendo la sempre più rilevante ed estesa attività di *treaty-maker* dell'Unione, nonché l'esigenza di dare risposta a diversi nodi irrisolti di carattere politico-istituzionale: si tratta, in particolare, della necessità di maggiore precisione e trasparenza per il ruolo e le attività delle varie istituzioni europee nella definizione ed esecuzione degli impegni pattizi, anche al fine di garantire una chiara rappresentanza dell'Unione sul piano internazionale; e della doverosità di un maggiore coinvolgimento, per la connotazione democratica delle relazioni esterne, del Parlamento europeo.<sup>3</sup>

Pare, quindi, più che opportuno compiere un'analisi della disposizione di diritto primario così significativamente rivista dal Trattato di Lisbona –entrato in vigore il 1 dicembre 2009- per verificarne l'impatto sulla rappresentanza unitaria dell'Unione nelle relazioni internazionali e sulle dinamiche interistituzionali del triangolo decisionale europeo, con particolare riferimento al ruolo del Parlamento europeo.

## II. La nozione di accordo internazionale

2. Prima di addentrarci nella disamina del complesso tessuto dell'art. 218 TFUE, occorre soffermarsi sulla portata da attribuire alla nozione di «accordo internazionale» in esso contemplata. Il Trattato di Lisbona, infatti, non contiene la definizione di tale fonte del diritto internazionale. Per colmare tale lacuna si può indubbiamente fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia: quest'ultima, riprendendo la nozione di accordo espressa dal diritto internazionale, imperniata sul principio della libertà delle forme, prevede che gli elementi costitutivi dello strumento pattizio siano la presenza di due o più soggetti internazionali, l'incontro delle loro volontà nel senso di assumere impegni vincolanti, e la scelta delle parti contraenti di sottoporre gli obblighi e i diritti congiuntamente definiti alla disciplina del diritto internazionale. Pertanto, nelle parole dei giudici di Lussemburgo, l'art. 218 TFUE «utilizza l'espressione 'accordo' in un senso generale, per designare ogni impegno avente carattere vincolante, assunto da soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla sua forma.»<sup>4</sup>

---

S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, cit., pp. 135-162; M. BUNGENBERG, *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, pp. 123-151; F. HOFFMEISTER, *The European Union's Common Commercial Policy a Year after Lisbon – Sea Change or Business as Usual?*, in P. KOUTRAKOS (ED.), *The European Union's External Relations a Year after Lisbon*, CLEER Working Papers 2011/3, pp. 83-95; R. LEAL-ARCAS, *The European Union's New Common Commercial Policy after the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (EDS.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 262-284; A. MIGNOLLI, *La politica commerciale commune*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo – Le politiche dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 133-179; A. NIEMANN, *The Common Commercial Policy: From Nice to Lisbon*, in F. LAURSEN (ED.), *The EU's Lisbon Treaty – Institutional Choices and Implementation*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2012, pp. 205-227; P. PIVA, *La politica commerciale commune*, in Girolamo STROZZI (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 417-453.

<sup>3</sup> Sull'evoluzione dell'equilibrio istituzionale dell'Unione in materia di relazioni esterne a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona cfr. F. FINCK, *L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, in *RTD eur.*, 2012, pp. 594-I – 594-28; A. IANNIELLO SALICETI, *Articolo 218 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2012, pp. 1593-1613.

<sup>4</sup> CGUE, parere 1/75 dell'11 novembre 1975, *Accordo dell'OCSE relativo alle norme sulle spese locali*, in *Racc.*, 1975, p. 1355, sez. A.

### III. I negoziati

3. L'iniziativa per l'avvio della fase negoziale – ossia del processo nel quale i rappresentanti dei soggetti internazionali interessati a stipulare un accordo discutono ed eventualmente concordano un testo che viene successivamente sottoscritto e concluso – è ripartita dall'art. 218, par. 3 TFUE tra la Commissione europea e l'Alto Rappresentante. Quest'ultimo, in particolare, è l'unico soggetto competente ad attivarsi laddove l'accordo che si intende negoziare riguardi esclusivamente o principalmente la PESC. La suddivisione contemplata dal testo normativo pare proprio riflettere la metodologia della Corte di giustizia per individuare la corretta base giuridica degli atti dell'Unione, allorché essa precisa che «[s]e l'esame di una misura dimostra che essa persegue una duplice finalità o che ha una doppia componente e se una di queste è identificabile come principale, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve basarsi su un solo fondamento normativo, ossia quello richiesto dalla finalità o dalla componente principale.»<sup>5</sup> La Commissione, o l'Alto Rappresentante per le questioni PESC, presentano le loro raccomandazioni di avvio dei negoziati al Consiglio dell'Unione, che deve adottare una decisione in merito, designando al contempo, «in funzione della materia dell'accordo previsto, il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione.»<sup>6</sup> Appare, così, nel testo del Trattato di Lisbona, tale nuova espressione del «negoziatore o capo della squadra di negoziato dell'Unione.» Soprattutto nella fase iniziale dell'interpretazione ed applicazione dell'art. 218 TFEU, non sono mancate perplessità su detta articolazione, temendo che essa implicasse un'erosione dei poteri della Commissione nella delicata fase negoziale degli impegni internazionali dell'Unione, che sarebbero stati salvaguardati unicamente in riferimento agli accordi di politica commerciale comune, dato che l'art. 207, par. 3 TFUE riserva espressamente alla Commissione l'iniziativa e la conduzione dei negoziati, richiedendo a detta istituzione anche l'impegno ad «adoperarsi affinché gli accordi negoziati siano compatibili con le politiche e norme interne dell'Unione.»<sup>7</sup> Tuttavia, risulta particolarmente convincente la ricostruzione dottrinale in base alla quale l'innovazione lessicale dell'art. 218 TFUE deve essere considerata come volta a consentire unicamente l'indicazione congiunta di Commissione e Alto Rappresentante ai fini della definizione delle loro funzioni nella conclusione di accordi internazionali.<sup>8</sup> Infatti, dalla disamina complessiva dei Trattati emerge chiaramente che il Consiglio, chiamato ad indicare il «negoziatore» dell'Unione, non potrà che scegliere di volta in volta la Commissione e, per le questioni PESC, l'Alto Rappresentante, mentre potrà mantenere in capo ad esso, in virtù dell'art. 219 TFUE, la competenza a negoziare gli accordi in materia di regime monetario o valutario. Occorre, infatti, considerare che, ai sensi dell'art. 17, par. 1 TUE, la Commissione europea è chiamata ad «[a]ssicura[re] la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati,» con la conseguenza che la deroga a rappresentare l'Unione al tavolo negoziale deve essere espressamente contemplata dal diritto primario, il che avviene per gli accordi in materia di regime monetario o valutario e per la PESC. Inoltre, si deve anche tener conto del fatto che gli impegni internazionali assunti dall'Unione devono essere coerenti, e quindi pienamente attuabili, nell'ampio quadro dell'*acquis* dell'Unione europea: e tale qualità degli accordi internazionali sottoscritti può essere efficacemente garantita solo dalla partecipazione della Commissione ai negoziati, dato che detta istituzione ha il dovere di «[v]igila[re] sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati,» dunque «sull'applicazione del diritto dell'Unione,» sempre «sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea.»<sup>9</sup> Pertanto, la corretta

<sup>5</sup> CGUE, sentenza del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio (SALW)*, in *Racc.*, 2008, p. I-3651, p.to 73. Su tale sentenza v. J. HELISKOSKI, *Small Arms and Light Weapons within the Union's Pillar Structure: An Analysis of Article 47 of the EU Treaty*, in *ELR*, 2008, pp. 898-912.

<sup>6</sup> Art. 218, par. 3 TFUE.

<sup>7</sup> L.S. ROSSI, *Il «paradosso del metodo intergovernativo» (gli equilibri istituzionali nel progetto della convenzione europea)*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 141-167.

<sup>8</sup> P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 193 ff.; E. HAYES, *Horses for Courses: EU External Representation Post-Lisbon*, relazione presentata al Workshop «EU External Representation and the Reform of International Contexts: Practices after Lisbon,» Clingendael Institute, The Hague, 21-22 febbraio 2012; M. GATTI, P. MANZINI, *External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements*, in *CML Rev.*, 2012, pp. 1703-1734.

<sup>9</sup> Art. 17, par. 1 TUE.



interpretazione dell'art. 218, par. 3 TFUE porta alla conclusione che la Commissione continua ad essere il negoziatore principale dell'Unione, con l'eccezione degli accordi su questioni monetarie e di valuta, in riferimento ai quali il Consiglio «decide le modalità per la negoziazione e la conclusione»<sup>10</sup> –pur essendo la Commissione «associata a pieno titolo» alle trattative<sup>11</sup> e degli accordi che concernano esclusivamente o principalmente la PESC, per negoziare i quali il Consiglio designa l'Alto Rappresentante, anche perché è proprio tale figura istituzionale ad avere il compito di «rappresenta[re] l'Unione per le materie che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune» ai sensi dell'art. 27, par. 2 TUE.

4. Dunque, «in funzione della materia dell'accordo previsto,» il Consiglio dovrà scegliere tra Commissione (per tutti gli accordi diversi dalla PESC) e Alto Rappresentante (per gli strumenti pattizi che riguardino esclusivamente o principalmente la politica estera), mentre dovrà affidare i negoziati degli accordi che riguardino materie PESC e diverse dalla PESC, senza che nessuna delle parti risulti predominante, al binomio Commissione – Alto Rappresentante. Si può, così, affermare che l'identificazione del negoziatore, rappresentante dell'Unione al tavolo delle consultazioni, non rientra in un potere discrezionale del Consiglio, ma è direttamente operata dal diritto primario: l'istituzione intergovernativa è chiamata, di volta in volta, a verificare l'oggetto dell'accordo, dal quale il Trattato di Lisbona fa automaticamente conseguire chi rappresenterà l'Unione ai negoziati.

5. Il Consiglio «può impartire direttive al negoziatore e designare un comitato speciale che deve essere consultato nella conduzione dei negoziati.»<sup>12</sup> Le linee guida dei negoziati, che formalmente dovrebbero essere confidenziali, pur entrando sovente in possesso degli organi di informazione, hanno solitamente una portata generica, e spesso il loro contenuto viene anticipato già al momento della raccomandazione che Commissione o Alto Rappresentante rivolgono all'istituzione intergovernativa per avviare la discussione per la redazione di un nuovo accordo internazionale. Ciò non significa, però, che il negoziatore – sia esso la Commissione o l'Alto Rappresentante – disponga, di fatto, di un'ampia libertà nella condotta dei negoziati. Al contrario, soprattutto a seguito di alcuni aspetti molto contestati degli esiti dell'Uruguay Round (da parte della Francia, l'accordo di Blair House del 1992 sul dossier agricoltura; da parte della Repubblica federale tedesca, l'accordo quadro sulle banane inserito *in extremis* nel pacchetto degli accordi di Marrakech),<sup>13</sup> la Commissione viene costantemente e –soprattutto- attivamente affiancata da «comitati speciali,» i quali, come sopra riportato, possono essere designati dal Consiglio dell'Unione e sono composti da rappresentanti degli Stati membri. Si sottolinea che i negoziati nel settore della politica commerciale comune, come previsto dall'art. 207, par. 3 TFUE, vedono la presenza costante del consolidato, importante, e influente *ex* «Comitato 113» – ora Comitato della politica commerciale, o *Trade Policy Committee*<sup>14</sup> ove siedono gli alti funzionari dei Ministeri per il commercio con l'estero degli Stati membri, e che si riunisce su base sistematica e regolare con la Commissione per discutere delle numerose questioni riguardanti le relazioni economiche dell'Unione (settimanalmente nella composizione dei *deputies*, mensilmente nella formula dei *full members*, ove i rappresentanti degli Stati membri sono i direttori generali dei Ministeri nazionali). Indubbiamente, i comitati speciali designati dal Consiglio non possono intervenire direttamente nella conduzione dei negoziati; essi, però, sono dei gruppi di lavoro composti da funzionari e/o esperti nazionali che, in base all'art. 218, par. 4 TFUE, «dev[ono] essere [costantemente] consultat[i]» durante la fase negoziale degli impegni internazionali dell'Europa. Pertanto, l'abbinamento dei comitati speciali all'attività del negoziatore dell'Unione fa di quest'ultimo un doppio negoziatore, poiché si troverà il più delle volte a dover mediare e definire un punto di equilibrio sia tra gli Stati membri dell'Unione che con la controparte negoziale.

<sup>10</sup> Art. 219, par. 3 TFUE.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Art. 218, par. 4 TFUE.

<sup>13</sup> Per questi aspetti cfr. E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 82-83 e la bibliografia ivi citata; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, cit., pp. 197 ss.

<sup>14</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 16864/09, *Modifiche concernenti i gruppi e comitati che partecipano ai lavori preparatori del Consiglio*, 1 dicembre 2009.

#### IV. I negoziati degli accordi considerati di natura «mista»: il caso della Convenzione internazionale di Minamata sul mercurio

6. Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la conduzione dei negoziati degli accordi di natura mista –o, comunque, ritenuti tali dal binomio Consiglio/Stati membri– non ha mancato di creare situazioni di forte attrito. Come noto, un accordo viene sovente concluso in forma mista laddove il suo oggetto non ricada in una competenza esclusiva dell'Unione. Infatti, nonostante a) l'incessante produzione normativa interna, che implica l'impossibilità, per gli Stati membri, di sottoscrivere impegni internazionali suscettibili di «incidere» su tali «norme comuni o alterarne la portata»,<sup>15</sup> b) le sempre più rilevanti ed ampie politiche dell'Unione, con la conseguenza che, certo, non si richiedono interpretazioni azzardate per dimostrare la necessità dell'esercizio di *treaty-making power* da parte dell'Unione per realizzarle,<sup>16</sup> e, infine, c) il costante aumento delle basi giuridiche che espressamente conferiscono all'Unione il potere di concludere accordi per una sempre più vasta gamma di politiche europee, la prassi di concludere gli accordi in forma mista non pare conoscere segni di cedimento. In buona sostanza, laddove un progetto di accordo non sia essenzialmente riconducibile ad una competenza esclusiva europea, l'esigenza, per l'Unione, di ricorrere anche ad una competenza concorrente, comporta pressoché sistematicamente la scelta, politica e pragmatica, del persistente affiancamento degli Stati membri nel processo di approvazione di quell'accordo, una prassi che ha sistematicamente accompagnato le relazioni esterne europee sin dal loro esordio.<sup>17</sup>

7. Le difficoltà ad individuare le modalità negoziali per gli accordi di natura mista è dovuta al fatto che il Trattato di Lisbona è intervenuto in maniera significativa in merito alla rappresentanza internazionale dell'Unione. Infatti, dopo aver inequivocabilmente dichiarato che l'Unione europea è dotata di personalità giuridica,<sup>18</sup> conferendo unità e rappresentatività al soggetto europeo anche in riferimento alla PESC, vista la formale eliminazione della struttura istituzionale a pilastri, il diritto primario ha istituito la figura permanente del Presidente del Consiglio europeo, il quale «assicura, al suo livello e in tale veste, la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune»<sup>19</sup>; ha stabilito che la presidenza del Consiglio affari esteri venga costantemente svolta dall'Alto Rappresentante,<sup>20</sup> e, quindi, ha conferito alla Commissione europea il compito di assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione ad eccezione della PESC e degli altri casi previsti dai trattati,<sup>21</sup> riservando all'Alto Rappresentante il dovere di rappresentare l'Europa per la politica estera e di sicurezza comune, dovere che condivide con il Presidente del Consiglio europeo, il quale è chiamato ad intervenire negli impegni di più alto livello politico.<sup>22</sup> Se si considera, infine, quanto indicato dall'art. 221 TFUE, ai sensi del quale «[l]e delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali assicurano la rappresentanza dell'Unione,» si può sostenere che il Trattato di Lisbona ha rinnovato il quadro istituzionale della rappresentanza internazionale dell'Unione in modo completo, attribuendo ad istituzioni,

<sup>15</sup> Così l'art. 216 TFUE.

<sup>16</sup> Cfr. l'art. 3, par. 2 TFUE.

<sup>17</sup> La prassi della conclusione degli accordi in forma mista può ascrivere ad esigenze politiche, poiché gli Stati membri vogliono rimanere attori visibili ed identificabili sulla scena internazionale; come pure a ragioni pratiche, ossia: a) evitare tensioni e ritardi scaturenti da interminabili discussioni tecniche sulla riconducibilità o meno di un progetto di accordo nelle competenze esclusive dell'Unione; ma anche b) coinvolgere nella maggior misura possibile gli Stati nell'implementazione dell'accordo che si va a sottoscrivere, essendo l'attività delle autorità nazionali essenziale per la piena e completa esecuzione di ambiziosi accordi internazionali. Sugli accordi misti cfr., tra gli altri, J. HELISKOSKI, *Mixed Agreements as A Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, Kluwer Law International, The Hague, 2001; C. HILLION, P. KOUTRAKOS (EDS.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2010; E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007; H. G. SCHERMERS (ED.), *Mixed Agreements*, Kluwer, The Hague, 1983.

<sup>18</sup> Art. 47 TUE.

<sup>19</sup> Art. 15, par. 6 TUE.

<sup>20</sup> Art. 18, par. 3 TUE.

<sup>21</sup> Art. 17, par. 1 TUE.

<sup>22</sup> Art. 27, par. 2 TUE.

figure istituzionali, articolazioni dell'Unione quali le delegazioni, poteri adeguati ad esprimere l'Europa in tutte le competenze ad essa attribuite, inclusa la PESC, l'unica politica che mantiene una dimensione intergovernativa. Pertanto, il diritto primario non prevede più alcun ruolo specifico per la Presidenza a rotazione dell'Unione nella rappresentanza internazionale dell'Europa.

**8.** Alla luce di tale, rinnovato, quadro istituzionale, la Commissione sostiene che, anche per gli accordi rientranti nelle competenze concorrenti dell'Unione, e che siano definiti di natura mista, non vi possa essere più alcun ruolo formale per gli Stati membri durante i negoziati.<sup>23</sup> Pertanto, laddove l'accordo, pur di natura mista, non riguardi la PESC, o riservi a quest'ultima parti meramente ancillari rispetto all'impianto complessivo dello strumento pattizio, ad avviso della Commissione vi può essere un solo negoziatore dell'Unione, ossia la Commissione stessa.

**9.** Tale impostazione è stata prospettata dalla Commissione con notevole determinazione nel biennio 2009/2010, nella presentazione al Consiglio delle proprie raccomandazioni per la partecipazione dell'Unione europea ai negoziati relativi ad uno strumento globale giuridicamente vincolante sul mercurio presso il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP),<sup>24</sup> atto pattizio che verrà chiamato «Convenzione di Minamata» per ricordare la località giapponese la cui popolazione ha sofferto gravi forme di intossicazione da mercurio a causa degli scarichi di un grande impianto petrolchimico ubicato in quella zona. In occasione dei negoziati dell'UNEP, l'esecutivo di Bruxelles ha affermato che la convenzione internazionale da redigere -volta, tra l'altro, a ridurre l'uso di mercurio, il suo commercio internazionale, ad abbatterne le emissioni in atmosfera, a gestire i rifiuti e a bonificare i siti contaminati- poteva anche considerarsi di competenza esclusiva dell'Unione. «Il mercurio -ha osservato la Commissione nella raccomandazione proposta- è una sostanza già ampiamente regolamentata dalla normativa comunitaria in vigore. L'*acquis* in materia è costituito da una decina di direttive e decisioni che limitano il tenore di mercurio di alcuni prodotti, dai cosmetici alle pile, o che limitano la commercializzazione e l'uso di prodotti contenenti mercurio ... [nonché da un regolamento] relativo al divieto di esportazione e allo stoccaggio in sicurezza del mercurio metallico.»<sup>25</sup> Inoltre, la Commissione ha riportato due importanti documenti politici per rafforzare ulteriormente la propria impostazione: si tratta a) della sua strategia comunitaria sul mercurio, adottata nel 2005, la cui azione 5 prevede l'obiettivo europeo di introdurre il divieto di esportazione di mercurio dall'Unione, mentre l'azione 20 stabilisce che «per ridurre la fornitura di mercurio a livello internazionale, la Comunità dovrebbe operare a favore di un'eliminazione graduale della produzione primaria su scala mondiale e incoraggiare gli altri paesi ad impedire la reintroduzione nel proprio mercato delle eccedenze»<sup>26</sup>; nonché b) della risoluzione del Consiglio del 16 giugno 2005, ove è stata sottolineata l'importanza di dette azioni, avendo cura, però, di sottolineare che non saranno «sufficient[i] a proteggere la salute umana e l'ambiente dagli effetti negativi del mercurio,» e che quindi è necessario «anche un impegno internazionale, al fine di convenire uno strumento giuridicamente vincolante.»<sup>27</sup>

**10.** Il Comitato dei rappresentanti permanenti dei governi dell'Unione (COREPER), nel maggio 2010, ha proposto al Consiglio di adottare un cd «atto ibrido,» ossia una decisione del Consiglio dell'Unione unitamente ad una decisione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla partecipazione dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ai negoziati per uno

<sup>23</sup> SEC(2011)881/3, *European Commission - Vademecum on the External Action of the European Union*, pp. 40-41.

<sup>24</sup> SEC(2009) 983, *Raccomandazione della Commissione al Consiglio relativa alla partecipazione della Comunità europea ai negoziati riguardanti uno strumento giuridicamente vincolante sul mercurio a seguito della decisione 25/5 del Consiglio direttivo del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP)*, Bruxelles, 15.7.2009.

<sup>25</sup> SEC(2009) 983, cit., a p. 5.

<sup>26</sup> COM(2005)20, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Strategia comunitaria sul mercurio*, Bruxelles, 28.1.2005, a p. 11.

<sup>27</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 10074/05, *2670a Sessione del Consiglio Ambiente*, Lussemburgo, 24 giugno 2005, a p. 11.

strumento globale giuridicamente vincolante.<sup>28</sup> In detto atto ibrido, si stabiliva che l'Unione europea ed i suoi Stati membri avrebbero dovuto essere rappresentati dalla Commissione e dalla Presidenza a rotazione del Consiglio dell'Unione. Inoltre, si precisava che la Commissione, accompagnata da un rappresentante della Presidenza, avrebbe negoziato le disposizioni dello strumento dell'UNEP sul mercurio per ridurre la fornitura, la domanda, ed il commercio internazionale di mercurio, per migliorare la capacità della sua conservazione in modo ecologicamente compatibile, per contenere le emissioni nell'atmosfera del metallo, nonché per bonificare i siti contaminati e gestire adeguatamente i rifiuti contenenti mercurio.<sup>29</sup> Invece, la Presidenza a rotazione del Consiglio dell'Unione e la Commissione avrebbero dovuto negoziare insieme le regole della futura convenzione globale relative agli obiettivi di detta convenzione, ai meccanismi di ottemperanza alla convenzione, all'accrescimento della conoscenza attraverso lo scambio delle informazioni scientifiche, e alle modalità dell'assistenza tecnica e finanziaria per gestire in modo informato tutte le problematiche dovute all'uso e alla presenza del mercurio.<sup>30</sup>

**11.** Di fronte a ciò, la Commissione decise di ritirare la propria raccomandazione al Consiglio ad avviare negoziati, contestando la proposta del COREPER sia per i meccanismi di rappresentanza internazionale, sia per la forma dell'atto ibrido. Da un lato, ad avviso dell'esecutivo di Bruxelles, la «squadra di negoziato» indicata a livello intergovernativo non corrispondeva al tipo di «squadra di negoziato» consentito dall'art. 218, par. 3 TFUE. Quest'ultimo non doveva intendersi come riferito al binomio Commissione / Presidenza a rotazione del Consiglio in rappresentanza degli Stati membri, ma, più semplicemente, al team negoziale Commissione / Alto Rappresentante per l'ipotesi in cui l'accordo da negoziare riguardasse anche questioni di politica estera, ma non in modo esclusivo o principale. Dall'altro lato, riguardo la forma dell'atto ibrido, la Commissione lamentava che riunendo in un unico atto la decisione del Consiglio di autorizzazione di avvio ai negoziati, e la decisione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, Consiglio e Stati membri snaturavano la regola della maggioranza qualificata richiesta dall'art. 218, par. 8 TFEU per la maggior parte delle decisioni del Consiglio «nel corso dell'intera procedura» della conclusione di accordi internazionali, poiché l'atto ibrido, di fatto, impone costantemente la deliberazione per consensus.<sup>31</sup>

**12.** Il Consiglio si interrogò se procedere o meno con l'adozione dell'atto ibrido proposto dal COREPER, valutando l'opzione di proseguire comunque nell'approvazione dell'autorizzazione a partecipare ai negoziati del comitato negoziale intergovernativo dell'UNEP, pur in assenza di una raccomandazione della Commissione. L'istituzione intergovernativa alla fine decise di non adottare alcun provvedimento, scelta che, da un lato, certo impediva alla Commissione di disporre di un atto impugnabile di fronte alla Corte di giustizia,<sup>32</sup> ma, dall'altro, produceva il risultato enormemente imbarazzante di arriva-

<sup>28</sup> Council of the European Union, Doc. 9504/10, *Draft Council Decision on the Participation of the European Union in the Negotiations on A Legally-Binding Instrument on Mercury further to Decision 25/5 of the Governing Council of the United Nations Environment Programme (UNEP) – Adoption*, 10 May 2010

<sup>29</sup> Cfr. Council of the European Union, Doc. 9504/10, cit. pp. 3-5.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Cfr. sul punto le ricostruzioni operate da T. CORTHAUT, D. VAN EECKHOUTTE, *Legal Aspects of EU Participation in Global Environmental Governance under the UN Umbrella*, in J. WOUTERS, H. BRUYNINCKX, S. BASU, S. SCHUNZ (EDS.), *The European Union and Multilateral Governance – Assessing EU Participation in United Nations Human Rights and Environmental Fora*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2012, pp. 145-170; G. DE BAERE, *Mercury Rising: The European Union and the International Negotiations for a Globally Binding Instrument on Mercury*, in *ELR*, 2012, pp. 640-655; A. ECKSTEIN, *Mercury: Running Battle between Council and Commission*, in *Europolitics*, 25 May 2010.

<sup>32</sup> La diversa determinazione assunta dal Consiglio in occasione della firma e dell'applicazione provvisoria sull'adesione dell'Islanda e del Regno di Norvegia all'Accordo sui trasporti aerei fra gli Stati Uniti, da un lato, l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altro ha prodotto l'immediata reazione giudiziaria della Commissione. Così, il 18 gennaio 2012, l'esecutivo di Bruxelles ha impugnato dinanzi alla Corte di giustizia l'atto ibrido costituito dalla decisione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri dell'Unione europea, riuniti in sede di Consiglio, del 16 giugno 2011 relativa all'approvazione dei protocolli di adesione (Ricorso proposto il 18 gennaio 2012, *Commissione europea/Consiglio dell'Unione europea (Causa C-28/12)*, in GU C72/23 del 10.3.2012). Nei motivi adottati a sostegno del proprio ricorso, la Commissione lamenta, fra l'altro, la violazione, da parte del Consiglio, del principio di leale cooperazione tra istituzioni sancito dall'art. 13, par. 2 TUE: l'istituzione intergovernativa, adottando l'atto ibrido in luogo di un provvedimento dell'Unione avrebbe, pertanto, «eluso» l'assetto istituzionale e le procedure dell'Unione definite all'articolo 218 TFUE,» snaturando il voto a maggioranza qualificata

re alla prima sessione dei negoziati sulla Convenzione sul mercurio, tenutasi a Stoccolma il 7-11 giugno 2010,<sup>33</sup> senza alcuna autorizzazione per l'Unione a partecipare ai negoziati,<sup>34</sup> e ciò su un tema, quello della riduzione della produzione e dell'uso di mercurio, sul quale l'Europa è certamente all'avanguardia per salvaguardare la salute e l'ambiente.<sup>35</sup> Un paradosso, e una plateale manifestazione di incertezza da parte di Unione e Stati membri dinanzi alla Comunità internazionale, per giunta nell'ambito di un ente delle Nazioni Unite.

**13.** Passati alcuni mesi, Commissione e Consiglio hanno convenuto su una formula di compromesso.<sup>36</sup> La decisione del Consiglio del dicembre 2010 autorizza la Commissione «a partecipare, a nome dell'Unione, per le materie di competenza dell'Unione e in relazione alle quali l'Unione ha adottato norme, ai negoziati riguardanti uno strumento giuridicamente vincolante sul mercurio»<sup>37</sup>; in tale ambito, «[l]a Commissione conduce i negoziati a nome dell'Unione, per le materie di competenza dell'Unione e in relazione alle quali l'Unione ha adottato norme»<sup>38</sup> in consultazione con il comitato speciale di rappresentanti degli Stati membri designato dal Consiglio e in conformità con le direttive di negoziato definite sempre dall'istituzione intergovernativa. Invece, «[n]ella misura in cui l'accordo tratta di materie che rientrano nella competenza concorrente dell'Unione e dei suoi Stati membri, la Commissione e gli Stati membri dovrebbero collaborare strettamente durante la fase negoziale affinché l'Unione e i suoi Stati membri siano rappresentati in maniera unitaria a livello internazionale.»<sup>39</sup>

**14.** Pur non rappresentando la soluzione desiderata dalla Commissione europea, ossia quella del pieno e sistematico riconoscimento, a tale istituzione, del diritto di condurre interamente i negoziati a nome dell'Unione, esercitando nella sua completezza la competenza esterna dell'Europa prevista nel Trattato di Lisbona, il compromesso raggiunto sul negoziato dell'UNEP per la Convenzione sul mercurio viene, ora, sistematicamente osservato in tutte le ipotesi in cui, in presenza di discussioni su progetti di accordi considerati di natura mista, non vi è la possibilità di convenire sull'opzione di autorizzare la Commissione a negoziare, oltre che a nome dell'Unione, anche a nome degli Stati membri.

Occorre, comunque, da ultimo ricordare che, laddove la rappresentanza di Stati membri e Unione non si sintetizzi nella Commissione, ma quest'ultima venga affiancata dai rappresentanti degli Stati membri, detti negoziatori dovranno comunque attenersi all'obbligo di leale cooperazione derivante dalla necessità di garantire un'unità di rappresentanza internazionale dell'Unione.<sup>40</sup>

---

in seno al Consiglio, previsto dalla disposizione richiamata, nonché le regole sulla rappresentanza dell'Unione nei negoziati internazionali di cui al Trattato di Lisbona (v. *Ricorso C-28/12*, cit.).

<sup>33</sup> UNEP(DTIE)/Hg/INC.1/21, *Intergovernmental Negotiating Committee to Prepare a Global Legally Binding Instrument on Mercury - First Session, Stockholm, 7-11 June 2010 - Report of the Intergovernmental Negotiating Committee to Prepare a Global Legally Binding Instrument on Mercury on the Work of its First Session*, 15 July 2010.

<sup>34</sup> G. DE BAERE, *Mercury Rising: The European Union and the International Negotiations for a Globally Binding Instrument on Mercury*, cit., pp. 650-651; M. EMERSON, J. WOUTERS, *The EU's Diplomatic Debacle at the UN: and Now What?*, in *Europeanvoice.com*, 23 September 2010.

<sup>35</sup> M. BUCK, *The EU's Representation in Multilateral Environmental Negotiations after Lisbon*, in E. MORGERA (ED.), *The External Environmental Policy of the European Union – EU and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2012, pp. 76-95; J. THOMSON, *A Member State's Perspective on the post-Lisbon Framework for the EU's Representation in Multilateral Environmental Negotiations*, *ibid.*, pp. 96-110.

<sup>36</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 16632/10, *Decisione del Consiglio sulla partecipazione dell'Unione ai negoziati riguardanti uno strumento giuridicamente vincolante sul mercurio a seguito della decisione 25/5 del Consiglio direttivo del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP)*, 6 dicembre 2010.

<sup>37</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 16632/10, cit., art. 1.

<sup>38</sup> *Ibid.*

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

<sup>40</sup> V. CGUE, parere 1/94 del 15 novembre 1994, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Racc.*, 1994, p. I-5267, p.ti 106-109. Su tale parere cfr. A. APPELLA, *Constitutional Aspects of Opinion 1/94 of the ECJ Concerning the WTO Agreement*, in *ICLQ*, 1996, pp. 440-462; J. AUVRET-FINCK, *Compétence de la Communauté pour conclure l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et notamment l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et l'Accord, relatif au respect des droits de propriété industrielle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (TRIPS)*, in *RTDE*, 1995, pp. 322-336; J. H.J. BOURGEOIS, *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: an Echternach Procession*, in *CML Rev.*, 1995, pp. 763-787; M.

## V. La firma e la conclusione degli accordi

15. Laddove ritengano soddisfacente, dal loro punto di vista, il testo redatto durante i negoziati, i diplomatici, solitamente nella persona del capo della delegazione, appongono su tale testo le loro iniziali (*initialling*, o *paraphe*). Quindi, si procede alla fase della firma che, nella procedura solenne di conclusione degli accordi internazionali, autentica il testo dell'accordo proposto al termine dei negoziati, e indica la volontà degli Stati firmatari di sottoporre il testo del progetto di accordo alle competenti autorità nazionali per la sua approvazione. In tali circostanze, la firma dell'accordo non costituisce la manifestazione del consenso del soggetto firmatario ad essere vincolato agli impegni internazionali contemplati nel progetto di accordo, ma implica l'obbligo di non privare il trattato del suo oggetto e del suo scopo prima della sua entrata in vigore. Tale obbligo rappresenta una articolazione del principio di buona fede nelle relazioni internazionali, codificato all'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969,<sup>41</sup> che la giurisprudenza dell'Unione europea ha richiamato quale «corollario, nel diritto internazionale pubblico, del principio di tutela del legittimo affidamento, che (...) fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario,» con la conseguente impossibilità, per le istituzioni europee, di adottare atti incompatibili con gli accordi internazionali già sottoscritti, ma che devono ancora entrare in vigore, laddove questi ultimi siano suscettibili di essere direttamente efficaci.<sup>42</sup>

16. Nel sistema dell'Unione europea, la parafatura viene apposta dal negoziatore designato dal Consiglio, il quale, siglando con le proprie iniziali ciascuna pagina del documento negoziato, indica, sotto la sua personale responsabilità e senza conseguenze giuridiche per l'Unione, il testo definito al termine delle discussioni negoziali. La firma dell'accordo, invece, viene autorizzata con una decisione adottata dal Consiglio dell'Unione, su proposta del negoziatore.<sup>43</sup> Nella prassi, il soggetto autorizzato a firmare in rappresentanza dell'Unione è il membro della Commissione responsabile delle politiche oggetto dell'accordo, o un Ministro della Presidenza di turno dell'Unione; e, per gli accordi PESC, l'Alto Rappresentante. Certo, la lettura congiunta dell'art. 218, par. 5 TFUE con gli artt. 17 e 27 TUE, che riservano la rappresentanza internazionale dell'Unione a Commissione e Alto Rappresentante, potrebbe portare ad estromettere la Presidenza a rotazione dalla fase della firma, obbligando il Consiglio a scegliere se autorizzare la Commissione, l'Alto Rappresentante (per gli accordi PESC), oppure entrambi laddove si debba sottoscrivere un accordo che riguardi contemporaneamente la politica estera e di sicurezza comune e altre politiche non-PESC, senza che nessuna possa essere qualificata come ancillare rispetto all'altra. Tuttavia, la prassi pre-Lisbona della firma, ad oggi, continua a trovare conferma nelle decisioni del Consiglio. Naturalmente, laddove la firma riguardi un progetto di accordo misto, dunque che ricade anche nella competenza degli Stati membri, pure questi ultimi indicheranno un loro rappresentante per sottoscrivere il testo pattizio.

17. Il diritto dell'Unione non opera una distinzione tra procedura solenne e procedura semplificata degli accordi internazionali, dunque può accadere che il Consiglio adotti contestualmente la decisione di autorizzazione alla firma e quella della conclusione dell'accordo (si sottolinea qui che con il termine «conclusione» si deve intendere, nell'ordinamento giuridico europeo, l'espressione della volontà dell'Unione ad assumere impegni internazionali), come pure che la decisione sulla conclusione dell'accordo tecnicamente preceda quella di autorizzazione alla firma, laddove la conclusione dell'accordo venga perfezionata proprio con la sua sottoscrizione.

Quindi, è sempre il Consiglio dell'Unione l'istituzione europea competente ad approvare, ancora su proposta del negoziatore, la decisione di conclusione di un accordo dell'Unione.<sup>44</sup> Varia, però,

---

HILF, *The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO - No Surprise, but Wise?*, in *EJIL*, 1995, pp. 245-259; P. PESCATORE, *Opinion 1/94 on «Conclusion» of the WTO Agreement: Is There an Escape from a Programmed Disaster?*, in *CML Rev.*, 1999, pp. 387-405.

<sup>41</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, firmata a Vienna il 23 maggio 1969, in *UNTS*, 1980, Vol. 1155, p. 331.

<sup>42</sup> TPG, sentenza del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1997, p. II- 39, p.to 93.

<sup>43</sup> Cfr. l'art. 218, par. 5 TFUE.

<sup>44</sup> V. l'art. 218, par. 6 TFUE.

il meccanismo di deliberazione che l'istituzione intergovernativa deve osservare. In linea di principio, «nel corso dell'intera procedura» – dunque, per l'autorizzazione all'avvio dei negoziati, la definizione delle direttive di negoziato, la firma e la conclusione degli accordi, e come si vedrà, l'applicazione provvisoria e la sospensione degli accordi, e la definizione delle posizioni da presentare a nome dell'Unione negli organi comuni creati dagli accordi – «il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.»<sup>45</sup> Invece, nel pieno rispetto del principio del parallelismo delle forme, il Consiglio deve deliberare all'unanimità «quando l'accordo riguarda un settore per il quale è richiesta l'unanimità per l'adozione di un atto dell'Unione»<sup>46</sup> – in pratica, si tratta di quasi tutti gli accordi PESC, essendo di carattere eccezionale le ipotesi di votazione a maggioranza per gli atti di tale politica,<sup>47</sup> e degli accordi rientranti in settori quali la tassazione indiretta,<sup>48</sup> l'energia,<sup>49</sup> e la lotta alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, di cui all'art. 19 TFUE.<sup>50</sup> Anche nella procedura relativa agli accordi di associazione e agli accordi di cui all'art. 212 TFUE con gli Stati candidati all'adesione, vale a dire per i cd. accordi di cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Stati terzi diversi dai Paesi in via di sviluppo, occorre che il Consiglio voti all'unanimità. Infine, l'unanimità per l'istituzione intergovernativa è richiesta «per l'accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.»<sup>51</sup> La decisione di adesione alla CEDU, peraltro, per la delicatezza sul piano politico-istituzionale che la contraddistingue, necessita di essere preceduta dalla sua approvazione da parte degli Stati membri, «conformemente alle rispettive norme costituzionali.»<sup>52</sup>

## VI. I poteri del Parlamento europeo nella conclusione di accordi internazionali

**18.** Rispetto alla situazione pre-Lisbona, l'art. 218, par. 6 TFUE amplia considerevolmente i poteri del Parlamento europeo nella conclusione degli accordi internazionali. In buona sostanza, il Parlamento europeo non può intervenire nella definizione degli impegni pattizi dell'Unione solo in riferimento agli accordi PESC. Invece, per una nutrita serie di accordi internazionali, il diritto primario prevede ora la necessità della previa approvazione dell'Assemblea per poter completare l'*iter* di approvazione: si tratta degli accordi di associazione, dell'accordo di adesione alla CEDU, degli «accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione,» degli accordi che hanno «ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione,» nonché degli accordi relativi a settori «ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria

<sup>45</sup> Art. 218, par. 8, prima frase, TFUE.

<sup>46</sup> Art. 218, par. 8, seconda frase, TFUE.

<sup>47</sup> Per questi aspetti v. C. NOVI, *Procedure e strumenti della politica estera e di sicurezza comune (PESC)*, in E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, cit., pp. 215 ss.

<sup>48</sup> Art. 113 TFUE.

<sup>49</sup> Art. 194 TFUE.

<sup>50</sup> Ad esempio, v. Decisione del 26 novembre 2009 n. 2010/48/CE relativa alla conclusione da parte dell'Unione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in GU L 23/35 del 27 gennaio 2010.

<sup>51</sup> Art. 218, par. 8, seconda frase, TFUE.

<sup>52</sup> *Ibid.* Sui negoziati attualmente in corso per l'adesione dell'Unione alla CEDU cfr. F. BENOIT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Journal des tribunaux*, 2011, pp. 285-293; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, pp. 535-571; G. GAJA, *The Co-Respondent Mechanisms According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, *ESIL Reflections*, 9.1.2013; C. ECKES, *EU External Representation in Context: Accession to the ECHR as the Final Step Towards Mutual Recognition*, in S. BLOCKMANS, R.A. WESSEL (EDS.), *Principles and Practices of EU External Representation*, CLEER Working Papers 2012/5, pp. 103-126; J.P. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *CML Rev.*, 2011, pp. 995-1023; J. MALENOVSKÝ, *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg*, in *RGDIP*, 2009, pp. 753-784; P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *DUE*, 2010, pp. 231-246; A. WEISS, *EU Accession to the European Convention on Human Rights Process: the State of Play and the Added Value for Victims of Human Rights Violations in Europe*, in *European Human Rights Law Review*, 2012, pp. 391-396.

l'approvazione del Parlamento europeo.»<sup>53</sup> Laddove, per la tipologia di accordi appena richiamati, vi sia urgenza di procedere alla loro conclusione, l'Assemblea ed il Consiglio «possono concordare un termine per l'approvazione.»<sup>54</sup> Per gli strumenti pattizi che non sono riconducibili ad una delle cinque categorie elencate, l'art. 218, par. 6, lett. b), TFUE richiede il semplice parere consultivo del Parlamento. In tale ipotesi, se vi è urgenza, il Consiglio non dovrà concordare con l'Assemblea un termine per ottenere il parere: l'istituzione intergovernativa, data l'associazione più limitata del Parlamento al perfezionamento dell'accordo, potrà unilateralmente stabilire detto termine, e, laddove il parere dell'Assemblea non pervenga entro la data fissata, il Consiglio potrà, comunque, procedere per deliberare.<sup>55</sup>

**19.** Indubbiamente, la necessità dell'approvazione parlamentare per concludere gli «accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria» rappresenta un rafforzamento senza precedenti dei poteri del Parlamento nella definizione degli impegni pattizi dell'Unione, dato che detta procedura è oramai alla base della maggior parte delle politiche europee (sono ben quaranta le nuove disposizioni del Trattato di Lisbona che la contemplano),<sup>56</sup> realizzando un significativo parallelismo tra i poteri dell'Assemblea sul piano deliberativo interno e su quello internazionale. In particolare, il Trattato di Lisbona ha, finalmente, messo mano alla non più accettabile assenza di un ruolo formale del Parlamento nella procedura di conclusione degli accordi di politica commerciale comune. Infatti, poiché, ora, Parlamento e Consiglio «adottano le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune ... deliberando mediante regolamento secondo la procedura legislativa ordinaria,»<sup>57</sup> in base a quanto previsto dall'art. 218, par. 6, lett. a), v) TFUE, ne consegue che tutti gli accordi di politica commerciale necessitano della previa approvazione dell'Assemblea.

**20.** Certo, due categorie di accordi per i quali risulta ora determinante la decisione del Parlamento europeo non sono presentate con il massimo della chiarezza espositiva, per cui non è semplice determinarne la portata. Si tratta degli «accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione,» e degli accordi che hanno «ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione». Si può senz'altro affermare che la partecipazione dell'Unione europea al sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)<sup>58</sup> implica l'accoglimento di impegni «che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione,»<sup>59</sup> dati i numerosi organi comuni -chiamati a gestire gli accordi multilaterali e plurilaterali e sede di importanti confronti sulle discipline dei Membri OMC e la loro compatibilità con le regole di Marrakech, nonché di ampie discussioni sui difficili negoziati di Doha- ed anche in considerazione del rilevante meccanismo di risoluzione delle controversie, dotato anche di un'istanza d'appello, che produce *reports* giuridicamente vincolanti di rilievo e di costante riferimento per gli attori istituzionali e gli esperti internazionali del settore.<sup>60</sup> Tuttavia,

<sup>53</sup> Art. 218, par. 6 TFUE.

<sup>54</sup> Art. 218, par. 6, lett. a), TFUE.

<sup>55</sup> V. sempre l'art. 218, par. 6, lett. b), TFUE. Sui nuovi poteri del Parlamento europeo nella conclusione di accordi internazionali v. I. BOSSE-PLATIÈRE, *Le Parlement Européen et la procédure de conclusion des accords internationaux*, in J. AUVRET-FINCK (sous la direction de), *Le Parlement européen après le traité de Lisbonne*, Larcier, Paris, 2011, pp. 79-108. Più in generale, sulle prerogative dell'Assemblea europea in materia di relazioni esterne, cfr. J. AUVRET-FINCK, *Les prérogatives du Parlement européen dans les relations extérieures de l'Union*, in H. THIERRY (sous la direction de), *Droit international et coopération internationale- Hommage à Jean-André Toussez*, France Europe Éditions, Paris, 2007, pp. 805-825.

<sup>56</sup> Tali nuove disposizioni, sommate alle 33 aree che già prima di Lisbona contemplavano la procedura di codecisione, portano a 73 i settori in merito ai quali Consiglio e Parlamento sono ora co-legislatori dell'Unione europea. Per una chiara illustrazione cfr. Fondation Robert Schuman, *The Lisbon Treaty. 10 Easy-to-Read Fact Sheets*, Paris - Bruxelles, 2009, pp. 39 ss.

<sup>57</sup> Art. 207, par. 2 TFUE.

<sup>58</sup> V. Decisione n. 94/800/CE del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in GU L336/1 del 23.12.1994.

<sup>59</sup> V. Decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994 n. 94/800/CE relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in GU L336/1 del 23 dicembre 1994.

<sup>60</sup> Nella sterminata produzione dottrinale sul sistema OMC cfr., da ultimo, A. NARLIKAR, M. DAUNTON, R.M. STERN (Eds.), *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.



la genericità dell'espressione utilizzata dal Trattato non consente di individuare con sicurezza il grado di articolazione e integrazione che devono caratterizzare il «quadro istituzionale specifico» e le «procedure di cooperazione» di un accordo per rendere necessaria la previa approvazione parlamentare.<sup>61</sup> Per quanto riguarda, invece, la categoria di «accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione» -in merito alla cui conclusione il ruolo incisivo assegnato al Parlamento è una evidente conseguenza del ruolo centrale che l'istituzione assembleare riveste nelle questioni di bilancio-<sup>62</sup> si dispone della convincente sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 su un accordo di pesca con la Mauritania che puntualizza che cosa si debba intendere per «considerevole»: una ripercussione finanziaria è tale per l'Unione se l'impegno economico di un accordo rappresenta una parte significativa a) degli stanziamenti iscritti al bilancio europeo per il settore considerato, senza distinguere tra le parti interne ed esterne, nonché b) dell'importo complessivo dei fondi destinati a finanziare le azioni esterne dell'Unione.<sup>63</sup>

## VII. La rivendicazione del pieno rispetto delle nuove prerogative assembleari: le bocciature, da parte del Parlamento europeo, dei progetti dell'Accordo SWIFT, del Protocollo di pesca con il Marocco e dell'Accordo ACTA

21. Immediatamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Parlamento europeo ha inequivocabilmente rivendicato di voler esercitare i nuovi, significativi, poteri ad esso attribuiti dall'art. 218, par. 6 TFUE nella loro interezza e completezza. Così, l'11 febbraio 2010, l'Assemblea ha negato il suo assenso all'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti sul trattamento e sul trasferimento di dati di messaggistica finanziaria per il controllo delle transazioni dei terroristi, noto anche come accordo SWIFT dall'acronimo dell'ente *leader* in tale settore (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*). Il Consiglio aveva precipitosamente concluso l'accordo SWIFT in applicazione provvisoria con una decisione del 30 novembre 2009,<sup>64</sup> dunque proprio poche ore prima dell'entrata in vigore delle disposizioni relative al ruolo rafforzato del Parlamento nel *treaty-making power* dell'Unione, senza tenere minimamente conto delle preoccupazioni espresse dall'istituzione assembleare. Quest'ultima, infatti, non aveva mancato di manifestare le sue perplessità sulla compatibilità dell'accordo con i diritti fondamentali, in particolare con l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che disciplina severamente la protezione dei dati di carattere personale.<sup>65</sup> Il Parlamento si interrogava sulla suscettibilità

<sup>61</sup> Nel 2008 il Parlamento europeo aveva presentato un ricorso contro il Consiglio dinanzi alla Corte di giustizia lamentando la lesione delle sue prerogative poiché l'Accordo di pesca per l'Oceano Indiano meridionale era stato concluso dal Consiglio senza previamente ottenere il parere conforme dell'Assemblea, e ciò nonostante l'Accordo in questione, ad avviso del ricorrente, rientrasse nella categoria degli «accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione,» per i quali, già in base all'art. 300, par. 3, secondo comma del Trattato CE, occorre l'assenso positivo del Parlamento europeo (cfr. Ricorso proposto il 22 dicembre 2008, *Parlamento europeo/Consiglio dell'Unione europea (Causa C-566/08)*, in GU C44/37 del 21.2.2009; Decisione del Consiglio del 29 settembre 2008 n. 2008/780/CE relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, dell'Accordo di pesca per l'Oceano Indiano meridionale, in GU L268/27 del 9 ottobre 2008). Data l'importanza della questione di principio sulla quale era chiamata a pronunciarsi, la Corte di giustizia aveva deciso di trattare il caso in Grande Sezione. Nel febbraio 2010, tuttavia, l'Assemblea decideva di ritirare il ricorso, presumibilmente a fronte del notevole rafforzamento di poteri ad essa riservati dal Trattato di Lisbona -cfr. CGUE, ordinanza del Presidente della Corte del 25 febbraio 2010, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-566/08, non pubblicata in *Racc.*

<sup>62</sup> Cfr. gli artt. 313-316 TFUE.

<sup>63</sup> CGUE, sentenza dell'8 luglio 1999, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-189/97, in *Racc.*, 1999, p. I-4741, p.ti 20-35. Su tale pronuncia v. P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland OR., 2006, pp. 145-147; J. LASO PÉREZ, *Acuerdos con implicaciones financieras importantes: problemas de calificación (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, Parlamento Europeo c. Consejo, as. C-189/97)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, pp. 209-230.

<sup>64</sup> Decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 n. 2010/16/PESC/GAI relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi, in GU L8/9 del 13 gennaio 2010.

<sup>65</sup> Recita, infatti, tale disposizione: «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.»

del meccanismo SWIFT di trasferire «dati in massa» (*bulk data*) a fronte della richiesta di informazioni relative ad una sola persona; sull'assenza di chiarezza in merito alla sottoposizione delle richieste di trasferimento dei dati a preventiva autorizzazione giudiziaria; sul possibile passaggio dei dati trasmessi a Stati terzi, senza alcun cenno sull'obbligo di questi ultimi di tutelare i dati così ricevuti; sulla mancanza di indicazioni relativamente alla durata del periodo di conservazione delle informazioni; nonché sul difetto di reciprocità, nella tutela dei dati, tra la disciplina dell'Unione e quella degli Stati Uniti.<sup>66</sup> Senza esitazione, pertanto, il Parlamento si è sottratto al *fait accompli*, combinato da Commissione e Consiglio, bocciando l'accordo SWIFT.<sup>67</sup> Tuttavia, nella stessa risoluzione legislativa, il Parlamento ha anche chiesto «alla Commissione europea di presentare immediatamente raccomandazioni al Consiglio in vista di un accordo a lungo termine con gli Stati Uniti sulla prevenzione del finanziamento del terrorismo,»<sup>68</sup> essendo, naturalmente, pienamente convinto della necessità di cooperare con tale Paese, anche attraverso il trasferimento dati sulle transazioni finanziarie, per condurre una lotta efficace al terrorismo internazionale -l'Assemblea, infatti, ha successivamente approvato il nuovo testo dell'accordo SWIFT, rinegoziato anche in base alle sue osservazioni, e concluso pochi mesi dopo lo scontro istituzionale appena descritto.<sup>69</sup>

**22.** Emblematica è stata anche la decisione di rifiutare l'approvazione dell'accordo di partenariato nel settore della pesca tra Unione europea e Marocco.<sup>70</sup> L'Assemblea ha rigettato il Protocollo dichiarando di ritenere non significativi i benefici per l'Unione; eccessivo lo sfruttamento degli stock demersali (ossia dei tipi di pesci catturati con reti da posta e reti a strascico); limitato il contributo di fondi europei allo sviluppo del settore locale della pesca e priva di riscontro l'esistenza di un diretto beneficio del Protocollo per la popolazione sahariana, laddove il diritto internazionale richiede, sulla base dello *status* di territorio non autonomo del Sahara occidentale, che «qualunque azione di esplorazione o sfruttamento» in quel territorio venga «svolta solo se a favore della popolazione locale e in linea con i suoi auspici.»<sup>71</sup>

**23.** Infine, la più recente iniziativa del Parlamento europeo per ottenere il pieno rispetto dei suoi nuovi poteri nell'ambito delle relazioni esterne dell'Unione si è avuta con la sonora bocciatura del progetto di accordo commerciale anticontraffazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, il Messico, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America (*Anti-Counterfeiting*

<sup>66</sup> Si vedano le ampie e articolate considerazioni nel documento A7-0013/2010, *Raccomandazione sulla proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e sul trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi*, Relatrice: Jeanine Hennis-Plasschaert, 5 febbraio 2010.

<sup>67</sup> P7\_TA(2010)0029, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2010 sulla proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e sul trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi*. Sulla vicenda v. J. MONAR, *The Rejection of the EU-US SWIFT Interim Agreement by the European Parliament: A Historic Vote and Its Implications*, in *EFA Rev.*, 2010, pp. 143-151.

<sup>68</sup> P7\_TA(2010)0029, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2010*, cit., p.to 2.

<sup>69</sup> Decisione del Consiglio del 28 giugno 2010 n. 2010/411/UE relativa alla firma, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi, in GU L195/1 del 27 luglio 2010; Decisione del Consiglio del 13 luglio 2010 n. 2010/412/UE relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e il trasferimento di dati di messaggistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi, in GU L195/3 del 27 luglio 2010.

<sup>70</sup> P7\_TA-PROV(2011)0569, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 14 dicembre 2011 concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un Protocollo tra l'Unione europea e il Regno del Marocco che fissa le possibilità di pesca e la contropartita finanziaria previste dall'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Comunità europea e il Regno del Marocco*.

<sup>71</sup> A7-0394/2011, *Raccomandazione concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un Protocollo tra l'Unione europea e il Regno del Marocco che fissa le possibilità di pesca e la contropartita finanziaria previste dall'accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Comunità europea e il Regno del Marocco*, Relatore: Carl Haglund, 29 novembre 2011, p. 11. Sulla delicata situazione politica nella quale l'Unione negozia gli accordi di pesca con il paroco v. anche E. MILANO, *The New Fisheries Partnership Agreement Between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing too South?*, in *Anuario de derecho internacional*, 2006, pp. 413-457.

*Trade Agreement*, ACTA).<sup>72</sup> Il Parlamento, pur sottolineando la necessità di rafforzare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale in Europa, in quanto essa risulta essenziale per mantenere il vantaggio competitivo dell'Unione nell'economia globalizzata, anche attraverso il potenziamento della cooperazione internazionale nella lotta alla contraffazione e alla pirateria, ha lamentato scarsa informazione e insufficiente possibilità di partecipazione e coinvolgimento ai negoziati da parte dell'Assemblea, come pure di tutti i portatori di interesse. Il Parlamento ha aspramente criticato l'ambiguità e la vaghezza del testo dell'ACTA, sottolineandone l'alta problematicità in riferimento al rispetto dei diritti fondamentali, poiché: a) non risulterebbero chiaramente definiti gli illeciti di carattere penale e sarebbero sproporzionate le sanzioni previste, b) si consentirebbe una spregiudicata accessibilità ai dati personali dei soggetti suscettibili di essere considerati autori di violazioni dei diritti di proprietà intellettuale sui siti web, con conseguenti, indebite, compressioni della privacy, e c) si metterebbe in pericolo anche il riconoscimento dell'importante ruolo della gratuità di, e dunque del libero accesso a, internet.<sup>73</sup> Così, il 4 luglio 2012, l'Assemblea si è rifiutata di dare la sua approvazione all'Accordo ACTA, respingendolo con 478 voti, mentre 39 eurodeputati si sono espressi a favore della conclusione e 165 si sono astenuti.<sup>74</sup>

**24.** Nonostante il rigetto del Parlamento, la Commissione europea ha mantenuto, in una prima fase, la sua richiesta di parere alla Corte di Giustizia circa la compatibilità del progetto di Accordo ACTA con il Trattato di Lisbona, ed in particolare con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiesta presentata nel maggio 2012,<sup>75</sup> e rispetto alla quale l'orientamento iniziale dell'Assemblea -manifestato, in uno spirito di collaborazione interistituzionale, proprio dal Relatore della proposta di Accordo, l'On. David Martin- era quello di attendere che i giudici di Lussemburgo si esprimessero prima di decidere se approvare o respingere la proposta di accordo.<sup>76</sup> La scelta della Commissione di non recedere dall'iniziativa di fronte ai giudici di Lussemburgo ha subito suscitato molte incertezze sull'ammissibilità del parere richiesto. Quest'ultimo, infatti, aveva ad oggetto una proposta di accordo già bocciata dal Parlamento europeo, circostanza che, oltre a rendere quanto mai ipotetico un radicale ripensamento dell'Assemblea a favore dell'attuale versione dell'ACTA, era suscettibile di pregiudicare la competenza della Corte a pronunciarsi su uno strumento pattizio tecnicamente difficile da qualificare come un accordo «previsto,» secondo quanto richiesto dall'art. 218, par. 11 TFUE per fondare il potere dei giudici di Lussemburgo di adottare un parere sulla sua «compatibilità (...) con i trattati». Certo, la Commissione europea avrebbe potuto tentare di dimostrare alla Corte, per far sì che la sua richiesta di

<sup>72</sup> Per il testo cfr. COM(2011) 380, *Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'Accordo commerciale anticontraffazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America*, 24 giugno 2011.

<sup>73</sup> V. A7-0204/2012, *Raccomandazione sulla proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'Accordo commerciale anticontraffazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America*, Relatore: David Martin, 22 giugno 2012.

<sup>74</sup> P7\_TA-PROV(2012)0287, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 luglio 2012 sulla proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'Accordo commerciale anticontraffazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America*. Sulla proposta di Accordo ACTA e sulle dinamiche anche all'interno delle diverse commissioni parlamentari interessate alla preparazione del dossier dell'Assemblea per consentirle una deliberazione informata a proposito dell'approvazione dell'Accordo anticontraffazione v. C. DELCOURT, *Union européenne et système institutionnel de l'action extérieure – Au Parlement européen: prises de position contrastées sur deux accords controversés*, in *RTD eur.*, 2012, pp. 701-704.

<sup>75</sup> «The question which has been agreed upon unanimously [by the European Commission] is: 'Is the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) compatible with the European Treaties, in particular with the Charter of Fundamental Rights of the European Union?' » Cfr. IP/12/354, *Update on ACTA's Referral to the European Court of Justice*, 4 April 2012. V. anche *Statement by Viviane Reding, Vice-President of the European Commission and EU Commissioner for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, on Freedom of Expression and Information via the Internet, Attempts to Block Websites, «Three-Strikes-Laws», and ACTA*, 15 February 2012; *Statement by Commissioner Karel De Gucht on ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement)*, 22 February 2012; *Overview of the European Commission's Referral of ACTA to the European Court of Justice*, dell'11 maggio 2012. Sul potere della Corte di intervenire con un parere sugli accordi proposti, *infra*, par. XV.

<sup>76</sup> «We will wait for the ECJ ruling before we draw conclusions.» EP International Trade Committee, *European Parliament Rapporteur Welcomes Referral of ACTA to Court of Justice*, Press Release no. 20120222IPR39135, 2 February 2012.

parere venisse accolta, l'assoluta necessità di una presa di posizione da parte dell'istituzione giurisdizionale sulla compatibilità del testo dell'ACTA con la Carta dei diritti fondamentali, al fine di dare una considerevole forza politica all'Unione per rinegoziare i termini dell'accordo osservando le indicazioni della Corte eventualmente contenute nel suddetto parere, come pure prestando adeguata attenzione alle preoccupazioni avanzate dal Parlamento europeo nel rigettare l'attuale versione dell'Accordo anticontraffazione. Lo scorso 20 dicembre, tuttavia, la Commissione ha deciso di ritirare la richiesta di parere, un epilogo che è stato accolto molto positivamente dagli attivisti di tutta Europa,<sup>77</sup> i quali si sono opposti con decisione al progetto di Accordo ACTA, non esitando a presentare, proprio nell'ambito del procedimento consultivo dinanzi alla Corte, un *amicus curiae* ove si sosteneva l'inammissibilità della richiesta di parere, unitamente all'incompatibilità dell'ACTA «with international human rights instruments, the European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights, or the European Treaties.»<sup>78</sup>

### VIII. Il dovere di immediata e piena informazione del Parlamento europeo e l'Accordo interistituzionale tra Commissione e Parlamento del 20 ottobre 2010

25. Per scongiurare scontri istituzionali simili a quelli appena illustrati, molto negativi per la credibilità e l'efficacia dell'azione internazionale dell'Unione, e per il modo in cui l'Europa viene percepita dai suoi *partner*, occorre che le istituzioni collaborino per il pieno rispetto del dovere di coinvolgere il Parlamento europeo sin dall'avvio dei negoziati degli accordi: tale dovere è codificato dall'art. 218, par. 10 TFUE, che prevede un obbligo generale – peraltro esteso anche alle questioni PESC – di informare «immediatamente e pienamente» l'Assemblea in merito a tutte le fasi della procedura di conclusione degli accordi dell'Unione europea; e, con specifico riferimento alla politica commerciale comune, dall'art. 207, par. 3 TFUE, il quale richiede alla Commissione di riferire periodicamente sui progressi dei negoziati sia al Comitato speciale (*Trade Policy Committee*) che al Parlamento europeo.

26. Il 20 ottobre 2010, Commissione e Parlamento hanno, pertanto, adottato un accordo interistituzionale che dedica adeguato spazio alla cooperazione tra le due istituzioni nella definizione degli impegni internazionali.<sup>79</sup> Ai paragrafi 23-29 e all'allegato III dell'accordo quadro sulle relazioni tra Commissione e Parlamento vengono precisate la portata dei doveri scaturenti dal diritto primario sopra richiamato nonché le modalità per la loro ottemperanza. Costantemente «in tempo utile» per consentire al Parlamento di esprimersi, e mai successivamente alle comunicazioni al Consiglio, la Commissione deve informare il Parlamento sulle varie tappe dell'accordo da stipulare, a partire dalla comunicazione della sua intenzione di proporre l'avvio di negoziati; deve notificare tutti i documenti rilevanti dei negoziati, e deve tener conto di osservazioni, pareri e raccomandazioni formulati dall'istituzione assembleare durante le diverse fasi di vita dell'accordo, motivando allorché le ignori o se ne discosti.<sup>80</sup> In particolare, sempre illustrando le ragioni delle sue scelte, la Commissione deve informare il Parlamento laddove in-

<sup>77</sup> Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII), *European Commission Withdraws ACTA Referral*, 20 December 2012; D. MEYER, *ACTA Gets Final Stake Through Heart as EC Drops Court Referral*, in *ZDNet*, 20 December 2012; M. PALMEDO, *Final Blow to ACTA in the EU: European Court of Justice No Longer to Rule on Its Legality*, in *infojustice.org*, 20 December 2012.

<sup>78</sup> FFII, *Amicus Curiae Brief on the European Commission's Request for an Opinion on the AntiCounterfeiting Trade Agreement (ACTA) to the President and the Members of the Court of Justice of the European Union*, Berlin, 13 November 2012. La repentina decisione della Corte di respingere l'*amicus curiae* ha, peraltro, suscitato aspre critiche nella società civile, che ha sottolineato l'incoerenza di decidere sui diritti fondamentali senza consentirne ai titolari la diretta difesa attraverso la presentazione formale delle proprie osservazioni: «[s]ince the entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the Court is a human rights Court. A human rights Court that does not want to listen to humans, but only to states and institutions, is, well, not really convincing.» FFII, *FFII asks EU Court to accept amicus curiae briefs on ACTA - Open letter to the President of the Court of Justice of the European Union*, Mr Vassilios Skouris, 22 November 2012.

<sup>79</sup> Accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea del 20 ottobre 2010, in GU L304/47 del 20 novembre 2010.

<sup>80</sup> Accordo quadro cit., parr. 24 e 28.

tenda proporre al Consiglio l'applicazione provvisoria di un accordo, oppure richiederne la sospensione, o, ancora, procedere all'approvazione di modifiche ad un accordo cui sia stata autorizzata dal Consiglio in base all'art. 218, par. 7 TFUE.<sup>81</sup> Inoltre, la Commissione deve permettere alle delegazioni del Parlamento di usufruire delle infrastrutture a disposizione delle delegazioni di rappresentanza internazionale europee, ed è tenuta a prestare la massima collaborazione per consentire ai delegati assembleari di prendere parte come osservatori ai negoziati di accordi e alle «riunioni di organismi istituiti da accordi internazionali multilaterali di cui l'Unione è parte, quando tali organismi sono chiamati a prendere decisioni che necessitano dell'approvazione del Parlamento o la cui attuazione può richiedere l'adozione di atti giuridici secondo la procedura legislativa ordinaria.»<sup>82</sup>

27. Mentre all'allegato II dell'accordo quadro tra Parlamento e Commissione vi sono procedure per l'accesso alla documentazione confidenziale o segretata ritenute ragionevoli dall'istituzione assembleare, la questione della comunicazione e del trattamento delle informazioni «classificate» detenute dal Consiglio, dunque delle direttive di negoziato adottate da quest'ultimo, non è considerata soddisfacente dal Parlamento europeo. A tutt'oggi, infatti, il Consiglio applica le regole definite ormai dieci anni fa a proposito delle informazioni sensibili nel settore PESC,<sup>83</sup> in base alle quali gli eurodeputati possono visionare i documenti con informazioni riservate solo recandosi presso la sede consiliare, una modalità ritenuta ingiustificata in merito ad accordi internazionali che non abbiano ad oggetto principalmente od esclusivamente questioni di difesa, o, comunque, di politica estera. Dopo il rigetto dell'accordo SWIFT,<sup>84</sup> il Consiglio ed il Parlamento hanno avviato un confronto che si sta concludendo positivamente, poiché è in corso di approvazione un nuovo accordo interistituzionale che, ispirandosi e perfezionando le regole dell'accordo quadro con la Commissione, permette al Parlamento un accesso alla documentazione classificata in possesso del Consiglio meno restrittivo rispetto al regime per le questioni PESC, e soprattutto, stabilisce che tale accesso possa avvenire presso la sede dell'istituzione assembleare.<sup>85</sup> In tal modo, sarà facilitato il pieno rispetto del dettato del Trattato di Lisbona, che ha voluto un notevole rafforzamento dei poteri del Parlamento nella conduzione delle relazioni internazionali dell'Unione, assicurando, tra l'altro, che gli accordi internazionali non vengano conclusi *behind closed doors*, aspetto considerato dall'Assemblea come essenziale per il funzionamento democratico dell'Unione.

## IX. L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali e la rinnovata attenzione verso le nuove prerogative del Parlamento europeo

28. Nella Comunità internazionale si fa spesso ricorso all'applicazione a titolo provvisorio degli accordi laddove risulti necessaria la loro immediata entrata in vigore, una prassi che consente una risposta efficace a concrete e stringenti esigenze economiche e politico-diplomatiche senza eludere il successivo perfezionamento della procedura solenne di conclusione di un trattato, né incorrere in un illecito internazionale laddove le autorità interne preposte alla ratifica rigettino l'accordo provvisoriamente applicato, conformemente a quanto previsto dall'art. 25 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.<sup>86</sup> L'art. 218, par. 5 TFUE contempla questa modalità di approvazione, riservandole una

<sup>81</sup> V. l'Allegato III dell'Accordo quadro, cit., dedicato a «Negoziazione e conclusione di accordi internazionali.»

<sup>82</sup> Accordo quadro, cit., par. 26.

<sup>83</sup> Accordo interistituzionale del 20 novembre 2002 tra il Parlamento europeo e il Consiglio relativo all'accesso da parte del Parlamento europeo alle informazioni sensibili del Consiglio nel settore della politica di sicurezza e di difesa, in GU C298/1 del 30 novembre 2002.

<sup>84</sup> Sul quale v. *supra* il par. VII.

<sup>85</sup> P7\_TA-PROV(2012)0339, *Decisione del Parlamento europeo del 13 settembre 2012 sulla conclusione di un accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e il Consiglio relativo alla trasmissione al Parlamento europeo e al trattamento da parte di quest'ultimo delle informazioni classificate detenute dal Consiglio su materie che non rientrano nel settore della politica estera e di sicurezza comune.*

<sup>86</sup> In base a tale disposizione, «1. Un trattato o una parte di un trattato si applica a titolo provvisorio in attesa della sua entrata in vigore: a. se così stabilisce il trattato stesso; oppure b. se gli Stati che hanno partecipato al negoziato hanno, in altra

procedura semplificata che estende a tutti i tipi di accordi: è il solo Consiglio a decidere, su proposta del negoziatore dell'Unione. L'applicazione in via provvisoria si rivela particolarmente utile per fare entrare in vigore in tempi stretti accordi che risolvano amichevolmente un contenzioso internazionale, come recentemente accaduto a proposito dell'annosa disputa in sede OMC sul regime europeo di importazione delle banane, che si è conclusa con due intese, l'accordo sul commercio delle banane tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, e quello di Ginevra sul commercio delle banane tra l'Unione europea e Brasile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Perù e Venezuela, i quali sostanzialmente prevedono la progressiva riduzione dell'aliquota tariffaria per le banane originarie di quei Paesi.<sup>87</sup>

**29.** Come si è già sottolineato, il Trattato di Lisbona potenzia incisivamente il ruolo del Parlamento europeo nel processo decisionale di approvazione degli strumenti pattizi. Tale nuovo equilibrio istituzionale, unitamente alle nette prese di posizione dell'Assemblea, hanno determinato una prassi di ulteriore e più intensa collaborazione tra Commissione europea, Parlamento e Consiglio anche nell'ambito dell'applicazione provvisoria degli accordi, sviluppatasi, in particolare, dopo il braccio di ferro ingaggiato dall'istituzione assembleare a proposito dell'approvazione del progetto di accordo tra l'Unione europea ed il Cile sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale.<sup>88</sup> Detto accordo intendeva porre fine all'annosa controversia sull'utilizzo, da parte dei pescherecci comunitari, in primis spagnoli, dei porti cileni per le operazioni di trasbordo e di sbarco, nonché per scopi logistici.<sup>89</sup> A partire dall'inizio degli anni novanta, infatti, il Cile aveva adottato una serie di misure restrittive per i pescherecci europei dediti alla pesca d'altura del pesce spada al largo delle coste cilene che, di fatto, impedendo alle navi comunitarie di avvalersi delle ottime infrastrutture cilene, ostacolavano considerevolmente l'attività ittica ed il commercio di pesce spada, poiché i pescherecci europei dovevano cambiare rotta -allungando i tempi di trasporto ed aumentando, così, le spese- per attraccare in altri porti dell'America latina meno efficienti di quelli cileni.<sup>90</sup> Tali ostacoli al commercio, imposti dalle autorità cilene in nome della preservazione degli stock di pesce spada, divennero oggetto di un contenzioso avviato dall'Unione europea dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC,<sup>91</sup> cui fece immediatamente seguito un reclamo cileno al Tribunale sul diritto del mare di Amburgo, ove il governo di Santiago sosteneva che l'Unione non rispettava gli obblighi di preservazione imposti dalla Convenzione sul diritto del mare.<sup>92</sup> Dopo dieci anni di tentativi di soluzioni provvisorie, tra il 2008 e il 2009 Commissione europea e governo cileno misero finalmente a punto un accordo che sembrava avere le potenzialità per risolvere in via definitiva l'annosa disputa. La Commissione, pertanto, propose al Consiglio di applicare in via provvisoria la nuova intesa bilaterale, imperniata essenzialmente sulla

---

maniera, convenuto in tal senso. 2. Salvo diversa disposizione del trattato o salvo diverso accordo fra gli Stati che hanno partecipato al negoziato, l'applicazione a titolo provvisorio di un trattato o di una parte di un trattato nei confronti di uno Stato cessa se quest'ultimo notifica agli altri Stati fra i quali il trattato è provvisoriamente applicato la sua intenzione di non divenire parte al trattato medesimo.»

<sup>87</sup> Decisione del Consiglio del 10 maggio 2010 n. 2010/314/UE relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dell'accordo di Ginevra sul commercio delle banane tra l'Unione europea e Brasile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Perù e Venezuela, e dell'accordo sul commercio delle banane tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, in GU L141/1 del 9 giugno 2010.

<sup>88</sup> Cfr. COM(2010) 154 def., *Proposta di Decisione del Consiglio concernente la conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica del Cile relativo alla conclusione dell'intesa sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale*, Bruxelles, 19 aprile 2010.

<sup>89</sup> Avviso di apertura di una procedura d'esame concernente ostacoli agli scambi, ai sensi del regolamento (CE) n. 3286/94 del Consiglio, costituiti da pratiche commerciali applicate dal Cile al transito e al trasbordo di pesce spada nei porti cileni, in GU C215/2 del 10 luglio 1998; Decisione della Commissione del 5 aprile 2000 N. 2000/296/ce ai sensi delle disposizioni del regolamento (CE) n. 3286/94 del Consiglio, relativa al divieto delle autorità cilene di sbarcare le catture di pesce spada nei porti cileni, in GU L96/67 del 18 aprile 2000.

<sup>90</sup> European Commission, *Report to the Trade Barriers Regulation Committee, TBR Proceedings Concerning Chilean Practices Affecting Transit of Swordfish in Chilean Ports*, Brussels, March 1999.

<sup>91</sup> WT/DS193/1, *Chile – Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish – Request for Consultations by the European Communities*, 26 April 2000.

<sup>92</sup> ITLOS, *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union)*, Order 2000/3 of 20 December 2000.

garanzia di un accesso regolamentato per i pescherecci europei ai porti cileni, congiuntamente ad un monitoraggio costante della sostenibilità delle catture sugli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale.<sup>93</sup> Nel giugno 2010, il Consiglio diede subito seguito alla proposta della Commissione, adottando la decisione di applicare in via provvisoria l'accordo sul pesce spada nel Pacifico meridionale.<sup>94</sup> Tale decisione, tuttavia, non fu gradita da diversi esponenti parlamentari, e ancor meno favore, se possibile, incontrò la scelta della Commissione di notificare in tempi stretti al segretariato dell'OMC la fine della controversia che aveva avviato contro il Cile nel 2000 a causa delle pratiche cilene che negavano lo sbarco delle catture di pesce spada delle navi comunitarie nei porti cileni, pratiche ritenute in conflitto, tra l'altro, con l'art. V dell'Accordo GATT. Infatti, praticamente in contemporanea alla pubblicazione, in Gazzetta ufficiale, della decisione del Consiglio sull'applicazione provvisoria, la Commissione comunicava all'Organo sulla risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB) e al Consiglio per il commercio sui beni (*Council for Trade in Goods*) che, a seguito dell'intesa bilaterale raggiunta, Unione europea e Cile «have unconditionally agreed that neither party shall further exercise any procedural right accruing to it under the DSU in case DS193 *Chile-Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish*.»<sup>95</sup>

**30.** Così, la Commissione per la pesca del Parlamento europeo decise di dare un segnale forte della totale indisponibilità dell'Assemblea ad essere messa dinanzi al fatto compiuto, da parte di Commissione e Consiglio, nella definizione e gestione degli accordi internazionali dell'Unione. Adottò, quindi, una raccomandazione dell'agosto 2010,<sup>96</sup> nella quale si rigettava l'accordo negoziato dalla Commissione, non ritenendolo «una valida soluzione» per i problemi specifici dei pescherecci comunitari «né, più in generale, per la questione della cooperazione con il Cile nel settore della pesca.»<sup>97</sup> In particolare, di fronte ai passaggi repentini dell'applicazione in via provvisoria dell'intesa bilaterale UE/Cile e della notifica all'OMC della cessazione della disputa ivi iniziata, il relatore parlamentare esprimeva «profondo rammarico per la decisione ... che la Commissione ha adottato senza attendere la conclusione del processo di ratifica ... di porre definitivamente fine alla controversia UE-Cile (DS193), pendente dal 2000, mediante notifica formale trasmessa all'OMC in data 3 giugno 2010,» manifestando la propria difficoltà a «comprendere i motivi che hanno spinto la Commissione a rinunciare in via definitiva al diritto, puntualmente rinnovato per quasi un decennio, di riavviare in qualunque momento la ... procedura [OMC], e ciò a poche settimane dall'approvazione (o dal rifiuto) del Parlamento in merito alla conclusione dell'intesa.»<sup>98</sup> L'eurodeputato sottolineava pure che «in caso di rifiuto» da parte del Parlamento si sarebbe creato «un precedente che dovrebbe probabilmente servire a indurre le altre istituzioni coinvolte nella negoziazione e nella conclusione di accordi internazionali nel settore della pesca a non dare per scontata l'approvazione del Parlamento e a rispettare pienamente il nuovo ruolo attribuito a quest'ultimo dal Trattato di Lisbona.»<sup>99</sup>

<sup>93</sup> COM(2010) 153 def., *Proposta di Decisione del Consiglio sull'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica del Cile relativo all'applicazione provvisoria dell'intesa sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale*, Bruxelles, 19 aprile 2010.

<sup>94</sup> Decisione del Consiglio del 3 giugno 2010 n. 2010/343/UE relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'intesa tra l'Unione europea e la Repubblica del Cile sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale, in GU L155/1 del 22 giugno 2010.

<sup>95</sup> WT/DS193/4, *Chile – Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish – Joint Communication from the European Union and Chile*, 3 June 2010, p. 1.

<sup>96</sup> Cfr. PECH\_PV(2010)1130\_1, Committee on Fisheries, *Minutes of the Meeting of 30 November 2010*, par. 4, pp. 1-2. V. anche Anne Eckstein, *EP's Fisheries Committee Rejects Agreement with Santiago*, in *Europolitics*, 2 December 2010

<sup>97</sup> PE 2010/0084(NLE), *Progetto di Raccomandazione sulla proposta di decisione del Consiglio concernente la conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica del Cile relativo alla conclusione dell'intesa sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale*, Commissione per la pesca - Relatore Pat the Cope Gallagher, 9 agosto 2010, a p. 7.

<sup>98</sup> PE 2010/0084(NLE), *Progetto di Raccomandazione sulla proposta di decisione del Consiglio concernente la conclusione dell'accordo in forma di scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica del Cile relativo alla conclusione dell'intesa sulla conservazione degli stock di pesce spada nel Pacifico sudorientale*, cit., p. 8.

<sup>99</sup> *Ibid.*, il corsivo è nostro.

**31.** Il chiaro avvertimento lanciato dalla Commissione parlamentare per la pesca è stato immediatamente colto da Commissione e Consiglio. Per evitare il ripetersi di un simile blocco all'approvazione definitiva di uno strumento pattizio, l'esecutivo di Bruxelles, per gli accordi che necessitano di una risoluzione legislativa positiva del Parlamento, ha iniziato ad attenersi alla prassi a) di informare e coinvolgere compiutamente l'Assemblea, codificando detto obbligo nell'Accordo interistituzionale del 20 ottobre 2010, e b) di proporre al Consiglio un termine per l'entrata in vigore in via provvisoria di un dato accordo che risulti successivo alla presumibile data di approvazione da parte del Parlamento. Il felice esordio di tale prassi si è avuto con l'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, e la Repubblica di Corea, decisa nel settembre 2010,<sup>100</sup> e fissata al 1° luglio 2011, in tempo utile, per il Parlamento, a) per ottenere l'adozione del regolamento sull'applicazione della clausola bilaterale di salvaguardia dell'accordo con la Corea, che fissa una solida procedura per attivare adeguate misure di difesa commerciale laddove le importazioni coreane relative ad un dato prodotto avvengano «in quantitativi così accresciuti e in condizioni tali da arrecare, o minacciare di arrecare, un grave pregiudizio ai produttori dell'Unione di prodotti simili o direttamente concorrenti»<sup>101</sup>; ed anche b) per dare il suo assenso all'insieme del nuovo accordo di libero scambio.<sup>102</sup>

**32.** La formula dell'applicazione provvisoria si rivela ottimale per questa nuova e ambiziosa serie di accordi di libero scambio dell'Unione.<sup>103</sup> Infatti, dato che, anche politicamente, si è scelto di concluderli in forma mista, l'applicazione provvisoria permette di far entrare in vigore rapidamente detti accordi, senza dover attendere il perfezionamento del processo di ratifica dei 27 Stati membri, con riferimento a tutti i capitoli degli strumenti pattizi rientranti nelle competenze dell'Unione. Pertanto, l'art. 3, par. 1, della decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 n. 2011/265/UE sull'Accordo di libero scambio UE/Corea<sup>104</sup> indica che «[n]on sono provvisoriamente applicate» due serie di disposizioni. Si tratta, in primo luogo, degli artt. da 10.54 a 10.61, relativi alla «Repressione penale in materia di diritti di proprietà intellettuale»: dette norme richiedono alle parti contraenti di stabilire procedimenti e sanzioni penali «da applicare almeno nei casi di contraffazione deliberata dei marchi e di usurpazione del diritto d'autore e dei diritti connessi su scala commerciale.»<sup>105</sup> riguardando, pertanto, un settore ancora di competenza degli Stati membri dell'Unione, per la cui approvazione ed esecuzione è, quindi, necessario l'intervento di questi ultimi. Inoltre, la seconda serie di regole escluse dalla provvisoria applicazione da parte dell'Unione riguarda diverse disposizioni del Protocollo sulla cooperazione culturale,<sup>106</sup> volto a promuovere la diversità culturale ed il dialogo tra culture nel quadro dei principi stabiliti dalla Con-

<sup>100</sup> Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 n. 2011/265/UE relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, in GU L127/1 del 14 maggio 2011.

<sup>101</sup> Regolamento (UE) n. 511/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 recante applicazione della clausola bilaterale di salvaguardia dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, in GU L145/19 del 31 maggio 2011, considerando n. 5.

<sup>102</sup> V. P7\_TA(2011)0063, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 febbraio 2011 sul progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra.*

<sup>103</sup> Su tale nuova serie di accordi, con particolare riferimento all'accordo UE/Corea, anche quale espressione della rafforzata politica commerciale europea, v. C.M. BROWN, *The European Union and Regional Trade Agreements: A case Study of the EU-Korea FTA*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2011, pp. 297-308; C.M. BROWN, *The European Union and Regional Trade Agreements*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2012, pp. 445-455; C.M. CANTORE, *Rule Development in the Services Chapter of the EU-Korea FTA: the Case of Financial Services*, EUI Working Paper, 2012; M. CREMONA, *The European Union and Regional Trade Agreements*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, pp. 245-268; D.-C. HORNG, *Reshaping the EU's FTA Policy in a Globalizing Economy: The Case of the EU-Korea FTA*, in *JWT*, 2012, pp. 301-326; Boris RIGOD, *The «New Generation» of EU Free Trade Agreements and the Duty of Consistency*, in J. LARIK, M. MORARU (Eds.), *Ever-Closer in Brussels – Ever-Closer in the World? EU External Action after the Lisbon Treaty*, EUI Working Papers, LAW 2011/10, pp. 61-78; W. MOON, J. WOUTERS, T. CORTHAUT, S. STERKX, S. UJUPAN, *EU-Korea Relations and the EU-Korea Free Trade Agreement*, Leuven Centre of Global Governance Studies, Policy Brief No. 13, March 2010.

<sup>104</sup> Cfr. *supra* nota n. 100.

<sup>105</sup> Art. 10.54 dell'Accordo di libero scambio UE/Corea.

<sup>106</sup> Pubblicato in GU L127/1418 del 14.5.2011.



venzione dell'UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura) sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali adottata a Parigi il 20 ottobre 2005.<sup>107</sup> Alla luce della specificità dei beni e servizi culturali, riconosciuta e tutelata dalla richiamata Convenzione dell'UNESCO, che impedisce di considerare detti beni e servizi unicamente come commerciali ed in una prospettiva di liberalizzazione, essendo questi ultimi anche espressione di diverse culture ed identità e strumenti per preservare e far conoscere le une e le altre, il Protocollo UE/Corea sulla cooperazione culturale contempla lo scambio e la formazione di artisti e altri operatori della cultura, la promozione di coproduzioni audiovisive nonché delle altre arti dello spettacolo e delle pubblicazioni, unitamente alla tutela dei siti e dei monumenti storici appartenenti al patrimonio culturale dell'Europa e del Paese asiatico.<sup>108</sup> Si tratta di aspetti che chiamano in causa, per la loro impostazione e realizzazione, direttamente gli Stati membri dell'Unione, con il conseguente differimento delle relative disposizioni all'avvenuta ratifica da parte delle competenti autorità nazionali.<sup>109</sup>

**33.** Si vuole qui sottolineare che la prassi post-Lisbona sull'obbligo della Commissione di informare e esporre al Parlamento le ragioni in base alle quali intende proporre al Consiglio l'applicazione provvisoria di un accordo, unitamente alla tempistica da ultimo osservata da Commissione e Consiglio per l'applicazione provvisoria degli strumenti pattizi di più ampio respiro, favorevole alle istanze del Parlamento, indubbiamente riduce gli effetti negativi prodotti dall'esclusione dell'Assemblea dalla procedura accelerata per l'entrata in vigore degli accordi. Infatti, né, prima, l'art. 300 CE, né, ora, l'art. 218 TFUE formalmente hanno previsto l'associazione del Parlamento al processo decisionale per applicare un accordo in via provvisoria, nonostante l'Assemblea abbia costantemente rivendicato il suo pieno coinvolgimento in detto meccanismo deliberativo. Tale esclusione -imputabile alla prevalenza dell'impostazione del Consiglio, che ha costantemente respinto l'istanza assembleare sottolineando come l'applicazione provvisoria non comporti l'assunzione, da parte dell'Unione, di un vincolo definitivo sul piano internazionale-<sup>110</sup> avrebbe certo potuto dar luogo ad una indebita compressione dei nuovi poteri parlamentari nella procedura di conclusione degli accordi, laddove il Consiglio avesse optato per una sistematica applicazione provvisoria degli impegni pattizi indipendentemente dall'orientamento dell'istituzione assembleare. Invece, la prassi post-Lisbona qui esposta -sicuramente un buon esempio di applicazione concreta del principio di leale collaborazione tra le istituzioni ora codificato all'art. 4 TUE- ha il pregio di scongiurare l'involutione appena prospettata senza richiedere l'indizione di una Conferenza intergovernativa per rivedere l'impianto dell'art. 218 TFUE.

<sup>107</sup> Tale Convenzione UNESCO è stata negoziata ed approvata anche dall'Unione europea: v. Decisione del Consiglio n. 2006/515/CE del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, in GU L 201/15 del 25.7.2006.

<sup>108</sup> Cfr. in merito J. LOISEN, F. DE VILLE, *The EU-Korea Protocol on Cultural Cooperation: Toward Cultural Diversity or Cultural Deficit?*, in *International Journal of Communication*, 2011, pp. 254-271.

<sup>109</sup> «L'Unione applica l'accordo in via provvisoria ... Non sono provvisoriamente applicate le seguenti disposizioni ... l'articolo 4, paragrafo 3, l'articolo 5, paragrafo 2, l'articolo 6, paragrafi 1, 2, 4 e 5, l'articolo 8, l'articolo 9 e l'articolo 10 del Protocollo sulla cooperazione culturale.» Art. 3, par. 1 della Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 n. 2011/265/UE relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit. Sulla politica dell'Unione e degli Stati membri per la promozione della diversità culturale e del dialogo interculturale nelle relazioni esterne dell'Europa e negli accordi di libero scambio, nonché sulla dimensione esterna della politica degli audiovisivi v. Conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla promozione della diversità culturale e del dialogo interculturale nelle relazioni esterne dell'Unione e dei suoi Stati membri, Bruxelles, 20-21 novembre 2008, in GU C320/10 del 16.12.2008; con specifico riferimento ai documenti della Commissione europea cfr. COM(2007) 242 def., Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Comunicazione su un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione, Bruxelles, 10.5.2007; European Commission, *Argumentaire on Cultural Cooperation Title in Future EU Trade Agreements*, May 2007; European Commission, *Argumentaire on Cultural Cooperation Protocol in EU Trade Agreements*, February 2008; SEC(2009) 1033 final, *Commission Staff Working Document on the External Dimension of Audiovisual Policy*, Brussels, 14.7.2009.

<sup>110</sup> V. J.P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2010, a p. 472.

## **X. La via contenziosa del Parlamento europeo alla tutela delle proprie, accresciute, prerogative: il ricorso contro la decisione del Consiglio sulla concessione di possibilità di pesca ai pescherecci venezuelani**

**34.** Laddove non sia stato possibile, per il Parlamento, ottenere il rispetto, ritenuto appropriato, dei suoi nuovi poteri decisionali in materia di relazioni esterne, minacciando il rigetto, o, addirittura, bocciando un accordo proposto, l'Assemblea non ha esitato ad avvalersi della via giudiziale. La scelta contenziosa risulta, naturalmente, l'unico percorso praticabile nell'ipotesi in cui Commissione e/o Consiglio fondino la conclusione di un accordo su una base giuridica che escluda l'approvazione da parte del Parlamento europeo. Il Parlamento europeo ha, così, presentato alla Corte di giustizia due importanti ricorsi, che chiamano i giudici di Lussemburgo ad intervenire sul conflitto interistituzionale legato ai fondamenti normativi, anche in riferimento al rapporto tra le questioni PESC e le politiche europee non intergovernative, come pure a pronunciarsi su una questione inedita, vale a dire sulla qualificazione giuridica di una dichiarazione dell'Unione sulle concessioni di quote di pesca come atto vincolante unilaterale, o, piuttosto, come proposta di un accordo internazionale, il quale si perfeziona con l'accettazione del Paese terzo cui è rivolta.<sup>111</sup>

**35.** Il 28 febbraio 2012, infatti, l'Assemblea ha depositato il ricorso C-103/12<sup>112</sup> per annullare la decisione n. 2012/19/UE del Consiglio del 16 dicembre 2011, con la quale è stata approvata la dichiarazione sulla concessione delle possibilità di pesca per i pescherecci venezuelani nelle acque dell'Unione, più precisamente nella zona economica esclusiva al largo delle coste della Guyana francese.<sup>113</sup> Detta azione, presto seguita da analoga iniziativa della Commissione,<sup>114</sup> dando luogo all'ordinanza del Presidente della Corte per riunire le due cause in un unico procedimento,<sup>115</sup> contesta la correttezza della base giuridica infine scelta dal Consiglio. Infatti, l'istituzione intergovernativa ha fondato la propria decisione sull'art. 43, par. 3 TFUE, il quale stabilisce che il solo Consiglio, su proposta della Commissione, possa direttamente procedere ad «adott[are] le misure relative ... alla fissazione e ripartizione delle possibilità di pesca.» affiancandogli, di conseguenza, data la natura internazionale della dichiarazione che andava ad approvare, l'art. 218, par. 6, lett. b) TFUE, il quale richiede la sola consultazione del Parlamento per le misure internazionali per il cui oggetto, su piano interno, si deliberi senza la codecisione con l'Assemblea. La Commissione ed il Parlamento, però, sostengono nei loro ricorsi che il corretto fondamento normativo sia rappresentato dall'art. 43, par. 2 TFEU, il quale prevede che l'Unione deliberi secondo la procedura legislativa ordinaria per il perseguimento degli obiettivi della politica comune dell'agricoltura e della pesca, unitamente, di conseguenza, all'art. 218, par. 6, lett. a), v) TFUE che richiede l'approvazione del Parlamento europeo per tutti gli accordi riguardanti settori ai quali si applica, per l'appunto, la procedura legislativa ordinaria o la procedura legislativa speciale.

**36.** Se entrambi i ricorrenti presentano la medesima richiesta alla Corte, peraltro indicando ai giudici, in caso di accoglimento dei loro ricorsi, di mantenere gli effetti della decisione annullata «fintantoché non sarà entrata in vigore una nuova decisione ... sull'appropriata base giuridica,»<sup>116</sup> mostran-

<sup>111</sup> Su detti ricorsi cfr. I. BOSSE-PLATIÈRE, C. FLAESCH-MOUGIN, *Union européenne et système institutionnel de l'action extérieure – Bases juridiques post-Lisbonne: plusieurs recours contentieux enrichissent la réflexion*, in *RTD eur.*, 2012, pp. 704-709.

<sup>112</sup> Ricorso proposto il 28 febbraio 2012, *Parlamento europeo/Consiglio dell'Unione europea (Causa C-103/12)*, in *GU C157/2* del 2.6.2012.

<sup>113</sup> Decisione del Consiglio n. 2012/19/UE del 16 dicembre 2011 che approva, a nome dell'Unione europea, la dichiarazione sulla concessione di possibilità di pesca nelle acque UE ai pescherecci battenti bandiera della Repubblica boliviana del Venezuela nella zona economica esclusiva al largo delle coste della Guyana francese, in *GU L6/8* del 10.1.2012.

<sup>114</sup> Ricorso proposto il 3 aprile 2012, *Commissione europea/Consiglio dell'Unione europea (Causa C-165/12)*, in *GU C157/6* del 2.6.2012.

<sup>115</sup> *Ordonnance du Président de la Cour du 2 mai 2012 (jonction des affaires C-103/12 et C-165/12)*, testo disponibile al link <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=122602&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&ext=&doclang=FR&cid=320870>.

<sup>116</sup> Ricorso C-165/12, cit.

do, così, di condividere, nel merito, l'oggetto della dichiarazione dell'Unione della quale contestano il fondamento normativo, essi, nondimeno, divergono riguardo la motivazione delle rispettive azioni giudiziarie. La Commissione europea, infatti, ricorda che ormai da vari decenni i pescherecci venezuelani sono autorizzati ad operare nella zona economica esclusiva del dipartimento francese d'oltremare della Guyana. Il nuovo regolamento dell'Unione sulle autorizzazioni di pesca<sup>117</sup>, però, dal 2008 richiede l'esistenza di un accordo internazionale per il rilascio di autorizzazioni di pesca a imbarcazioni di paesi terzi operanti nelle acque dell'Unione.<sup>118</sup> Alla luce, tuttavia, a) del contesto delle attività di pesca in quella zona -che vede lo sbarco e la trasformazione delle catture dei pescherecci del Venezuela presso i porti della Guyana francese rappresentare un contributo rilevante per il sostentamento della popolazione locale e la sua industria di trasformazione agroalimentare, senza che le risorse ittiche vengano utilizzate in modo rischioso per la loro adeguata riproduzione, b) della portata economicamente limitata delle concessioni necessarie, nonché c) degli effetti particolarmente negativi che una brusca interruzione delle autorizzazioni europee di pesca avrebbe comportato sotto il profilo delle relazioni con Caracas come pure per l'avverso e forte impatto sul tessuto economico e sociale delle collettività interessate, la Commissione ha ritenuto sproporzionato ed eccessivamente dispendioso attenersi alle procedure, dunque ai tempi e ai costi burocratici, richiesti dall'apertura formale di negoziati internazionali e, quindi, dalla conclusione di «un vero e proprio accordo bilaterale tra il Venezuela e l'Unione europea.»<sup>119</sup> L'istituzione europea ha, così, optato per una dichiarazione unilaterale del Consiglio contenente l'impegno a rilasciare le autorizzazioni ai pescherecci venezuelani e il richiamo alle stringenti misure europee di conservazione e di controllo cui questi ultimi devono attenersi durante le loro attività di pesca, pena il ritiro delle concessioni dell'Unione, qualificando detta dichiarazione come un atto unilaterale vincolante secondo il diritto internazionale, analogamente a quanto osservato negli anni '70 dalla Corte internazionale di giustizia nelle controversie avviate da Australia e Nuova Zelanda contro la Francia a proposito delle dichiarazioni delle autorità francesi sulla rinuncia ai test nucleari in Polinesia.<sup>120</sup> Nella sua proposta al Consiglio, però, la Commissione ha richiamato l'art. 218, par. 6, lett. a) TFUE, dunque la necessità dell'approvazione del Parlamento, proprio per salvaguardare le accresciute prerogative istituzionali di quest'ultimo, non comprimibili in nome delle esigenze di celerità procedurale.<sup>121</sup>

**37.** Il Parlamento europeo, invece, nel proprio ricorso rivendica quale fondamento normativo corretto il combinato disposto dell'art. 43, par. 2, e dell'art. 218, par. 6, lett. a), v) TFUE «poiché l'atto in parola [la dichiarazione dell'Unione sulle concessioni di pesca adottata dalla decisione attaccata] equivale ad un accordo internazionale relativo all'accesso alle acque dell'Unione ai fini dell'esercizio di attività di pesca da parte di uno Stato terzo,»<sup>122</sup> ossia allo strumento giuridico ora richiesto dal nuovo regolamento dell'Unione sulle autorizzazioni di pesca. Poiché un simile accordo<sup>123</sup> ricade in un settore,

<sup>117</sup> Regolamento (CE) n. 1006/2008 del Consiglio del 29 settembre 2008 relativo alle autorizzazioni delle attività di pesca dei pescherecci comunitari al di fuori delle acque comunitarie e all'accesso delle navi di paesi terzi alle acque comunitarie, che modifica i regolamenti (CEE) n. 2847/93 e (CE) n. 1627/94 e abroga il regolamento (CE) n. 3317/94, in GU L286/33 del 29.10.2008.

<sup>118</sup> Cfr. l'art. 21 del Regolamento (CE) n. 1006/2008 del Consiglio, cit.

<sup>119</sup> COM(2010) 807 def., *Proposta di Decisione del Consiglio relativa all'accesso dei pescherecci battenti bandiera della Repubblica bolivariana del Venezuela alla zona economica esclusiva al largo delle coste del dipartimento francese della Guyana*, Bruxelles, 7.1.2011, a p. 3. Si vedano anche le dichiarazioni del Consiglio, formulate in occasione dell'adozione della decisione impugnata: «visti il contesto e la portata limitata dell'attività di pesca in questione, appare sproporzionato proporre un vero e proprio accordo bilaterale tra il Venezuela e l'Unione europea. Invece, la proposta dichiarazione unilaterale del Consiglio persegue un obiettivo simile a quello di un accordo di pesca, vale a dire consentire il rilascio di autorizzazioni di pesca ai pescherecci venezuelani» (Consiglio dell'Unione europea, doc. 18708/11, 3137<sup>a</sup> sessione del Consiglio agricoltura e pesca, Bruxelles, 15-16 dicembre 2011, a p. 41). Tuttavia, il Consiglio, a nostro avviso, ha, poi, peccato di eccessivo zelo nello snellimento della procedura, comprimendo illegittimamente le modalità di partecipazione istituzionale del Parlamento nell'adozione dell'atto di approvazione della dichiarazione dell'Unione sulla concessione delle possibilità di pesca.

<sup>120</sup> CIG, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports* 1974, p. 253, e CIG, *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports* 1974, p. 457.

<sup>121</sup> COM(2010) 807 def., cit., a p. 3.

<sup>122</sup> Ricorso C-103/12, cit., il corsivo è nostro.

<sup>123</sup> Nel proprio Progetto di relazione, la Commissione parlamentare per la pesca -che, aderendo alle conclusioni della Commissione giuridica, indica perentoriamente la necessità di introdurre un ricorso laddove le prerogative dell'Assemblea non

quello della politica comune dell'agricoltura e della pesca, al quale «si applica la procedura legislativa ordinaria,»<sup>124</sup> ad avviso dell'Assemblea risulta quindi necessario, per la sua adozione, anche l'approvazione parlamentare.

Sarà, pertanto, di notevole interesse vedere quale scelta compirà la Corte di giustizia a proposito della qualificazione della dichiarazione approvata dalla decisione impugnata. Laddove la qualificano come un atto unilaterale vincolante, i giudici di Lussemburgo daranno concreto riscontro all'impostazione di quella dottrina che sostiene la possibilità di estendere la procedura dell'art. 218 TFUE anche all'adozione di atti unilaterali internazionali ulteriori rispetto alle posizioni comuni da presentare negli organi istituiti dagli accordi sottoscritti dall'Unione.<sup>125</sup>

## XI. Segue: il ricorso del Parlamento europeo contro la decisione PESC per la conclusione dell'Accordo con la Repubblica di Mauritius sul trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria

**38.** L'altro ricorso introdotto dal Parlamento, con la causa C-658/11,<sup>126</sup> ha ad oggetto la decisione n. 2011/640/PESC del Consiglio per la firma e la conclusione dell'Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati dalla forza navale sotto il comando europeo, nonché del trattamento di dette persone successivamente al trasferimento –Accordo cui, nel proseguo, ci si riferirà come Accordo UE/Mauritius.<sup>127</sup> Si tratta del terzo strumento pattizio negoziato dall'Unione europea –i precedenti sono gli scambi di lettere con il Kenya<sup>128</sup> e con le Seychelles<sup>129</sup>– a proposito dei principi cui attenersi per le indagini, l'azione giudiziaria e la eventuale pena detentiva delle persone fermate nell'ambito dell'operazione Atalanta, la missione condotta dall'Unione europea, in attuazione ed in conformità delle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite,<sup>130</sup> per contrastare la pirateria sulle coste ed al largo delle coste somale.<sup>131</sup> La pirateria e le rapine a mano armata nella zona marittima tra il Corno

---

fossero rispettate- definisce la dichiarazione dell'Unione un «quasi-accordo.» Cfr. PE474.087, Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulla proposta di decisione del Consiglio che approva, a nome dell'Unione europea, la dichiarazione sulla concessione di possibilità di pesca nelle acque UE ai pescherecci battenti bandiera della Repubblica bolivariana del Venezuela nella zona economica esclusiva al largo delle coste della Guyana francese – Relatore: Crescenzo Rivellini*, 16.11.2011, a p. 7.

<sup>124</sup> Ricorso C-103/12, cit.

<sup>125</sup> J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, cit., p. 469.

<sup>126</sup> Ricorso proposto il 21 dicembre 2011, *Parlamento europeo/Consiglio dell'Unione europea (Causa C-658/11)*, in GU C 58/6 del 25.2.2012.

<sup>127</sup> Decisione n. 2011/640/PESC del Consiglio del 12 luglio 2011 relativa alla firma e alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, in GU L254/1 del 30.09.2011.

<sup>128</sup> Decisione n. 2009/293/PESC del Consiglio del 26 febbraio 2009 concernente lo scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo del Kenya sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria e fermate dalla forza navale diretta dall'Unione europea (EUNAVFOR), e dei beni sequestrati in possesso, dell'EUNAVFOR, dall'EUNAVFOR al Kenya, e del loro trattamento dopo tale trasferimento, in GU L79/47 del 25.3.2009.

<sup>129</sup> Decisione n. 2009/877/PESC del Consiglio del 23 ottobre 2009 relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dello scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, in GU L315/35 del 2.1.2009. Su tale serie di accordi cfr. I. BOSSE-PLATIÈRE, *Le volet judiciaire de la lutte contre la piraterie maritime en Somalie: les accords de transferts conclus par l'Union européenne avec des Etats tiers*, in V. CATTOIR-JONVILLE, J. SAISON (sous la direction de), *Les différentes facettes du concept de sécurité juridique – Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre-André Lecocq*, 2011, pp. 91-112.

<sup>130</sup> Si tratta delle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1814 (2008), 1816 (2008), 1838 (2008), 1844 (2008), 1846 (2008), 1851 (2008), 1897 (2009), 1918 (2010), 1950 (2010), 1976 (2011), 2015 (2011), e 2020 (2011), da ultimo richiamate e riconfermate dalla Risoluzione 2077 del 21 novembre 2012, testi disponibili sul sito delle Nazioni Unite <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/index.shtml>.

<sup>131</sup> Azione comune n. 2008/851/PESC del Consiglio del 10 novembre 2008 relativa all'operazione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia, in GU L301/33 del 12.11.2008, come modificata dalla Decisione n. 2012/174/PESC del Consiglio del 23 marzo 2012 che modifica l'azione comune 2008/851/PESC relativa all'operazione militare dell'Unione europea volta a

d'Africa e l'India, infatti, minacciano gravemente gli approvvigionamenti umanitari nelle aree martoriante di quel territorio, rendendo inoltre estremamente insicure le tradizionali vie marittime commerciali di quel tratto di Oceano indiano. Da qui la decisione europea, nel quadro giuridico degli atti dell'ONU, di intraprendere un'operazione militare per proteggere le navi del Programma alimentare mondiale (PAM) che trasportano l'aiuto umanitario alle popolazioni sfollate della Somalia, nonché «le navi vulnerabili che navigano al largo delle coste somale,»<sup>132</sup> sino alle coste indiane.

**39.** Laddove e affinché l'attività della forza navale dell'Unione abbia successo nella dissuasione, prevenzione e repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata, si pone il problema dell'individuazione degli Stati disposti ad attivare i procedimenti penali e della definizione della relativa disciplina per il trattamento da riservare a) alle persone sospettate di voler compiere detti atti o rapine, di commetterli o di averli commessi, che siano state fermate dai mezzi navali facenti parte della missione Atalanta, come pure b) ai beni sequestrati dalle unità dell'operazione militare europea, beni utilizzati per compiere gli atti contrastati, o che ne costituiscono i proventi. L'Unione europea, nei tre accordi sopra richiamati, ha concordato con il Kenya, le Seychelles, e la Repubblica di Mauritius proprio le condizioni per il trasferimento e il trattamento da riservare ai sospettati e ai beni interessati dalle azioni di contrasto alla pirateria.

**40.** Con riferimento, in particolare, all'ultimo accordo con l'isola di Mauritius, si prevede che le autorità dello Stato insulare decidano di volta in volta se accettare, su richiesta dell'EUNAVFOR (acronimo di «EU Naval Force»), il trasferimento delle persone fermate e dei beni sequestrati, precisando che «[l]a persona trasferita [deve essere] trattata in modo umano e nel rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani che figurano nella costituzione di Mauritius, incluso il divieto della tortura e di qualsiasi altro trattamento o pena crudele, disumana o degradante e il divieto della detenzione arbitraria, ed in conformità al requisito del diritto ad un processo equo.»<sup>133</sup> Detti principi sono, quindi, sviluppati dall'Accordo in questione, puntualizzando, ad esempio, il diritto della persona trasferita ad «essere informata, nel più breve tempo possibile, in una lingua ad essa comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico,» ad «essere giudicata senza indebito ritardo,» a «vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito, se ... non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo,» nonché a «farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.»<sup>134</sup> Unione europea e Mauritius hanno anche concordato una disposizione ad hoc sulla pena di morte: durante i negoziati, infatti, nello Stato africano si era acceso un dibattito a proposito della reintroduzione della pena capitale, circostanza che aveva preoccupato non poco i diplomatici europei e che aveva determinato il protrarsi della discussione.<sup>135</sup> L'art. 5 dell'Accordo, pertanto, stabilisce che «[n]essuna persona trasferita, conformemente alla legge di Mauritius sull'abolizione della pena di morte, è accusata di un reato che comporta la pena di morte, è condannata a morte o è sottoposta all'applicazione di tale pena.» Parimenti, riguardo un'eventuale estradizione della persona fermata perché sospettata di atti di pirateria, l'Accordo la permette a condizione che Mauritius si sia previamente consultata con l'Unione europea, e che detta estradizione avvenga verso «un altro Stato che garantisca il rispetto delle norme in materia di diritti umani» richiamati nell'Accordo stesso.

Naturalmente, viste le limitate risorse dello Stato africano, l'Unione europea e Mauritius hanno anche concordato forme di assistenza finanziaria, tecnica e logistica alla nazione insulare per consentirle di dotarsi delle strutture, della legislazione, della formazione degli inquirenti e dei pubblici ministeri,

---

contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia, in GU L89/69 del 27.3.2012.

<sup>132</sup> V. l'art. 1, par. 1 dell'azione comune n. 2008/851/PESC, cit.

<sup>133</sup> Art. 3, par. 5 dell'Accordo UE/Mauritius, cit.

<sup>134</sup> Art. 4, par. 6 dell'Accordo UE/Mauritius, cit.

<sup>135</sup> Come riportato da I. BOSSE-PLATIÈRE, *Union européenne et sécurité – En dépit de certaines difficultés, l'UE tente de relancer sa politique de défense et concentre son action sur la sécurisation de la Corne de l'Afrique*, in *RTD. Eur.*, 2011, pp. 259-263.

delle procedure investigative e giudiziarie consone a soddisfare gli standard sui diritti fondamentali richiamati dall'Accordo,<sup>136</sup> a partire dal suo Preambolo.<sup>137</sup>

41. Il Parlamento europeo ha deciso di impugnare la decisione del Consiglio relativa alla firma e alla conclusione dell'Accordo UE/Mauritius, negoziato dall'Alto Rappresentante, lamentando la violazione dell'obbligo di piena ed immediata informazione codificato all'art. 218, par. 10 TFEU, nella convinzione di non essere stato adeguatamente coinvolto nelle fasi della negoziazione e della conclusione dell'Accordo. Ma, soprattutto, l'Assemblea ha fondato il proprio ricorso sull'illegittimità del fondamento giuridico scelto per sottoscrivere l'accordo. La decisione in questione è, infatti, una decisione PESC fondata sull'art. 37 TUE, ai sensi del quale «[l']Unione può concludere accordi con uno o più Stati o organizzazioni internazionali» in materia di politica estera e di sicurezza comune, e sull'art. 218, parr. 5 e 6 TFUE, laddove il par. 6 di tale ultima disposizione prevede che sia il solo Consiglio a decidere la conclusione di un accordo PESC. Il Parlamento sostiene, infatti, che l'Accordo UE/Mauritius «riguard[+] altresì la cooperazione giudiziaria in materia penale, la cooperazione di polizia e la cooperazione allo sviluppo, interessando ambiti nei quali si applica la procedura legislativa ordinaria.»<sup>138</sup> condizione che fa scattare il diritto dell'Assemblea ad intervenire con la propria approvazione per perfezionare l'*iter* di un accordo dell'Unione.

42. Per il Parlamento, pertanto, l'Accordo UE/Mauritius non è un accordo «esclusivamente o principalmente» di politica estera e di sicurezza comune, con la conseguenza che la Corte di giustizia dovrà pronunciarsi anche sul delicato rapporto tra la PESC e la dimensione esterna dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), l'ampio e sensibile settore progressivamente sottratto alla gestione intergovernativa, rilevante scelta politico-istituzionale da ultimo completata dal Trattato di Lisbona.<sup>139</sup> Ancora una volta, si tratta di una questione che non ha precedenti nel contenzioso interistituzionale dell'Unione, poiché il Parlamento richiede, sulla base dei suoi nuovi ed accresciuti poteri, di intervenire con la propria approvazione nella conclusione di un accordo che, indubbiamente, è anche un accordo di politica estera. Come noto, in base all'art. 216 TFEU l'Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali anche «qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione.» Ora, l'Azione comune n. 2008/851/PESC, con la quale è stata avviata l'operazione Atalanta, è, indubbiamente, «un atto giuridico vincolante dell'Unione,» e l'art. 12 di detta azione prevede il trasferimento ad uno Stato terzo delle persone fermate «in vista dell'esercizio delle competenze giurisdizionali» a condizione che detto Stato si impegni a rispettare «il diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale di diritti umani, al fine di garantire in particolare che nessuno sia sottoposto alla pena di morte, alla tortura o a qualsiasi altro trattamento crudele, inumano o degradante.» I giudici di Lussemburgo dovranno stabilire se la formula dell'art. 12 -indubbiamente avente ad oggetto questioni riconducibili alla cooperazione giudiziaria in materia penale, nonché alla cooperazione di polizia, i cui atti devono essere adottati, in base al Trattato di Lisbona, con la procedura legislativa ordinaria- contenga una implicita attribuzione all'Unione del potere di concludere accordi con gli Stati terzi interessati al fine di ottenere da questi ultimi la garanzia che si attenano agli standard indicati negli atti dell'Unione e nelle fonti internazionali da questi ultimi richiamati. Oppure, la Corte potrà anche verificare, al di là di quanto evincibile dall'art. 12 dell'Azione comune Atalanta, se l'Accordo UE/Mauritius possa essere qualificato come necessario alla realizzazione di uno degli obiettivi dello SLSG, in particolare quello della lotta contro la criminalità, di cui all'art. 83 TFEU.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> Cfr. l'art. 7 dell'Accordo UE/Mauritius, cit.

<sup>137</sup> Ove le Parti contraenti si impegnano a tener conto «del diritto internazionale in materia di diritti umani, inclusi il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984.»

<sup>138</sup> Ricorso C-658/11, cit.

<sup>139</sup> Infatti, il TFUE, al Titolo V della Parte terza, dedicata alle politiche dell'Unione, ricomprende ora tutti gli aspetti dello SLSG, dunque le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, la cooperazione giudiziaria in materia civile, la cooperazione giudiziaria in materia penale, nonché la cooperazione di polizia.

<sup>140</sup> Recita, infatti, il par. 1 di tale disposizione: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle im-

Si tratta certamente di problemi giuridici «redoutables»<sup>141</sup> formidabili, ai quali potrà aggiungersi quello di stabilire se una tale competenza sui trasferimenti e sui trattamenti giudiziari a proposito degli atti di pirateria richieda la conclusione dei relativi accordi in forma mista, coinvolgendo, dunque, oltre all'Unione, anche gli Stati membri.

## XII. La sospensione di un accordo internazionale

43. È sempre il Consiglio, «su proposta della Commissione o dell'Alto Rappresentante,» ad adottare «una decisione sulla sospensione dell'applicazione di un accordo.»<sup>142</sup> La scelta di sospendere l'efficacia di un accordo si caratterizza per la natura altamente politica. In particolare, per l'Unione europea è un'esigenza venuta spesso in rilievo a proposito del mancato rispetto a) dei diritti fondamentali da parte dei Paesi terzi contraenti, nonché, b) più in generale, delle finalità di cooperazione poste alla base degli accordi che detti Paesi hanno sottoscritto con l'Unione. Formalmente, il Trattato di Lisbona non prevede, nella procedura di sospensione degli accordi, un ruolo per il Parlamento europeo, evidente segno della persistente riluttanza degli Stati membri a far sì che l'Assemblea possa incisivamente e agevolmente «interferire» in questioni suscettibili di essere valutate come di pura politica estera, e ciò nonostante il fatto che il tema del rispetto e della promozione dei diritti fondamentali sia sempre stato strenuamente difeso dall'istituzione parlamentare. Tuttavia, neppure in questa circostanza l'Assemblea viene ignorata. Infatti, come già sopra menzionato, l'accordo quadro sulle relazioni tra Commissione e Parlamento prevede -all'allegato III, par. 8- che «la Commissione inform[i] il Consiglio e il Parlamento contemporaneamente e a tempo debito della propria intenzione di proporre al Consiglio la sospensione di un accordo internazionale,» illustrandone i motivi.

44. Di recente, a seguito delle gravissime violazioni dei diritti umani perpetrate del regime siriano contro la propria popolazione, il Consiglio ha deciso di sospendere parzialmente l'accordo di cooperazione del 18 gennaio 1977 tra la Siria e l'allora Comunità economica europea.<sup>143</sup> Significativi sono i richiami, nella motivazione delle due decisioni di sospensione, all'art. 3, par. 5 TUE, in base al quale «nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione ... contribuisce alla pace, alla sicurezza e alla tutela dei diritti umani e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»; all'art. 21, par. 1 TUE, che richiede all'Unione di fondare la propria azione sulla scena internazionale «sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento,» dunque «democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale»; e, infine, alle finalità dell'accordo di cooperazione UE/Siria «basato sulla reciproca volontà delle parti di mantenere e consolidare le relazioni amichevoli nel rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite.»<sup>144</sup> Il Consiglio ha, quindi, sospeso l'accordo in merito alle importazioni, esportazioni, al transito e alle

---

PLICAZIONI di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.»

<sup>141</sup> Così I. BOSSE-PLATIÈRE, C. FLAESCH-MOUGIN, *Union européenne et système institutionnel de l'action extérieure – Bases juridiques post-Lisbonne: plusieurs recours contentieux enrichissent la réflexion*, cit. a p. 705.

<sup>142</sup> Art. 218, par. 9 TFUE.

<sup>143</sup> Cfr. Regolamento (CEE) n. 2216/78 del Consiglio del 26 settembre 1978 relativo alla conclusione dell'accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica araba siriana, in GU L269/1 del 27 settembre 1978.

<sup>144</sup> V. Decisione del Consiglio del 2 settembre 2011 n. 2011/523/UE che sospende parzialmente l'applicazione dell'accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica araba siriana, in GU L228/19 del 3 settembre 2011, considerando n. 2. V. anche Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica araba siriana, cit., considerando n. 1.

operazioni finanziarie di sostegno al commercio di petrolio greggio, prodotti petroliferi, oro, diamanti e metalli preziosi. Tali beni sono stati selezionati per far ricadere gli effetti negativi della sospensione sulle autorità siriane -che traggono il maggior vantaggio dalla loro disponibilità, sostenendo grazie ad essi le politiche repressive del regime di Bashar Al-Assad- evitando, pertanto, di infliggere ulteriori privazioni al popolo siriano.<sup>145</sup>

### XIII. L'adozione delle posizioni da adottare a nome dell'Unione negli organi comuni degli accordi internazionali

45. Molto frequentemente, gli accordi bilaterali e multilaterali istituiscono organi comuni, ove siedono i rappresentanti delle parti contraenti. Oltre al compito di provvedere alla modifica di alcune norme, o allegati dedicati ad aspetti tecnici, a tali «consigli» o «comitati» misti viene assegnato il compito di approntare le regole gestionali ed esecutive necessarie: a) all'applicazione delle disposizioni degli accordi aventi una natura essenzialmente programmatica, e più in generale, b) a garantire una pronta ed uniforme esecuzione degli impegni pattizi assunti. La creazione di tali «consigli» o «comitati» misti ha, pertanto, come obiettivo quello di evitare che le parti contraenti siano costrette ad intervenire continuamente sul testo dell'accordo principale, potendo, invece, attraverso l'attività decisionale svolta dagli organi comuni, predisporre la disciplina utile a mettere in pratica le norme pattizie di carattere generale precedentemente e solennemente stipulate. La questione della procedura decisionale da osservarsi per definire la posizione europea da presentare dinanzi agli organi comuni è stata portata alla ribalta dalla serie di pronunce della Corte di giustizia che, soprattutto a partire dalla fine degli anni Ottanta,<sup>146</sup> hanno iniziato a dare significativo rilievo agli atti adottati dai consigli o dai comitati misti degli accordi bilaterali, e dalle incertezze sul meccanismo decisionale cui le istituzioni europee avrebbero dovuto attenersi per concorrere alla formazione delle misure degli organismi congiunti. Riprendendo e puntualizzando quanto già codificato a partire dal Trattato di Amsterdam, l'art. 218, par. 9 TFUE stabilisce, pertanto, che il Consiglio, su proposta della Commissione o dell'Alto Rappresentante, approvi una decisione in merito alle «posizioni da adottare a nome dell'Unione in un organo istituito da un accordo, se tale organo deve adottare atti che hanno effetti giuridici, fatta eccezione per gli atti che integrano o modificano il quadro istituzionale dell'accordo.» Tale procedura semplificata permette, così, di approntare speditamente tale tipo di misure esecutive degli impegni pattizi. Ad esempio, il Consiglio ha recentemente adottato la decisione con la quale ha fissato la posizione comune dell'Unione nel comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile, istituito dall'accordo di libero scambio con la Corea,<sup>147</sup> per stabilire a) il *forum* della società civile (che deve riunire rappresentanti di organizzazioni imprenditoriali e sindacali e di organizzazioni non governative operanti in campo ambientale per stabilire un dialogo sul raccordo tra sviluppo economico, preservazione dell'ambiente e progresso sociale, monitorando l'attuazione dell'accordo su tali cruciali aspetti) e b) il gruppo di esperti incaricato di esaminare questioni sulla sostenibilità del commercio laddove non sia stata trovata una soluzione soddisfacente attraverso consultazioni governative.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Decisione del Consiglio del 2 settembre 2011 n. 2011/523/UE cit.; Decisione del Consiglio del 27 febbraio 2012 n. 2012/123/PESC recante modifica della decisione 2011/523/UE che sospende parzialmente l'applicazione dell'accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica araba siriana, in GU L54/18 del 28 febbraio 2012.

<sup>146</sup> Si vedano, tra l'altro, CGUE, sentenza del 20 settembre 1990, *S.Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-192/89, in *Racc.*, 1990, p. I-3641; CGUE, sentenza del 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell AG c. Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, causa C-188/91, in *Racc.*, 1993, p. I-363.

<sup>147</sup> Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 n. 2011/265/UE relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, cit.

<sup>148</sup> Decisione del Consiglio del 22 giugno 2012 n. 2012/488/UE relativa alla posizione che l'Unione europea deve adottare in sede di comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile istituito dall'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, in merito al funzionamento del forum della società civile e alla costituzione di un gruppo di esperti incaricato di esaminare questioni che rientrano nell'ambito di competenza del comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile, in GU L231/1 del 28 agosto 2012.



#### XIV. La delega al negoziatore ad approvare a nome dell'Unione modifiche ad un accordo internazionale

46. Come si è appena riportato, il meccanismo decisionale semplificato per le decisioni del Consiglio sulle posizioni comuni dell'Unione negli organi istituiti da un dato accordo non può avere ad oggetto «gli atti che integrano o modificano il quadro istituzionale dell'accordo.»<sup>149</sup> In tale caso, infatti, poiché il provvedimento da adottare in un consiglio o comitato di un accordo comporta nuove regole o revisioni dell'impianto pattizio originariamente concordato, occorrerà ripercorrere l'*iter* decisionale ordinario, che, il più delle volte, coinvolge il Parlamento. Laddove, tuttavia, l'emendamento o l'integrazione del testo pattizio riguarda aspetti minori, l'art. 218, par. 7 TFUE contempla un'ulteriore procedura semplificata, consistente in una delega alla Commissione o all'Alto Rappresentante: pertanto, «[a]ll'atto della conclusione di un accordo, il Consiglio, in deroga ai parr. 5, 6 e 9, può abilitare il negoziatore ad approvare a nome dell'Unione le modifiche dell'accordo se quest'ultimo ne prevede l'adozione con una procedura semplificata o da parte di un organo istituito dall'accordo stesso (...) correda[ndo] eventualmente questa abilitazione di condizioni specifiche.» Si tratta di una delle poche basi giuridiche di diritto primario che delega espressamente alla Commissione -e, nel caso specifico, anche all'Alto Rappresentante- il *treaty-making power* dell'Unione europea.<sup>150</sup> Un esempio eloquente del prezioso ruolo che può essere chiaramente affidato alla Commissione grazie a tale base giuridica è quanto delineato nella proposta al Consiglio<sup>151</sup> relativa alla conclusione dell'accordo con gli Stati Uniti per il coordinamento dei programmi di etichettatura e di efficienza energetica delle apparecchiature per ufficio.<sup>152</sup> Data la rapida evoluzione che contraddistingue il mercato delle apparecchiature per ufficio sotto il profilo della loro efficienza energetica, la proposta in questione riserva alla Commissione il potere di concorrere al riesame e all'aggiornamento degli allegati tecnici dell'accordo sul programma *Energy Star* (dunque, la denominazione ed il logo comune *Energy Star*, le direttive per il loro corretto utilizzo, le specifiche comuni dei prodotti che possono fregiarsi del logo *Energy Star*), definendo la posizione dell'Unione in merito alle decisioni che gli enti di gestione dell'accordo devono adottare per emendare gli allegati tecnici in questione.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> Art. 218, par. 9 TFUE.

<sup>150</sup> Oltre all'art. 218, par. 7 TFUE, si ricorda qui l'art. 7 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee, del 1965, relativo alle intese che la Commissione può stipulare per il riconoscimento dei lasciapassare comunitari. Per quanto riguarda gli accordi amministrativi con le organizzazioni internazionali, si sottolinea che l'art. 302 CE, il quale conferiva direttamente alla Commissione il potere di «assicura[re] ogni utile collegamento con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati delle Nazioni Unite» nonché «i collegamenti [ritenuti] opportuni con qualsiasi organizzazione internazionale,» è stato sostituito dall'art. 220 TFUE. Tale disposizione, prendendo atto della riconduzione della politica estera nel quadro istituzionale unitario dell'Unione europea voluto dal Trattato di Lisbona, conseguentemente dispone che «[l]'Unione attua ogni utile forma di cooperazione con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati delle Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico,» e che «[l]'Unione assicura ... i collegamenti che ritiene opportuni con [le] altre organizzazioni internazionali,» puntualizzando quindi che il compito di stabilire i rapporti dell'Unione con gli enti intergovernativi debba essere ripartito, a seconda che si tratti o meno di relazioni esterne o di PESC, tra la Commissione e l'Alto Rappresentante: l'art. 220 TFEU, infatti, si conclude stabilendo che «[l]'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e la Commissione sono incaricati dell'attuazione del presente articolo.» Pertanto, l'art. 220 TFUE appare proprio come una esplicitazione e articolazione dei poteri di rappresentanza internazionale dell'Unione che gli artt. 17 e 27 TUE conferiscono a Commissione e Alto Rappresentante, e, per la sua generica formulazione riguardo i poteri di entrambi, può essere considerato come inclusivo del potere per entrambi i soggetti istituzionali di concludere accordi per definire al meglio i rapporti tra l'Unione e le organizzazioni internazionali. Sul punto v. E. BARONCINI, *Il Treaty-Making Power della Commissione europea*, cit.

<sup>151</sup> Tale proposta ha già ottenuto il parere favorevole del Relatore parlamentare Kovács: cfr. A7-0275/2012, *Raccomandazione concernente il progetto di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra il governo degli Stati Uniti d'America e l'Unione europea per il coordinamento dei programmi di etichettatura di efficienza energetica delle apparecchiature per ufficio*, Relatore: Béla Kovács, 20 settembre 2012.

<sup>152</sup> COM(2012) 108 def., *Proposta di Decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'Accordo tra il governo degli Stati Uniti d'America e l'Unione europea per il coordinamento dei programmi di etichettatura di efficienza energetica delle apparecchiature per ufficio*, 15 marzo 2012.

<sup>153</sup> Art. 4 della proposta di decisione, in COM(2012) 108 def., cit.

## XV. Il parere della Corte di giustizia sulla compatibilità di un accordo previsto con i Trattati dell'Unione

47. Come già accennato a proposito del progetto di accordo ACTA, la Corte di giustizia svolge un ruolo rilevantissimo nella procedura di conclusione degli accordi internazionali. Infatti, in base all'art. 218, par. 11 TFUE, gli Stati membri, nonché il Parlamento, il Consiglio e la Commissione «possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati,» un diritto che istituzioni europee e Stati dell'Unione possono esercitare «individualmente,» senza dover ricorrere ad «una qualsivoglia concertazione.»<sup>154</sup> Nonostante l'utilizzo del termine «parere,» laddove la Corte si esprima negativamente sul rispetto dei Trattati da parte di un progetto di accordo, tale «accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati.»<sup>155</sup> Pertanto, a dispetto del *nomen iuris*, i pareri della Corte sono vincolanti per le istituzioni europee e per gli Stati membri. A tutt'oggi, un parere negativo della Corte ha sempre determinato la rinegoziazione degli accordi proposti in modo tale da risultare coerenti con il sistema giuridico dell'Unione,<sup>156</sup> tranne che per l'adesione alla CEDU. In quest'ultimo caso, infatti, a seguito della dichiarazione di incompetenza operata dalla Corte nel parere 2/94,<sup>157</sup> è stata compiuta una revisione dei trattati, introducendo, nell'ultima Conferenza intergovernativa, una base giuridica *ad hoc*, l'art. 6, par. 2 TUE, che non si limita a prevedere la competenza dell'Unione ad aderire, ma pone in capo a quest'ultima un chiaro *dovere* di procedere in tal senso (perentorio è il tempo indicativo del verbo della disposizione in questione, la quale recita che «l'Unione *aderisce* alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

<sup>154</sup> CGUE, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, *Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, non ancora pubblicato in *Racc.*, p.to 55. Su tale parere v. Jacopo ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *DUE*, 2012, pp. 367-396.

<sup>155</sup> Art. 218, par. 11 TFUE.

<sup>156</sup> Cfr. ad esempio, CGUE, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, in *Racc.*, 1991, p. I-6079, nel quale la Corte dichiarò che il sistema di controllo giurisdizionale espresso dal progetto di accordo tra la Comunità ed i Paesi dell'AELS risultava «incompatibile con il Trattato che istituisce la Comunità economica europea.» A seguito delle modifiche introdotte nell'Accordo sullo spazio economico europeo (SEE), detto Accordo venne poi approvato in forma mista dalla Comunità e dagli Stati membri: cfr. Decisione del Consiglio e della Commissione del 13 dicembre 1993 n. 94/1/CE, CECA relativa alla conclusione dell'Accordo sullo Spazio economico europeo tra le Comunità europee, i loro Stati membri e la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Finlandia, la Repubblica d'Islanda, il Principato del Liechtenstein, il Regno di Norvegia, il Regno di Svezia e la Confederazione elvetica, in GU L 1 del 3 gennaio 1994. Sul parere 1/91, e sul successivo parere 1/92 (CGUE, parere 1/92 del 10 aprile 1992, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, in *Racc.*, 1992, p. I-2821), entrambi relativi all'Accordo SEE, cfr., tra gli altri, J. AUVRET-FINCK, *Les avis 1-91 et 1-92 relatifs au projet d'accord sur la création de l'espace économique européen*, in *CDE*, 1993, pp. 38-59; R. BARENTS, *The Court of Justice and the EEA-Agreement. Between Constitutional Values and Political Realities*, in *RDE*, 1992, pp. 751-767; M.-A. GAUDISSART, *La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité: l'ordre juridique communautaire en péril*, in *RMUE*, 1992, pp. 121-136; T.C. HARTLEY, *The European Court and the EEA*, in *ICLQ*, 1992, pp. 841-848; A. LANG, *L'Accordo sullo spazio economico europeo e la compatibilità col diritto comunitario*, in *DCI*, 1992, pp. 575-599; H. G. SCHERMERS, *Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice*, 10 April 1992, in *CML Rev.*, 1992, pp. 991-1009; D. SIMON, A. RIGAUX, *L'avis de la Cour de justice sur le projet d'accord CEE/AELE portant création de l'Espace économique européen (EEE)*, in *Europe*, 1992 Février Chron, pp. 1-4; M.L. TUFANO, *La Corte di giustizia e lo Spazio Economico Europeo*, in *DCSI*, 1994, pp. 759-790.

<sup>157</sup> CGUE, parere 2/94 del 28 marzo 1996, *Adesione della Comunità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Racc.*, 1996, p. I-1759. Su tale parere v. A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *RDIPP*, 1997, pp. 97-114; N. BURROWS, *Question of Community Accession to the European Convention Determined*, in *ELR*, 1997, pp. 58-63; E. CHITI, *La tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pp. 961-965; O. DE SCHUTTER, YVES LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *CDE*, 1996, pp. 555-606; G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996*, in *CML Rev.*, 1996, pp. 973-989; L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUE*, 1996, pp. 839-861; G. TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 437-469; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *RTDE*, 1996, pp. 467-491.

fondamentali)), codificando anche una severa procedura decisionale per l'approvazione del futuro trattato di adesione –cfr. l'art. 218, par. 6, lett. a), ii, e par. 8 TFUE, già illustrato *supra* ai paragrafi III e V.

48. Riguardo la funzione della procedura di parere, la Corte di giustizia, sin dal suo primo parere 1/75,<sup>158</sup> ha chiarito che l'attuale art. 218, par. 11 TFUE è volto a prevenire l'approvazione di accordi, da parte dell'Unione, che siano suscettibili di essere considerati successivamente incompatibili con l'ordinamento giuridico europeo, sotto il profilo del rispetto del principio di attribuzione, come pure delle altre norme espresse dai trattati.<sup>159</sup> Infatti, una volta che un accordo sia perfezionato in base al diritto internazionale, una parte contraente non può poi invocarne l'incompatibilità con il proprio diritto interno, tranne che nelle restrittive ipotesi di cui all'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – in base al quale la violazione di una norma interna sulla competenza a concludere trattati «non può essere invocat[a] dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale,» laddove per violazione manifesta si deve intendere una violazione «obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede.»

49. Per evitare che l'Unione incorra in tali difficoltà diplomatiche,<sup>160</sup> la Corte ha definito la sua competenza –dunque, essenzialmente, la nozione di «accordo previsto» di cui all'art. 218, par. 11 TFUE– ritagliandosi un notevole margine di discrezionalità nella valutazione dell'ammissibilità della domanda di parere ad essa rivolta, potendo, così, produrre una serie di opinioni di rilievo assoluto nella definizione e nel rafforzamento delle dimensioni giuridiche delle relazioni esterne europee.<sup>161</sup> In particolare, i giudici

<sup>158</sup> CGUE, parere 1/75 dell'11 novembre 1975, *Accordo dell'OCSE relativo alle norme sulle spese locali*, cit.

<sup>159</sup> Su tali aspetti, oltre alla dottrina citata *infra* alla nota 161, cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 462 ss.; P. ECKHOUT, *EU External Relations Law*, cit., pp. 267 ss.

<sup>160</sup> «L]a pronuncia di un giudice che constati eventualmente, successivamente alla conclusione di un accordo internazionale che impegni l'Unione, che quest'ultimo sia incompatibile con le disposizioni dei Trattati, alla luce o del suo contenuto o della procedura adottata per la sua conclusione, non mancherebbe di far sorgere serie difficoltà non solo a livello interno dell'Unione, ma anche su quello delle relazioni internazionali, e rischierebbe di danneggiare tutti gli interessati, ivi compresi gli Stati terzi» (CGUE, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, *Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., p.to 48).

<sup>161</sup> Oltre ai pareri già citati nel corso del presente lavoro v. CGUE, parere 1/76 del 26 aprile 1977, *Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, in *Racc.*, 1977, p. 741; CGUE, deliberazione 1/78 del 14 novembre 1978, *Progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica sulla protezione delle materie, degli impianti e dei trasporti nucleari*, in *Racc.*, 1978, p. 2151; CGUE, parere 1/78 del 4 ottobre 1979, *Accordo internazionale sulla gomma naturale*, in *Racc.*, 1979, p. 2871; CGUE, parere 2/91 del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, in *Racc.*, 1993, p. I-1061; CGUE, parere 2/92 del 24 marzo 1995, *Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale*, in *Racc.*, 1995, p. I-521; CGUE, parere 3/94 del 13 dicembre 1995, *GATT/OMC - Accordo quadro sulle banane*, in *Racc.*, 1995, p. I-4577; CGUE, parere 2/00 del 6 dicembre 2001, *Protocollo di Cartagena*, in *Racc.*, 2001, p. I-9763; CGUE, parere 1/00 del 18 aprile 2001, *Progetto di accordo sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni paesi terzi*, in *Racc.*, 2002, p. I-3493; CGUE, parere 1/08 del 30 novembre 2009, *Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) - Elenchi di impegni specifici - Conclusione di accordi sulla concessione di compensazioni in considerazione della modifica e della revoca di taluni impegni a seguito dell'adesione di nuovi Stati membri all'Unione europea*, in *Racc.*, 2009, p.I-11129. Su tali pareri e, più in generale, sulla rilevante funzione consultiva della Corte in giustizia cfr. in dottrina R. ADAM, *Mancata pronuncia del parere consultivo della Corte di giustizia per sopravvenuta conclusione dell'accordo internazionale*, in *DUE*, 1996, pp. 1065-1075; F. CASTILLO DE LA TORRE, *Opinion 1/00, Proposed Agreement on the Establishment of a European Common Aviation Area*, in *CML Rev.*, 2002, pp. 1373-1393; E. CORTESE PINTO, *Osservazioni sul parere 1/78 della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *RDIPP*, 1980, pp. 560-583; M. CREMONA, *Balancing Union and Member State interests: Opinion 1/08, Choice of Legal Base and the Common Commercial Policy under the Treaty of Lisbon*, in *ELR*, 2010, pp. 678-694; A. DASHWOOD, *Opinion 2/00, Cartagena Protocol on Biosafety, 6 December 2001*, in *CML Rev.*, 2002, pp. 355-368; N. EMILIOU, *Towards a Clearer Demarcation Line? The Division of External Relations Power Between the Community and Member States*, in *ELR*, 1994, pp. 76-86; C. FLAESCH-MOUGIN, *Projet de Convention de l'AIEA sur la protection des matières, installations et transports nucléaires*, in *CDE*, 1981, pp. 89-142; T. FLORY, F.-P. MARTIN, *Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la Cour de justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune*, in *CDE*, 1996, pp. 379-400; J. GROUX, *Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne*, in *CDE*, 1978, pp. 3-32; N. LAVRANOS, S. ADAM, *How Exclusive is the Common Commercial Policy of the EU after Lisbon?*, in *European Law Reporter*, 2010, pp. 263-271; F. MARTINES, *Sulla competenza comunitaria a concludere convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in *Foro it.* 1994, IV, col. 4-15; C. MAUBERNARD, *L'«intensité modulable» des compétences externes de la Commu-*

di Lussemburgo hanno, da ultimo e ancora una volta, ribadito, con riferimento al «grado di precisione del progetto di accordo,» la generica necessità, per la Corte, di avere a disposizione «elementi sufficienti riguardo al contenuto stesso di detto accordo.»<sup>162</sup> Inoltre, a proposito dei presunti requisiti dell'avvenuto avvio dei negoziati e di un testo unitario del progetto di accordo al fine di considerare una richiesta di parere ammissibile, ancora una volta si è, invece, dichiarato, con un approccio quanto mai dinamico e flessibile, che «la Corte può essere investita di una domanda di parere *prima* che inizino i negoziati a livello internazionale, quando l'oggetto del previsto accordo è conosciuto, anche qualora sussistano un certo numero di *alternative ancora aperte* e di *divergenze relative alla redazione dei testi* in questione, qualora la documentazione sottoposta alla Corte consenta a quest'ultima di elaborare un giudizio sufficientemente sicuro in merito alla questione sollevata.»<sup>163</sup>

## XVI. Conclusioni

**50.** La formulazione della disposizione dedicata dal Trattato di Lisbona alla conclusione degli accordi internazionali, già definita dalla Corte di giustizia come «norma autonoma e generale di portata costituzionale,»<sup>164</sup> ora decisamente volta anche a consentire una rappresentanza unitaria dell'Unione, ha, sicuramente, le potenzialità per raggiungere tale obiettivo, laddove supportata da un approccio costruttivo, da parte di tutti gli attori istituzionali europei, nell'interpretazione ed applicazione delle nuove regole del diritto primario. Come si è potuto illustrare nel presente lavoro, nei primi anni di vigenza dell'art. 218 TFEU non sono certo mancate le incertezze e neppure le divergenze, rispetto alle quali il sistema europeo è, comunque, riuscito a produrre soluzioni di compromesso,<sup>165</sup> oppure attende le pronunce della Corte di giustizia per chiarire autorevolmente la configurazione del nuovo equilibrio istituzionale voluto dal Trattato di Lisbona per la conduzione delle relazioni esterne dell'Unione.<sup>166</sup>

**51.** Indubbiamente, attraverso il considerevole rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, l'art. 218 TFEU apporta maggiore democrazia, nonché trasparenza, all'azione internazionale europea. Si è, in particolare, potuto constatare come l'Assemblea, per difendere le sue prerogative, così significativamente potenziate dall'art. 218 TFEU, non abbia esitato ad adottare decisioni drastiche, rifiutandosi di approvare quegli accordi in merito ai quali non vi era stato un suo sufficiente coinvolgimento nella fase negoziale e, quindi, nella definizione dei tratti distintivi delle politiche e delle scelte strategiche

---

*nauté européenne et de ses Etats membres. L'avis 2/00 de la Cour du 6 décembre 2001 relatif à la conclusion du protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques*, in RTDE, 2003, pp. 229-246; P. MENGOZZI, *The External Relations of the European Community and the EC Court of Justice Case-law*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, pp. 683-701; P. MENGOZZI, *The European Union Balance of Powers and the Case-Law Related to EC External Relations*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2006, pp. 817-835; P. MENGOZZI, *The European Union and the 2006 Case Law Related to the EC External Relations*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2007, pp. 933-950; P. MENGOZZI, *The EC External Competencies: From the ERTA Case to the Opinion in the Lugano Convention*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (EDS.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2010, pp. 213-217; Andreu OLESTI RAYO, *La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (comentario al dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993)*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, pp. 945-971; M.R. PIAZZA, *Il parere della Corte di giustizia sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo*, in DUE, 2004, pp. 445-454; L. RADICATI DI BROZOLO, *La funzione consultiva della Corte comunitaria in materia di relazioni esterne*, in RDI, 1979, pp. 116-124; J. RAUX, *L'avis de la Cour du 19 mars 1993 (Avis 2/91) à propos de la convention n° 170 de l'OIT concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, in RMC, 1994, pp. 45-52; C. VEDDER, H.-P. FOLZ, *Opinion 2/91*, in EJIL, 1994, pp. 452-455; M. VEREECKEN, *La competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di servizi*, in DCSI, 1996, pp. 87-100.

<sup>162</sup> CGUE, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, *Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., p.to 49.

<sup>163</sup> CGUE, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, *Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., p.to 53, i corsivi sono nostri.

<sup>164</sup> CGUE, sentenza del 9 agosto 1994, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-327/91, in *Racc.*, 1994, p. I-3641, p.to 28.

<sup>165</sup> Si vedano, ad esempio, le difficoltà emerse in occasione dei negoziati della Convenzione internazionale di Minamata sul mercurio, e il laborioso compromesso raggiunto tra Commissione, Consiglio e Stati membri, presentati *supra*, al par. IV.

<sup>166</sup> Cfr. i ricorsi interistituzionali discussi ai parr. IV (alla nota 32), X, ed XI.

codificate nei testi pattizi sottoposti alla sua approvazione. L'atteggiamento determinato dall'istituzione parlamentare fa certo ben sperare per la definizione di politiche esterne ed estera dell'Unione che, anche grazie un maggior coinvolgimento dell'Assemblea, riescano a perseguire efficacemente il rispetto e la promozione degli ambiziosi principi fissati dal Trattato di Lisbona per l'azione europea «nelle relazioni con il resto del mondo» (artt. 3, par. 5, e 21, par. 2 TUE). Infatti, l'Assemblea, già nel 2006, aveva solennemente dichiarato di non essere «più dispost[a] a dare il proprio parere conforme a nuovi accordi internazionali che non contengano una clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia,»<sup>167</sup> una dichiarazione di indisponibilità che l'istituzione europea ha sinora mantenuto, ponendola anche alla base delle motivazioni che l'hanno spinto a rifiutare di approvare un progetto di accordo.<sup>168</sup>

**52.** Tale condotta, tuttavia, può non essere sufficiente per garantire il rispetto dell'equilibrio istituzionale e l'orientamento valoriale definiti dal Trattato di Lisbona per l'azione esterna ed estera dell'Unione. Con particolare forza negli ultimi anni, infatti, è in atto una considerevole proliferazione di misure di *soft law* nella definizione degli obiettivi e delle modalità della cooperazione internazionale di cui è protagonista l'Unione. Ad esempio, sono ben più di cinquanta i dialoghi strutturati tra la Commissione europea ed il governo cinese attraverso i quali Unione e Repubblica popolare hanno creato una fitta rete di collaborazione nei più svariati settori, dalla concorrenza<sup>169</sup> alla lotta al cambiamento climatico,<sup>170</sup> dalla protezione dei diritti di proprietà intellettuale<sup>171</sup> al lavoro e alle politiche sociali,<sup>172</sup> e ciò nonostante non si sia ancora riusciti a concludere l'Accordo di partenariato e cooperazione, i cui negoziati, avviati più di sei anni fa, nel gennaio 2007,<sup>173</sup> non vedono avvicinarsi alcuna conclusione, anche a causa del severo approccio del Parlamento in materia di diritti umani.

**53.** L'Assemblea, pertanto, dovrebbe promuovere un meccanismo di notifica obbligatoria per tutti gli atti di *soft law* attraverso i quali si esprime l'azione internazionale dell'Unione. Pur riconoscendo l'opportunità di misure informali per la definizione e la gestione tempestiva, dinamica ed efficace delle relazioni internazionali, occorre, comunque, predisporre un costante controllo e monitoraggio di tali misure, onde evitare che esse sconfinino nell'aggiramento delle impegnative procedure decisionali ora fissate dall'art. 218 TFUE per la conclusione di accordi internazionali, e verificare sistematicamente che dette intese, dialoghi, memoranda, e partenariati rispondano all'orientamento valoriale richiesto dal Trattato di Lisbona per l'azione internazionale dell'Unione.

---

<sup>167</sup> P6\_TA(2006)0056, *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 febbraio 2006 sulla clausola relativa ai diritti dell'uomo e alla democrazia negli accordi dell'Unione europea*, par. 10.

<sup>168</sup> Si ricordano qui le bocciature dell'Accordo SWIFT, dell'Accordo ACTA e del Protocollo sulla pesca con il Marocco presentate *supra* al par. VII.

<sup>169</sup> *Terms of Reference of the EU-China Competition Policy Dialogue*, 6 May 2004.

<sup>170</sup> *EU-China Climate Change Partnership*, 2 September 2005.

<sup>171</sup> *EU-China Dialogue on Intellectual Property Rights*, 30 October 2003.

<sup>172</sup> *Memorandum of Understanding between the Ministry of Labour and Social Security of the People's Republic of China and the European Commission*, 5 September 2005.

<sup>173</sup> V. European Action External Service, *EU China Trade Relations*, disponibile al link [http://eeas.europa.eu/delegations/china/eu\\_china/trade/index\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/china/eu_china/trade/index_en.htm), consultato nel novembre 2012.

# ARMAS LEGALES CONTRA LA CRISIS ECONÓMICA. ALGUNAS RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

Recibido: 05.11.2012 / Aceptado: 12.11.2012

**Resumen:** La falta de financiación bancaria ha hecho que las deudas no se paguen. La falta de pago de las deudas conduce a la desconfianza financiera y a la parálisis de los intercambios económicos. Las empresas no adquieren bienes ni contratan servicios; porque temen ser víctimas de impagos masivos. Los consumidores disminuyen su actividad de consumo; porque, debido a la precaria situación de las empresas y de los Estados, temen ser despedidos y perder sus ingresos. Debido a todo ello la contratación y el consumo se contraen. Ahora bien, sin aumentar la cantidad de dinero en el sistema económico occidental, es posible y perfectamente factible activar ciertas medidas legales para lograr que las deudas se paguen y se cobren más fácilmente. En el presente estudio se recordarán, exclusivamente, tres tipos de instituciones legales propias del Derecho Internacional Privado que pueden ayudar a lograr el efectivo cobro de las deudas transfronterizas: 1º) Medidas propias del Derecho concursal internacional, especialmente, en el caso de deudores colectivos que tratan de evitar sus pagos a través del traslado internacional de su sede social o residencia habitual; 2º) Medidas de cobro de los títulos valores internacionales, especialmente de los títulos valores cambiarios; 3º) Medidas procesales de agilización del cobro internacional de deudas cuya existencia y exigibilidad han sido declaradas judicialmente a través del Reglamento 44/2001.

**Palabras clave:** centro de intereses principales del deudor, Derecho concursal internacional, *forum shopping*, procedimientos concursales transfronterizos, títulos valores cambiarios, medidas procesales de agilización del cobro internacional de deudas.

**Abstract:** The lack of bank financing has made that the debts are not paid. The lack of payment of debts leads to financial mistrust and the paralysis of economic exchanges. The companies do not acquire goods or contract services; because the fear becoming victims of massive defaults. Consumers reduce their consumption activity; because, due to the precarious situation of the companies and the States, they fear being laid off and losing their income. Due to all this procurement and consumption shrink. Well, without increasing the amount of money in the Western economic system, it is now possible and perfectly feasible to activate certain legal measures to ensure that debts are paid and be collected more easily. In this study we will remember only three types of legal institutions of Private International Law that can help to achieve effective cross-border debt recovery: 1º) measures of international bankruptcy law, especially in the case of collective debtors seeking to avoid their payments through the international relocation of its headquarters or habitual residence; 2º) measures for the recovery of the international titles values, especially securities exchange values; 3º) procedural measures of speeding up international debt collection whose existence and enforceability has been judicially declared through the Regulation 44/2001.

**Key words:** centre of main interests (COMI), international bankruptcy law, cross-border insolvency proceedings, forum shopping, securities exchange values, procedural measures of speeding up international debt collection.

**Sumario:** I. Crisis económica y crisis de confianza económica. Función del Derecho y función del Derecho internacional privado. II. Derecho concursal internacional y traslado internacional de la sede social o residencia habitual del deudor colectivo. 1. Derecho concursal internacional y comportamientos oportunistas del deudor colectivo. 2. El Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia y la lucha contra los comportamientos oportunistas del deudor colectivo. A) Aspectos generales. B) El centro de los intereses principales del deudor colectivo insolvente. Concepto y operativa legal en el Reglamento 1346/2000. C) Traslado internacional del centro de los intereses principales del deudor colectivo insolvente y aplicación del Reglamento 1346/2000. D) Precisión del lugar donde radica el centro de intereses principales del deudor y el caso de la “sociedad fantasma”. III. Cobro internacional de los títulos valores cambiarios. 1. Títulos valores y comercio internacional. Aspectos básicos. 2. Competencia judicial internacional y acciones cambiarias. Los litigios internacionales y el juicio especial cambiario. 3. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Aspectos básicos. 4. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Derecho de la UE y Convenios internacionales. 5. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Normas de producción interna. IV. Medidas procesales de agilización del cobro internacional de deudas judicialmente declaradas. El Reglamento 44/2001 y el exequatur de plano. 1. Aspectos básicos. 2. Reglamento 44/2001. Ejecución en España de sentencias extranjeras con un mero exequatur de plano. 3. Reglamento 44/2001. Ejecución material de la resolución extranjera exequaturizada en España con arreglo al Reglamento 44/2001

## **I. Crisis económica y crisis de confianza económica. Función del Derecho y función del Derecho internacional privado**

**1.** La devastadora crisis económica que asola parte del mundo occidental ha desembocado en un bloqueo del mercado y de las transacciones económicas. La falta de financiación bancaria ha hecho que las deudas no se paguen. La falta de pago de las deudas conduce a la desconfianza financiera y a la parálisis de los intercambios económicos. Las empresas no adquieren bienes ni contratan servicios porque temen ser víctimas de impagos masivos. Los consumidores disminuyen su actividad de consumo porque, debido a la precaria situación de las empresas y de los Estados, temen ser despedidos y perder sus ingresos. Debido a todo ello la contratación y el consumo se contraen.

**2.** Este fenómeno puede ser combatido con medidas de tipo macroeconómico, como puede ser la inyección de más financiación en los bancos por parte de los Estados, de la Unión Europea (UE) y del banco Central Europeo (BCE). Sin embargo tales medidas han demostrado ya en el pasado que contribuyen a crear un paraíso artificial edificado sobre una burbuja irreal de falsa riqueza.

**3.** Por ello, parece indicado recordar que, sin aumentar la cantidad de dinero en el sistema económico occidental, es posible y perfectamente factible activar ciertas medidas legales para lograr que las deudas se paguen y se cobren más fácilmente. Con ello se reactivará la confianza en el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico y aumentarán los intercambios entre los sujetos particulares. Es preciso, a tal efecto, recuperar la confianza en el sistema legal. El Derecho debe servir para que las obligaciones se cumplan. Los particulares deben poder confiar en que el Derecho constituye un conjunto orgánico de instituciones y procedimientos que defienden, potencian y logran el cumplimiento de las obligaciones libremente asumidas. En esta línea, el Derecho internacional privado (DIPr.) dispone de una amplia batería de resortes legales destinados a potenciar el cobro de las deudas que se generan en el ámbito internacional. En el presente estudio se recordarán, exclusivamente, tres tipos de instituciones legales propias del DIPr. que pueden ayudar a lograr el efectivo cobro de las deudas transfronterizas:

1º) Medidas propias del Derecho concursal internacional, especialmente, en el caso de deudores colectivos que tratan de evitar sus pagos a través del traslado internacional de su sede social o residencia habitual; 2º) Medidas de cobro de los títulos valores internacionales, especialmente de los títulos valores cambiarios; 3º) Medidas procesales de agilización del cobro internacional de deudas cuya existencia y exigibilidad han sido declaradas judicialmente a través del Reglamento 44/2001. No se analizarán los llamados «instrumentos legales procesales de la UE de segunda generación». Estos instrumentos legales crean procedimientos judiciales europeos específicos para ciertos supuestos de litigación internacional. Estos procedimientos europeos coexisten, en los Estados miembros, con los procedimientos judiciales nacionales. Constituyen una alternativa procesal europea para los particulares y empresas que operan en la UE. Pueden citarse: a) Reglamento 805/2004 de 21 abril 2004 (título ejecutivo europeo para créditos no impugnados); b) Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006 (proceso monitorio europeo); c) Reglamento 861/2007 de 11 julio 2007 (proceso europeo de escasa cuantía).

## II. Derecho concursal internacional y traslado internacional de la sede social o residencia habitual del deudor colectivo

### 1. Derecho concursal internacional y comportamientos oportunistas del deudor colectivo

4. El estudio de los procedimientos de insolvencia en los «casos internacionales» debe partir de dos realidades innegables: 1º) La internacionalización de la actividad económica; 2º) La diversidad de legislaciones concursales en el mundo. Ambos datos están ausentes, como es natural, en los «casos nacionales de insolvencia». Por eso, los problemas jurídicos que presentan los procedimientos de insolvencia «internacionales» revisten una complejidad añadida que no es fácil de resolver (P. GOTTWALD, C.G. PAULUS, H. PRÜTTING)<sup>1</sup>. La falta de una adecuada regulación jurídica de la insolvencia internacional

<sup>1</sup> Vid. en torno a los procedimientos internacionales de insolvencia, *inter alia*, E. ADAMS / J. FINCKE, «Coordinating Cross-Border Bankruptcy: How territorialism saves Universalism», *Col. J.E.L.*, vol. 15, 2008-2009, pp. 43-87; A. BOGGIANO, «Crise et dépassement des 'préférences locales' dans la faillite transnationale en Argentine», *RCDIP*, 1988, pp. 497-516; G. BONGIORNO, «Osservazioni in tema di universalità e territorialità», *Il Diritto fallimentare*, 1974, pp. 261-294; M. BURGSTALLER/R.C. KEPPELMÜLLER, «Universalität oder Territorialität – Wirkt der österreichische Konkurs im Ausland?», *JBl*, n° 5, 1996, pp. 285-299 y n° 6, 1996, pp. 366-376; A. BORRÁS RODRIGUEZ, «Proyecto de convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos», *Tratado de Derecho comunitario europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRIA, S. MUÑOZ MACHADO Y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, tomo III, parte III: Derecho de sociedades, Madrid, Ed. Civitas, 1986, pp. 827-851; A. BRACONI, *La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, Contribution à l'étude des art. 172-174 LDIP*, Zürich, Schulthess Verlag, 2006; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Insolvencia de la empresa y Derecho internacional privado», *Justicia*, 1998, pp. 419-474; B. CAMPUZANO DÍAZ, *Aspectos internacionales del Derecho concursal*, Murcia, Ediciones Laborum, 2004; L. CARBALLO PIÑEIRO, «Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave», *DeCITA (Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades)*, 2009, n.11; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela (De conflicto legum: Estudios de Derecho internacional privado), 2005; J.M. DE DIOS MERCER, «La quiebra del *Bank of credit and commerce* y los efectos de las decisiones concursales extranjeras en Francia», *RCEA*, vol. IX, 1993, pp. 129-144; C. ESPLUGUES MOTA, *La quiebra internacional (Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reforma del modelo español)*, Barcelona, Bosch, 1993; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Civitas Ediciones, Madrid, 2005; M. FABBRINI, «Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese», *Dir. Fall.* 2009, núm. 5, pp. 743-755; A. FLESSNER, «Internationales Insolvenz in Europa», en F. KÜBLER/H.J. MERTENS/W. WERNER (HRSG.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin, De Gruyter, 1991, pp. 111-128; I. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 2007; M.A. GEHRIG/G. H. KOSTKIEWICZ, «Anerkennung ausländischer Insolvenzsentscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?», *RSDIE /SZIER*, 2009, pp. 193-222; P.R. GILLIÉRON, «Généralités sur la faillite en droit national et international suisse», *RSDIDE*, 1992, pp. 135-167; M. GIULIANO, «Fallimento (Diritto internazionale)», *EdD*, 1967, vol.XVI, pp. 232-264; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero. Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal», *RFUCM*, núm. 8, marzo 1985, pp. 211-236; Id., «Aspectos internacionales de la situación concursal», *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, pp. 353-360; Id., «Los procedimientos concursales desde la perspectiva de la cooperación jurídica en la Comunidad iberoamericana», *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América, del pasado al futuro (Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales)*, Salamanca, 1993, pp. 281-286; G.



provoca consecuencias desastrosas. En efecto, un país que no dispone de un Derecho concursal internacional adecuado carece de «previsibilidad legal» sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo internacional de capitales y desincentiva fuertemente la inversión transfronteriza, el crecimiento económico y en definitiva, el desarrollo social.

5. En este siglo XXI, los casos de insolvencia internacional son extraordinariamente frecuentes. Ya en el pasado siglo XX, estos casos eran también moneda común. Basta recordar el caso de la quiebra de la sociedad *Barcelona Traction* en España, objeto de la famosa sentencia del TIJ de 5 febrero 1970, y los casos de la *Société Kléber vs. société anonyme de droit danois Friis Hansen et autre* en Francia, *P.N. KG u.a. v. RA O* en la República Federal de Alemania, y *Felixstowe Dock and Railway Co. vs. U.S. Lines, Inc.* en el Reino Unido. En el siglo XXI, la crisis provocada por la explosión de la burbuja de Internet (*The Burst of the Internet Bubble*) y la consiguiente crisis de las «punto com» en 2000 y la crisis financiera de

---

GRASMANN, «Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaires, faillite, concordat)», *RCDIP*, 1990, pp. 421-480; M. GÜNTHER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz: zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihre Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2011; H. HANISCH, «Einheit oder Pluralität oder in kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 1994, pp. 1-9; H. HANISCH, «Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art.166 Abs.1 IPRG», *RSDIDE*, 1992, pp. 3-32; J. HENKE, *Effektivität der Kontrollmechanismen gegenüber dem Unternehmeninsolvenzverwalter. Eine Untersuchung des deutschen und englischen Rechts*, Zugl. Würzburg, Univ., Diss., 2009, Tübinga, Mohr Siebeck (2009); T. CH. HALLIDAY / B.G. CARRUTHERS, *Bankrupt: global lawmaking and systemic financial crisis*, Stanford University Press, 2009; L.C. HO, *Cross border insolvency: a commentary on the UNCITRAL model law*, 3ª ed., London, Globe Law and Business, 2012; L.C. HO (General Ed.), *Cross-border insolvency: a commentary on the UNCITRAL model law*, 2ª ed., London, Globe Law and Business, 2009; K.J. HOPT, «Dovere di diligenza e responsabilità dei componenti del consiglio di gestione nella disciplina tedesca dell'UMAG», *Dir. Fall.* 2009, núm. 5, pp. 727-742; J. HUMMELEN, «Effective handling of cross-border insolvency: is there an effective approach already?», *International Corporate Rescue*, 2009-4, pp. 223-229; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo», *REDI*, vol. XXX, 1977, pp. 339-364; B. KELLER, *Zur Verwertung im Ausland belegenen Schuldnervermögens durch deutsche Insolvenzverwalter*, Baden-Baden, Nomos, 2010; G. KHAIRALLAH, «Les faillites concurrentes», *TCFDIP*, 1993/95, pp. 157-172; R. KEPPELMÜLLER, «An der Schwelle zu einem europäischen Insolvenzrecht? Das EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren 1995», *WBI*, nº 9, 1996, pp. 337-346; R.M. LASTRA (Ed.), *Cross-border bank insolvency*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2011; TH. LAUT, *Universalität und Sanierung im internationalen Insolvenzrecht*, Berlin, 1997; R. LEITNER, *Der grenzüberschreitende Konkurs. Lösungsmöglichkeiten und -modelle aus österreichischer Sicht*, Wien, Manz, 1995; J. LEMONTEY, «Actualités du droit international de la faillite», *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 85-104; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, Oxford University Press, 2009; R. OLIVARES CAMINAL, «Is there a need for an International Insolvency Regime in the context of Sovereign Debt? A Case for the Use of Corporate Debt Restructuring Techniques», *JIBL*, 2009, vol. 24, pp. 21-34; K. OTTE, «Inländischer einstweiliger Rechtsschutz im Inland bei Auslandskonkurs -ein neuer internationaler Justizkonflikt?» («Domestic Injunctive Relief Locally in International Insolvencies - A New International conflict?»), *RabelsZ.*, 1994, pp. 292-324; J.A. PASTOR RIDRUEJO, «La faillite en droit international privé», *RCADI*, 1971, vol. 132, pp. 141-210; C.G. PAULUS, «A New German Decision on International Insolvency Law», *AJCL*, 1993, pp. 667-674; P. PLAISANT, «Los tratados en materia de quiebras en Derecho internacional privado», *REDI*, 1952, pp. 14-20; J.P. REMERY, «La jurisprudence française en matière de faillite internationale», *TCFDIP*, 1991/1993, pp. 227-244; P.M. REUSS, «Forum Shopping in der Insolvenz: missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten», Tübingen, Mohr Siebeck, 2011; W.G. RINGE / L. GULLIFER / PH. THÉRY, *Current issues in European financial and insolvency law: perspectives from France and the UK*, Hart, 2009; A. ROLIN, «Des conflits de lois en matière de faillite», *RCADI*, 1926-IV, vol. 14, pp. 1-160; C. ROSELLO, «Contratti internazionali e legge applicabile ai rapporti preesistenti in caso di fallimento», *DCI*, 1988, pp. 267-297; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Quiebra (Derecho internacional privado)», *EJB*, 1995, pp. 5433-5434; ID., «Eficacia de la declaración de un concurso pronunciado en el extranjero: paralización de las acciones individuales», *RJ La Ley*, núm. 2209, 18 abril 1989, pp. 1-7; S. SMID, *Internationales Insolvenzrecht*, 2ª ed., Berlin, De Gruyter Recht, 2009; A.J. STRUB, «Insolvenzverfahren im Binnenmarkt: zwischen Universalität und Territorialität», *EuZW*, nº 14, 1994, pp. 424-427; D. STUMMEL, *Konkurs und Integration: Konventionsrechtliche Wege zur Bewältigung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1991; F. TEMMING, «Zur Unterbrechung eines Kündigungsschutzprozesses während des US-amerikanischen Reorganisationsverfahrens nach Chapter 11 Bankruptcy Code», *IPRax*, 2009, núm 4, pp. 327-331; D.T. TRAUTMAN / J. LAWRENCE / E. GALLARD, «Four Models for International Bankruptcy», *AJCL*, 1993, pp. 573-626; A. TROCHU, *Les conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967; M. TROCHU, «Faillite», *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, pp. 3-12; M. VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale storia del problema. In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, Giuffrè, 2006; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, Giuffrè, 2006; P. VOLKEN, «L'harmonisation du droit international privé de la faillite», *RCADI*, 1991-V, vol. 230, pp. 343-432; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, 3ª ed. Deventer, Kluwer, 2012; B. WESSELS/ B.A. MARKELL/J.J. KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and International Insolvency Matters: a Joint Research Project of American College of Bankruptcy and International Insolvency Institute*, OUP, New York, 2009.

2008 arrojaron nuevas víctimas al fuego de las quiebras: 1º La quiebra de *Lehman Brothers*, un banco de inversión, en otoño de 2008. Fue, en su momento, la cuarta empresa más importante en Wall Street. Alcanzó un volumen de pasivo de 691.000 millones de dólares USA; 2º La bancarrota de *Washington Mutual*, un banco norteamericano de ahorros y préstamos. Su pasivo fue de 327.900 millones de dólares USA; 3º La quiebra de *Worldcom* no fue pequeña tampoco, pues esta empresa de telecomunicaciones alcanzó un pasivo de 103.900 millones de dólares USA; 4º También quebró la compañía automovilística *General Motors*, que llegó a ser la empresa más grande de Estados Unidos por cifra de facturación, y comercializaba las marcas *Chevy*, *Cadillac*, *Buick* y *GMC*. La empresa fue rescatada por los Gobiernos de Estados Unidos y Canadá. El pasivo llegó a 91.000 millones de dólares USA; 5º Muy sonada fue la quiebra de *Enron*, empresa dedicada al sector de la energía y el gas en los Estados Unidos de América. Su pasivo fue de 65.500 millones de dólares USA y varios directivos de la compañía acabaron entre rejas por fraude; 6º La empresa financiera *Conseco* quebró en 2002 con un pasivo de 8.000 millones de dólares USA, si bien posteriormente, esa cifra llegó a 61.000 millones de dólares USA; 7º La famosa empresa automovilística *Chrysler* también entró en bancarrota en 2009, con un pasivo nada despreciable de 39.000 millones de dólares USA. Empresas norteamericanas como *Thornburg Mortgage* (2007), *Pacific Gas* (2000), y *Electric Co.* (2001), también probaron el amargo sabor de la bancarrota<sup>2</sup>.

**6.** La internacionalización de la economía y las diferencias entre los Derechos concursales nacionales de los distintos Estados conducen a una situación conocida como «inestabilidad internacional del procedimiento de insolvencia». Ello significa que los Estados, los deudores y los acreedores tratan de operar, en el contexto internacional, de modo oportunista y egoísta, cada uno por su cuenta, sin tener presente que, de ese modo, y aunque parezca paradójico, los tres sujetos antes nombrados, -Estado, deudor y acreedores-, pierden. Incluso el sujeto que se comporta de modo oportunista y egoísta. Este «comportamiento oportunista internacional» se verifica en tres direcciones (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)<sup>3</sup>.

1º) El deudor, que teme una «feroz ejecución colectiva» de su patrimonio en un país determinado, puede adoptar dos conductas oportunistas: (a) Puede trasladar su patrimonio a otro país cuyas leyes concursales hagan más difícil la ejecución colectiva o donde las decisiones públicas en materia concursal procedentes del extranjero no sean ejecutables o sean difícilmente ejecutables; (b) Puede, también, trasladar su sede a otro país, para evitar ser declarado en insolvencia en el país donde normalmente ejercitaba sus actividades y buscando un «nuevo país-oasis» en el que la apertura del procedimiento de insolvencia sea más difícil o imposible. En ambos casos, lo que lleva a cabo el deudor es una «huida de su mercado natural» (= país en el que normalmente opera o en el que opera en mayor escala), para «provocar» el concurso en un país alejado del «mercado natural» del operador económico en crisis. Estas dos maniobras son reflejo del fenómeno bien conocido en DIPr., el *Forum Shopping*. En efecto, el sujeto deudor «sitúa» el litigio, a su voluntad, ante los tribunales del país que desea, y lo hace porque, subjetivamente, le conviene (= se aplicarán normas procesales y sustantivas que le favorecen). Este primer peligro de *Forum Shopping* es todavía más dañino para terceros en el interior de «áreas de integración económica» como la UE. En efecto, el Derecho de la UE contempla y garantiza poderosas «libertades económicas» (*Marktfreiheiten*), como la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, etc. Pues bien, como explica G. GRASMANN, tales libertades pueden ser utilizadas por el deudor insolvente para «situar» su persona y/o sus bienes en otro Estado (= paraíso concursal o *Bankruptcy Heaven* / refugio concursal o *Bankruptcy Haven*), lejos de las crueles garras de sus voraces acreedores<sup>4</sup>.

2º) Los acreedores, que temen el posible y probable «comportamiento oportunista del deudor» y su huida veloz a otro país, pueden adoptar, también, dos «posturas oportunistas»: (a) Pueden «encare-

<sup>2</sup> Estos datos pueden consultarse en <http://www.portafolio.co/portafolio-plus/las-bancarrotas-mas-prominentes-la-historia>.

<sup>3</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento de insolvencia: una aproximación general», en AA.VV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2001, pp. 229-352; ID., «Las normas de Derecho internacional privado de la ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 104, 2004, pp. 1269-1292.

<sup>4</sup> G. GRASMANN, «Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaires, faillite, concordat)», *RCDIP*, 1990, pp. 421-480.

cer» sus productos y sus créditos. En efecto, ante el riesgo de una «insolvencia internacional» en la que es muy difícil cobrar el crédito, éste debe ser más caro, porque en caso contrario, no es rentable. En este caso, la economía libre de mercado sale perjudicada, porque los «costes» se disparan: menos contratos, menos movimiento económico, menos recursos, menos función crediticia, etc.; (b) Pueden instar una «ejecución veloz» contra el patrimonio del deudor en el país en el que éste tenga bienes o activos. Ello perjudica al deudor, que se puede ver abocado a una «quiebra súbita» (= «agotamiento instantáneo» del patrimonio del deudor), pero también perjudica a los demás acreedores, que no podrán cobrar sus créditos porque no queda patrimonio sobre el que ejecutar.

3º) Los Estados tienden a adoptar medidas de «proteccionismo autárquico» para beneficiar a los acreedores nacionales (= sólo ellos pueden participar en el procedimiento de insolvencia) y pueden discriminar a los mal llamados «acreedores extranjeros» (= excluidos sin piedad del procedimiento de insolvencia de una empresa «nacional»). Pero lo que parece bueno se torna pésimo: los demás Estados harán lo mismo (= «retorsión internacional de la insolvencia»), de modo que los nacionales del primer Estado serán discriminados en otros países, con lo que todos los acreedores se ven perjudicados. Y este fenómeno puede expandirse como una mancha de aceite en los tiempos actuales marcados por la globalización de la economía.

Un ejemplo puede ilustrar esta realidad. Una empresa con sede estatutaria en Londres dedicada a la importación de alfombras suspende pagos. Los acreedores son dos vendedores turcos y una empresa de transporte española. El deudor insolvente inglés, viendo venir el procedimiento de insolvencia, traslada sus bienes a Gibraltar y cambia su sede estatutaria a Amsterdam, si bien la empresa se dirige desde Londres. También dispone de bienes inmuebles en España. Tiene una sucursal en Lisboa. El Derecho Concursal internacional debe decidir: 1º) Ante qué autoridades estatales puede instarse un procedimiento de insolvencia: ¿autoridades holandesas, españolas, portuguesas, turcas, inglesas?; 2º) Cuál es la Ley estatal que regirá el procedimiento de insolvencia internacional; 3º) En el caso de dictarse en un Estado resoluciones relativas a la insolvencia del deudor inglés, debe decidirse si tales resoluciones podrán surtir efectos jurídicos y en qué medida, en otros países. También debe decidir el Derecho Concursal internacional si es posible abrir un solo procedimiento de insolvencia universal en el que concurren todos los acreedores del deudor insolvente y que afecta a todos los bienes y activos del deudor, o si se puede abrir simultáneamente al procedimiento principal y universal, un procedimiento de insolvencia secundario y territorial que afecta sólo a los bienes del deudor situados en un país concreto o si se pueden abrir múltiples procedimientos territoriales de insolvencia en diversos países. El deudor puede comportarse de manera oportunista y trasladar su sede estatutaria y sus bienes a otro Estado para evitar el procedimiento de insolvencia. Los acreedores también pueden operar de una manera egoísta y tratar de realizar sus créditos de manera individual antes que los demás acreedores y en su propio país, siempre que el deudor insolvente tenga bienes en dicho país aunque no disponga en el mismo de su sede social. También un Estado puede comportarse de manera proteccionista e impedir que los acreedores cuyo domicilio se encuentra en el extranjero, presenten sus créditos en un concurso abierto en el territorio de dicho Estado y pueden, igualmente, negarse a reconocer resoluciones extranjeras en materia de insolvencia que afectan a bienes situados en su territorio.

7. Las particulares características de los procedimientos de insolvencia internacionales exigen la elaboración de un régimen jurídico propio y adecuado de estos procedimientos.

1º) *Objetivo final del Derecho concursal internacional.* El objetivo final del Derecho concursal internacional radica en evitar los anteriores «comportamientos oportunistas» de deudor, acreedores y Estados. De ese modo, se acaba con la «inestabilidad internacional del procedimiento de insolvencia». Con otras palabras, puede afirmarse que el Derecho concursal no debe ver frustrados sus objetivos por el hecho de que la crisis del operador económico presente «elementos extranjeros».

2º) *Cuestiones básicas del Derecho Concursal internacional.* Para lograr su objetivo final, el Derecho concursal internacional debe ofrecer una adecuada respuesta a tres interrogantes básicos: (a) ¿En qué condiciones son competentes los tribunales o «autoridades» de un Estado para abrir un procedimiento de insolvencia, y proceder a la adopción de las decisiones que entraña su realización cuando se trata de un deudor que posee bienes en varios Estados? Es la llamada cuestión de la «competencia judicial internacional en materia concursal»; (b) ¿Qué Derecho concursal estatal aplicarán, en el caso de

ser competentes, los tribunales o autoridades de un Estados, al procedimiento de insolvencia? Se trata de la cuestión relativa a la determinación del «Derecho aplicable al procedimiento de insolvencia» en casos internacionales; (c) ¿Despliegan efectos jurídicos en un Estado concreto, y en qué condiciones, las decisiones judiciales extranjeras recaídas en materia concursal? Es ésta la cuestión de la «eficacia extraterritorial de las decisiones concursales».

## 2. El Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia y la lucha contra los comportamientos oportunistas del deudor colectivo

### A) Aspectos generales

8. En la actualidad, la regulación jurídica de la insolvencia internacional en España se encuentra contenida en distintos cuerpos legales:

1º) Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia (DOCE L 160 de 30 junio 2000 y corrección de errores en DOCE L 176 de 5 julio 2002; reformado por art. 20 acta de adhesión de nuevos Estados miembros de 2004, Anexo II), que entró en vigor, de forma general para todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, el 31 mayo 2002. Existe una «versión consolidada» de este Reglamento de fecha 2 abril 2010, que incorpora las modificaciones de los Anexos de dicho Reglamento (*vid.* <http://eur-lex.europa.eu/>). Esta versión consolidada del Reglamento 1346/2000 no presenta valor oficial, pero resulta extremadamente útil para la aplicación de dicho texto legal. En el presente estudio se hará referencia, exclusivamente, a este Reglamento.

2º) Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE núm. 164 de 10 julio 2003), y en particular, los arts. 10 (competencia judicial internacional) y el entero Título IX de la Ley («De las Normas de Derecho Internacional Privado»).

3º) Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (BOE núm. 97 de 23 abril 2005), que desarrolla la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y el Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito. Esta Ley regula el régimen y tratamiento de la adopción de las medidas de saneamiento y los procedimientos de liquidación que afecten a las entidades de crédito europeas que realicen una actividad transfronteriza.

4º) Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, y Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (*vid.* en especial su art. 30), que desarrollan en España la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 marzo 2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio.

9. El Reglamento 1346/2000 no elimina los Derechos concursales de cada Estado miembro en el mismo<sup>5</sup>. Cada Estado miembro conserva «su» Derecho concursal y se crea, por así llamarlo, un fe-

<sup>5</sup> *Vid.* en relación con el Reglamento 1346/2000, *inter alia*, C. BARBÉ, «Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires. Articulation des dispositions du règlement 1346/2000 et du droit commun des États membres», *JDI Clunet*, 2006-II, pp. 511-562; S. BARIATTI, «Recent Cas-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Rules», *RabelsZ*, vol 73, n° 3, 2009, pp. 629-659; S. BARIATTI, «Le prime sentenze della corte di Giustizia sull'applicazione del Regolamento comunitario n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. RODRÍGUEZ RODRIGO (Dir.), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Colex, 2007, pp. 11-30; S. BARIATTI, «L'applicazione del Regolamento N. 1346/2000 nella giurisprudenza», *Rivista di Diritto processuale*, 2005, n. 3, pp. 673-700; S. BARIATTI, «Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/CE», *RDIPP*, 2004-3, pp. 841-876; R. BATTAGLIA, «Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *Diritto Fallimentare*, 2002, 77, Parte I, pp. 22-31; C. BECKER, «Insolvenz in der Europäischen Union. Zur Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2002, 10, pp. 287-315; J. BODE, *Möglichkeiten und Grenzen der Wahl des Insolvenzstatuts im Rahmen der EuInsVO*, Göttingen, Better Solutions, 2011; M. BOGDAN, «The EC law of international insolvency», *Revue affaires européennes*, 2001-2002, pp. 452 ss.; N. BOUZA VIDAL, «Los efectos del procedimiento de insolvencia transfronterizo en los derechos sobre valores anotados en cuenta: distintos modelos de regulación», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 79-101; C. BRÜNKMANS, *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009; D. BUREAU, «La fin d'un îlot

de résistance, Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *RCDIP*, 2002, pp. 613-679; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2004; I. CANDELARIO MACÍAS, «Un examen sobre el Reglamento 1346/2000, del Consejo de Europa de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia europea», *Diritto Fallimentare*, 2002, 77, Parte I, pp. 32-62; I. CANDELARIO MACÍAS, «La ordenación de la insolvencia en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n. 235-236, 2004, pp. 27-54; C. CAPONI, «Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza», *Foro Italiano*, V, 2002, pp. 220 ss.; P. DE CESARI, «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *RDIPP*, 2003, pp. 55-84; Y. CHAPUT, «L'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite (Le règlement du Conseil du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité)», *Droit sociétés*, novembre 2000, Chron. 22, pp. 4 ss.; S. CLAVORA / T. GARBER (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt - die EuInsVO*, Wien, Graz, NWV, Neuer Wiss. Verl., 2011; G. CORNO, «La disciplina europea dell'insolvenza», *Diritto Fallimentare*, 2002, 77, Parte I, pp. 272-284; L. DANIELE, «Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *RDIPP*, 2002, I, pp. 33-50; L. D'AVOUT, «Sentido y alcance de la lex fori concursus», *DeCITA (Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades)*, 2009, n.11; F. DIALTI, «Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria (Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, causa C-339/07)», *DCI*, 2009, pp. 437-454; D. DI AMATO, «Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera», *Il fallimento*, 2002, pp. 603 ss.; S. DI SANO, «COMI: the Sun Around Which Cross-Border Insolvency Proceedings Revolve», *J.I.B.L.*, 2009, vol. 24, pp. 88-190; H.-C. DUURSMA-KEPPLINGER / D. DUURSMA / E. CHALUPSKY, *Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar*, Wien, New York, Springer, 2002; U. EHRLICH / J. RIES, «Die neue Europäische Insolvenzverordnung», *JuS*, 2003, 4, pp. 313-320; H. EIDENMÜLLER, «Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht», *IPRax*, 2001, p. 2 ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Los procedimientos de insolvencia y los grupos multinacionales: reflexiones a la luz del caso *Parmalat*», *La gestión del Riesgo Financiero y la Nueva Ley Concursal*, Madrid, AECA, 2004, pp. 1-12; C.A. ESPLUGUES MOTA, «La interrelación entre el Reglamento n. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y la futura directiva en relación con el saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», *Derecho de los Negocios*, núm. 128, 2001, pp. 33-49; J.J. EZQUERRA UBERO, «El reglamento comunitario y la Ley Concursal en el nuevo Derecho Internacional Privado de la Insolvencia», *Icade, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Empresariales*, n° 61, 2004, pp. 227-248; M. FEHRENBACH, «Die Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Annexverfahren [zu EuGH, 12.1.2009, Rs. C-339/07 Christopher Seagon als Insolvenzverwalter der Frick Teppichboden Supermärkte GmbH/ Deko Marty Belgium NV, unten s. 513, Nr. 33a, und BGH, 19.5.2009-IX ZR 39/06, unten s. 515, Nr. 33b]», *IPRax*, 6/2009, pp. 492-498; I.F. FLETCHER / MOSS / ISAAC (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Londres, 2002; FRITZ / BAHR, «Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren – Herausforderung an Gerichte und Insolvenzverwalter», *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, pp. 221 ss.; L. FUMAGALLI, «Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere», *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 677 ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento de insolvencia: una aproximación general», en AA.VV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Escuela General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 229-352; ID., «Las normas de Derecho internacional privado de la ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 104, 2004, pp. 1269-1292; A. GEROLDINGER, *Verfahrenskoordination im europäischen Insolvenzrecht: die Abstimmung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO*, Wien, Manz, 2010; N. GRUSCHINSKE, «Die Aufrechnung in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren: eine Untersuchung anhand der vereinheitlichten europäischen Regelungen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts», *EuZW*, 22, 5, 2011, pp. 171-176; H. HAMEAU / M. RAIMON, «Les faillites internationales. Approche européenne», *IBJL*, 2003-6, pp. 645-665; J.C.R. HENEWEER, *Das forum shopping einer GmbH unter der deutschen Insolvenzordnung und der Europäischen Insolvenzverordnung*, Frankfurt am Main, Berlin, Wien, Lang, 2010; I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Civitas, Madrid, 2008; L. IDOT, «Un nouveau droit communautaire des procédures collectives: le règlement (CE) n.1346/2000 du 29 mai 2000», *JCP*, 2000, pp. 648 ss.; ID., «Un nouveau droit communautaire des procédures collectives: le règlement (CE) n.1346/2000 du 29 mai 2000», *La semaine juridique entreprise et affaires*, 2000, pp. 1648-1652; J. ISRAËL, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005; H.G.H. JAUCH / H. VALLENDER / M. DAHL, *European Insolvency Regulation. Commentary*, 2012; E. JAYME/C. KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendstunde der Staatsverträge», *IPRax*, 1999, p. 402; F. JAULT-SESEKE / D. ROBINE, «L'interprétation du Règlement n. 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la fin des incertitudes?», *RCDIP*, 2006-4, pp. 811-832; K. KOLMANN, «Diritto fallimentare europeo ed internazionale - il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza», *European Legal Forum*, fasc. 3, 2002, pp. 167 ss.; A. LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari-Cacucci Editore, 2008; ID., «La legge applicabile alla revocatoria fallimentare nel Regolamento (CE) n° 1346/2000», *CDT*, Vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 102-111; S. LEIBLE/A. STAUDINGER, «Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren», *Konkurs Treuhand Sanierung*, 2000, pp. 533 ss.; P. LEONHARDT / S. SMID / M. ZEUNER (Hrsg.), *Internationales Insolvenzrecht: Kommentar; Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (Europäische Insolvenzverordnung - EuInsVO); Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO), Art. 102 Durchführung der EuInsVO; Art. 102 a Insolvenzverwalter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union; §§ 335 bis 358 Insolvenzordnung; ausgewählte Vorschriften der Insolvenzordnung*, 2ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2012; P. MANKOWSKI/C. WILLEMER, «Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen», *RIW*, 2009-10, pp. 669-679; P. MANKOWSKI, «Grenzüberschreitender Umzug und das center of main interests im europäischen Internationalen Insolvenzrecht», *NZI*, vol. 8, 2005, pp. 368-373; J.M. MARTÍN SERRANO, «Globalización y compensación de créditos en los procedimientos internacionales de insolvencia tras la entrada en vigor del Reglamento 1346/2000 y de la Ley 22/2003 concursal», *Globalización y comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 343-354; M.E. MATHIEU-BOUISSOU, «Aperçu des règles du droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n. 1346/2000», *Dalloz*, 2002, Chron.

nómeno de «competencia entre las legislaciones concursales de los Estados miembros». Es posible, por tanto, que un operador económico decida instalarse en un Estado miembro con una legislación concursal «generosa» con el deudor insolvente. No existe, por tanto, un «Derecho procesal y material europeo de insolvencia». Existe, eso sí, un «DIPr. europeo en materia de insolvencia». Este DIPr. europeo en materia de insolvencia transfronteriza contiene normas uniformes de DIPr. que resuelven el problema de la competencia internacional para abrir el procedimiento de insolvencia, de la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y de los efectos de las decisiones nacionales en materia de insolvencia en los demás Estados que participan en el Reglamento 1346/2000.

Con esta opción de Derecho internacional privado, el «DIPr. concursal europeo» alcanza objetivos satisfactorios: 1º) *Introduce seguridad jurídica en los casos de «insolvencia internacional»*. Así es, porque se indica, con total precisión, qué tribunales van a conocer del procedimiento de insolvencia, qué Ley estatal material y procesal van a aplicar a dicho procedimiento de insolvencia, y en qué condiciones las decisiones en materia concursal dictadas por tribunales u otros órganos de un Estado miembro van a producir efectos en los demás Estados miembros. Con ello se impulsa el principio *par conditio credito-*

---

pp. 2245 ss.; B. MAUCHER, *Die Europäisierung des internationalen Bankeninsolvenzrechts: kritische Betrachtungen zur Richtlinie 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten*, Baden-Baden, Nomos, 2010; A. MAZZONI, «Cross-border insolvency of multinational groups of companies: proposals for an European approach in the light of the UNCITRAL approach», *DCI*, 2010, pp. 755-770; F. MÉLIN, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 2008; M. MENJUCQ, «L'apport du droit communautaire au règlement des faillites internationales», *TCFDIPr*, 2004, pp. 65-106; M. MENJUCQ, «Ouverture, reconnaissance et coordination des procédures d'insolvabilité dans le règlement 1346/2000», *Bull. Joly sociétés*, 2000, pp. 1109 ss.; Id., «La situation des créanciers dans le règlement 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité», *RJDA*, 2001-6, pp. 579 ss.; M. MORSCHER, *Die europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO)*, Wien, Manz, 2002; C.G.J. MORSE, «Cross-Border Insolvency in the European Union», *FS-Juenger*, 2001, Ardsley/New York, pp. 233-260; G.S. MOSS (Ed.), *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, 2ª ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 2009; M.L. NAUTA / F. BULTEN, «Introduction to Spanish Cross-Border Insolvency Law- an Adequate Connection with existing International Insolvency Legislation», *IRR.*, 2009, vol. 18, núm. 1, pp. 59-67; L. PANZANI, «Il regolamento sulle procedure d'insolvenza», *Contratto e Impresa / Europa*, 2002, 7, pp. 436-452; C.G. PAULUS, «Das inländische Parallelverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung», *EWS*, 13, 2002, 11, pp. 497-506; Id., «Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung: zugleich Besprechung High Court of Justice Leeds, Beschl. v. 16.5.2003, No. 861-876/03», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 24, 38, 2003, pp. 1725-1729; Id., *Europäische Insolvenzverordnung: Kommentar*, 3ª ed., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2010; F. PERSANO, «L'esecuzione delle decisioni nel regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza», *Diritto del Commercio internazionale*, 2006, pp. 791-804; G. PISCIOTTA, «Il regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza e il suo impatto nell'ordinamento italiano», *Europa e Diritto Privato*, 2001, pp. 413-439; I. QUEIROLO, «L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina europea delle procedure d'insolvenza», *Comunicazioni e studi*, vol. XXII, 2002, pp. 903 ss.; H. RADTKE/M. HOFFMANN, «Die Anwendbarkeit von nationalem Insolvenzstrafrecht auf EU Auslandsgesellschaften», *EuZW*, 2009, vol. 12, pp. 404-412; I. REIG FABADO, «Libre circulación de resoluciones concursales en la Unión Europea», en C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, València, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 235-264; E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Bienes del cónyuge y acciones de reintegración a la masa en el concurso internacional», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n° 1, 2004, pp. 225-238; W. ROSCH, «Grenzüberschreitende Insolvenzen im Lichte der Verordnung (EG) 1346/2000», *European Law Reporter*, 11/2000, pp. 378 ss.; P. ROUSSEL GALLE, «De quelques pistes d'interprétation du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité: la circulaire du 15 décembre 2006», *JDI Chunet*, 2008, pp. 133-144; S.L. SCHMIDT-EHEMANN, *Die Haftung bei Insolvenz einer EU-Auslandsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2010; J. SCHMITZ, *Dingliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011; C. THOLE, «Negative Feststellungsklagen, Insolvenztorpedos und EuInsVO», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 33, 13, 2012, pp. 605-613; A. THOMANDER/K. KHOLOD, «Pan-european insolvency cooperation: Re Nortel Networks SA and other companies», [2009] *EWHC* 206 (Ch), *ICR*, 2009-3, pp. 190-191; St. SMID, *Europäisches Internationales Insolvenzrecht*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2002; V. STARACE, «La disciplina europea delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere», *RDI*, 2002, 85, pp. 295-308; G. TEBOUL, «Le projet de règlement sur les procédures d'insolvabilité», *Gaz. Palais*, 21-22 juillet, 2000, pp. 2 ss.; J.L. VALLENS, «Procédures d'insolvabilité: présentation du règlement communautaire», *Lamy droit commercial*, núm. 125, août-septembre 2000, pp. 2 ss.; R. VAN GALEN, «The European Insolvency Regulation and Groups of Companies», *INSOL Europe Annual Congress*, Cork, Ireland. October 16-18, 2003 (<http://www.iiiglobal.org>); M.J. VERDÚ CAÑETE, *Procedimientos concursales comunitarios*, Tirant Lo Blanch, València, 2004; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; V. VITALONE, «Il regolamento N. 1346 del 2000 del Consiglio delle Comunità Europee relativo alle procedure di insolvenza», *Giustizia Civile*, 2002, 52, Parte II, p. 317-324; N. WATTÉ / V. MARQUETTE, «Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité», *RDC*, 2001, pp. 565-579; R. WERNER, *Der Insolvenzplan im Anwendungsbereich der europäischen Insolvenzordnung*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2010; K. WIMMER, «Die Verordnung (EG) Nr 1346/2000 über Insolvenzverfahren», *ZInsO*, n° 3, 2001, pp. 97-103; Id., «Die EU-Verordnung zur Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren», *NJW*, 2002, 55, pp. 2427-2431; U.M. WOLF, *Der europäische Gerichtsstand bei Konzerninsolvenzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

rum a nivel internacional, lo que supone una solución «eficiente» (C. DORDI)<sup>6</sup>. Además, como indica el Cons. 2 R. 1346/2000 ello fomenta «*el buen funcionamiento del mercado interior [que] exige que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva*»; 2º) *Se respeta la «diversidad legislativa concursal» de cada Estado miembro*. Ello es lógico, porque el Reglamento 1346/2000 no elimina los Derechos concursales propios de cada Estado miembro; 3º) *Se logra una «disminución» de los comportamientos oportunistas de acreedores y deudores y de los Estados miembros*. Con un «cuerpo legal uniforme de DIPr.» no se consiguen eliminar todos los posibles «comportamientos oportunistas y fraudulentos», sobre todo de los deudores (= que *ad ex.*, pueden trasladar su patrimonio a otro país si temen una declaración de insolvencia que pudiera dictarse por tribunales del Estado donde la empresa tenía su sede originaria), pero sí que se reducen en gran medida tales «comportamientos oportunistas y fraudulentos» (= *ad ex.*, un «cambio nominal» de la «sede social de la empresa deudora» no impide que conozcan del concurso los tribunales del país donde habitualmente operaba dicho deudor). Se evita, así, el «efecto escape» que podría producirse con un simple cambio de «sede social» de la empresa (art. 3 R. 1346/2000). En suma, se reduce, -aunque no se elimina completamente-, el peligro de un «*Forum Shopping* artificial», como ha advertido la doctrina (P. DE CESARI), y como subraya el mismo Cons. 4 R. 1346/2000: «*para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable («forum shopping»)*»; 4º) Se respeta el principio de proporcionalidad (*der Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) y de subsidiariedad (*das Subsidiaritätsprinzip*), como indican los Cons. 5 y 6 R. 1346/2000 y ha destacado D. BUREAU<sup>7</sup>.

El Reglamento 1346/2000 ha generado una rica, sólida y abundante jurisprudencia del TJUE. Esta jurisprudencia constituye el más precioso elemento para la correcta intelección del Reglamento<sup>8</sup>. Por otra parte, el Reglamento 1346/2000 también ha generado una muy abundante práctica judicial en los tribunales de los Estados miembros.

**10.** Para comprender correctamente el sentido de las normas del Reglamento 1346/2000, es necesario, previamente, comprender y asumir qué «tesis básica sobre la insolvencia internacional» sigue el Reglamento 1346/2000. La doctrina mayoritaria indica que el Reglamento 1346/2000 sigue un «sistema de universalidad mitigada» (*gemässigtes Universalitätsprinzip*) de los procedimientos de insolvencia o, si se prefiere, un modelo de «universalidad modificada» (*modifizierte Universalität*). Para explicar adecuadamente el sistema acogido por el Reglamento 1346/2000 es preciso introducir ciertas observaciones.

1º) El Reglamento 1346/2000 no ha seguido ciegamente ninguna de las «tesis puras» que se han propuesto tradicionalmente para regular los procedimientos internacionales de insolvencia. Ni sigue a rajatabla la tesis de la «universalidad de los procedimientos internacionales de insolvencia», ni acoge sin fisuras, por el contrario, la tesis opuesta de la «territorialidad del procedimiento de insolvencia».

2º) El Reglamento 1346/2000 acoge ambas tesis clásicas, esto es, no se desprecia totalmente ninguna de ellas. Ambas tesis son posibles. Seguir una u otra depende de varios factores pero el Reglamento no obliga a seguir una u otra.

<sup>6</sup> C. DORDI, «La convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza», *RDIPP*, 1997, pp. 333-366; Id., «La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali», *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 617-650.

<sup>7</sup> P. DE CESARI, «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *RDIPP*, 2003, pp. 55-84; D. BUREAU, «La fin d'un îlot de résistance, Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *RCDIP*, 2002, pp. 613-679.

<sup>8</sup> Pueden citarse las siguientes decisiones del TJUE: STJUE 17 marzo 2005, as. C-294/02, *AMI y otros*; STJUE 17 enero 2006, as. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*; STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*; STJUE 12 febrero 2009, as. C 339/07, *Christopher Seagon vs. Deko Marty Belgium NV*; STJUE 2 julio 2009, as. C-111/08, *SCT Industri*; STJUE 10 septiembre 2009, as. C 292/08, *German Graphics vs. Alice van der Schee*; STJUE 21 enero 2010, as. C 444/07, *MG Probud Gdynia*; STJUE 17 febrero 2011, as. C-283/09, *Artur Werynski vs. Mediatel*; STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interdil Srl*; STJUE 17 noviembre 2011, as. C-112/10, *Zaza Retail BV* (comentada por A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Legitimación del Ministerio Fiscal para instar un concurso territorial 'independiente': nota a la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-112/10, Procureur Generaal v. Zaza Retail», *La Ley*, 2012, tomo 1, D-95, pp. 1662-1665); STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*; STJUE 19 abril 2012, as. C-213/10, *F-Tex SIA*; STJUE 5 julio 2012, as. C-527/10, *Erste Bank Hungary Nyrt. vs. Magyar Allam, BCL Trading GmbH, ERSTE Befektetési Zrt.*

3º) De todos modos, el Reglamento 1346/2000 no acoge ninguna de las tesis clásicas en su «formulación más pura» o «radical», sino que ambas se acogen en una «versión matizada», tanto la «universalidad del procedimiento de insolvencia», como la «territorialidad del procedimiento de insolvencia» (D. BUREAU)<sup>9</sup>.

4º) El Reglamento 1346/2000 contiene, además, «vías intermedias» que combinan las dos grandes tesis clásicas y que operan como «criterios mixtos».

**11.** La doctrina parece concordar en torno a este sistema de «universalidad mitigada» seguido por el Reglamento 1346/2000. Así, C. DORDI afirma que el hoy Reglamento 1346/2000 acoge un sistema de «*universalità limitata*»; D. BUREAU sostiene que el Reglamento 1346/2000 contiene «*solutions hybrides*»; el Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 5 alude a un «*principio de la universalidad del procedimiento, limitado, sin embargo, por la posible apertura de uno o de varios procedimientos secundarios, cuyos efectos se limitan al territorio del o de los Estados miembros en los que dichos procedimientos se hayan abierto*». Con otros términos, cabe hablar de una «universalidad controlada» (*einer kontrollierten oder kupierten Universalität*) con una voluntad de validez extraterritorial dentro del espacio de la UE relacionada con un Derecho conflictual concursal único (*kollisionsrechtliche Universalität*) que incluye a todos los acreedores o bien de una «mayoría de procedimientos controlada» (*kontrollierte Verfahrensmerheit*). Por otro lado, M. VIRGÓS SORIANO defiende que el hoy Reglamento 1346/2000 se asienta sobre una idea de «*mitigated universalism*»<sup>10</sup>. Estas afirmaciones son válidas si se comprende bien su verdadero alcance.

**12.** El hecho de que el Reglamento 1346/2000 no haya acogido ninguna de las dos tesis clásicas en su «versión pura» tiene una explicación que ha sido ya avanzada. Como se ha afirmado anteriormente, cada una de las «tesis clásicas» presentan ventajas e inconvenientes. Por ello no pareció adecuado a los redactores del Reglamento 1346/2000 asumir plenamente una de las «tesis clásicas», sea cual fuere. Ello fue, sin duda, un acierto de dichos redactores, que se debe atribuir al mérito de los redactores del precedente Convenio de Bruselas de 23 noviembre 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia, antecedente directo del Reglamento 1346/2000. En efecto, se abandonó la idea-base del Proyecto comunitario de 1982 de Convenio sobre quiebra, que descansaba en un seguimiento radical de la «tesis de la universalidad del procedimiento de insolvencia», que imponía, en palabras de M. VIRGÓS SORIANO, «*un procedimiento único de insolvencia sobre un mismo deudor para todo el territorio comunitario*». Ello, como indica este autor, era profundamente inconveniente en una Comunidad Europea que carecía de un sistema jurídico unificado relativo a los «derechos de garantía» y a la «prelación de créditos», porque hubiera dañado la seguridad jurídica y los derechos adquiridos.

**13.** El Reglamento 1346/2000 recoge tres vías jurídicas o «modelos regulativos» distintos para afrontar la insolvencia internacional: 1º) Procedimiento de insolvencia único y universal; 2º) Procedimiento de insolvencia universal y principal combinado con procedimientos de insolvencia territoriales secundarios; 3º) Múltiples procedimientos de insolvencia territoriales independientes. El Reglamento 1346/2000 arranca, pues, de una idea regulativa plural y no excluyente. Ante la insolvencia del deudor, se puede optar por una de las tres vías jurídicas recogidas en el Reglamento. No hay reglas rígidas para optar por una o por otra. Los acreedores y/o el síndico decidirán en función de las circunstancias del caso concreto.

**14.** En el fondo, son los acreedores del deudor insolvente y/o el síndico (= administrador del concurso), los que escogerán la «vía a seguir» de entre las tres vías que ofrece el Reglamento 1346/2000 para afrontar la regulación jurídica de la insolvencia transfronteriza. Una cierta «autonomía de la voluntad» se admite, en el sentido apuntado, por el mismo Reglamento 1346/2000 (M. VIRGÓS SORIANO). El

<sup>9</sup> D. BUREAU, «La fin d'un îlot de résistance, Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *RCDIP*, 2002, pp. 613-679.

<sup>10</sup> M. VIRGÓS SORIANO, «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25, march 1998, Kluwer, pp. 1-66; M. VIRGÓS SORIANO, «Convenio de Bruselas de 23 noviembre 1995 relativo a las procedimientos de insolvencia», *REDI*, 1995 (II), vol. XLVII, pp. 505-525.



criterio que es determinante para escoger una «vía jurídica» u otra es el «grado de internacionalización de la actividad del operador económico en crisis» y el «principio de eficiencia». De este modo, resulta conveniente distinguir tres hipótesis de trabajo.

1º) Si el deudor posee bienes, fundamentalmente, en el Estado en el que radica su «centro de intereses principales» (= Estado donde radica su «administración central»), y pocos bienes y/o establecimientos en otros Estados miembros, es aconsejable la primera vía (= «procedimiento de insolvencia universal y único»). Este sistema comportará escasos gastos y pocos costes de transacción para todos los implicados, deudor y acreedores.

2º) Si el deudor posee «establecimientos» y «bienes» sitios en varios Estados miembros, pero conserva bienes sustanciosos en el país de su «centro de intereses principales», es conveniente acudir a la segunda vía (= «procedimiento de insolvencia universal y principal pero no único», y combinado con «procedimientos de insolvencia territoriales y secundarios»). El Cons. 19 R. 1346/2000 recoge, con otras palabras, esta idea. Dicho Considerando indica que los «procedimientos territoriales secundarios de insolvencia» pueden resultar convenientes cuando «*los bienes del deudor sean demasiado complejos para ser administrados unitariamente*», o cuando, debido a las «*diferencias entre los sistemas jurídicos en cuestión*», no sea adecuado aplicar la *Lex Fori Concursus Principalis* en los «*demás Estados en que estén situados los activos*». De este modo, vuelve a realizarse el objetivo de la «eficiencia». Es un caso más complejo que conviene acometer con armas extraídas de las dos tesis clásicas. Así, cada acreedor puede acudir al procedimiento que le resulte más práctico y económico: al procedimiento territorial o al procedimiento principal.

3º) Finalmente, si el operador económico en crisis (= deudor insolvente) despliega una «fuerte actividad internacional» y posee numerosos «establecimientos» y «bienes» en diversos Estados miembros, puede ocurrir que la situación de impago general afecte sólo a una «parte de la empresa» (= sólo a las actividades de ciertos establecimientos de la empresa). Igualmente puede ocurrir que según la Ley del Estado donde radica el centro de intereses principales del deudor no pueda abrirse un procedimiento de insolvencia. Pues bien, en este tercer caso, -que engloba a su vez, como se ha visto, dos supuestos diferentes-, es aconsejable acudir a la «tercera vía» (= «múltiples procedimientos de insolvencia territoriales e independientes») y prescindir de la apertura de un procedimiento de insolvencia que no tiene por qué cubrir la entera empresa. La razón de ser de esta tercera vía, -que apuesta decididamente por la territorialidad del procedimiento de insolvencia-, radica, de nuevo, en el «principio de eficiencia». Los acreedores implicados serán, en su mayoría, «acreedores locales», por lo que abrir un procedimiento de insolvencia único en el Estado miembro donde el deudor tiene su centro de intereses principales, es anti-económico, es poco eficiente. Este sistema crearía, en palabras de M. VIRGÓS SORIANO, un «riesgo de internacionalidad» que dispararía los costes de transacción que recaen sobre los acreedores, obligados a litigar en el extranjero, con arreglo a una Ley extranjera, y posteriormente necesitados de obtener un *exequatur* de la decisión extranjera en el Estado miembro donde el deudor posee bienes sobre los que realizar sus créditos. Demasiado caro. Poco eficiente. Pero es que además, el sistema universalista, en este tercer caso, sería poco eficiente también para el deudor. Éste vería cómo su entera empresa es envuelta en un gigantesco procedimiento de insolvencia que es, realmente, innecesario, porque sólo una «parte de su empresa», la radicada en un Estado miembro concreto, está en crisis financiera.

Un ejemplo puede resultar útil. La empresa PAR con sede social y sede de dirección en París, se dedica a la venta de objetos de arte y antigüedades con destino, preferentemente, a clientes radicados en Alemania y España. Ante la crisis del sector, la empresa PAR suspende pagos. Sus acreedores son una empresa española y dos empresas alemanas. La empresa insolvente PAR dispone de una sucursal en Madrid y de otra sucursal en Berlín. La empresa PAR es propietaria de bienes inmuebles sitios en España, Alemania, Francia e Italia. Además, también posee bienes muebles de gran valor en Londres y cuentas bancarias en Luxemburgo. Los acreedores de PAR se preguntan ante qué jueces pueden solicitar un procedimiento de insolvencia y de qué tipo. Pues bien, tales acreedores disponen de varias opciones: 1º) Instar un procedimiento de insolvencia único y universal en Francia, Estado donde radica el centro de intereses principales del deudor. Ese procedimiento cubre todos los bienes del deudor insolvente, sea cual sea el país donde se hallen. Todos los acreedores, españoles franceses y alemanes, podrían acudir a tal procedimiento de insolvencia en Francia; 2º) Instar ese anterior procedimiento de insolvencia uni-

versal en Francia, que cubre todos los bienes del deudor insolvente, sea cual sea el país donde se hallen. Todos los acreedores, españoles franceses y alemanes, podrían acudir a tal procedimiento de insolvencia en Francia. Pero a la vez podrían instarse dos procedimientos secundarios y subordinados al anterior, ante los tribunales españoles y alemanes, visto que el deudor dispone de establecimientos en España y Alemania. Se trataría de procedimientos de insolvencia puramente liquidatorios, y deben ser procedimientos recogidos en el «Anexo B» del Reglamento 1346/2000. No puede instarse este procedimiento secundario ante jueces ingleses o luxemburgueses porque el deudor no tiene un «establecimiento» en ninguno de tales Estados miembros.

## **B) El centro de los intereses principales del deudor colectivo insolvente. Concepto y operativa legal en el Reglamento 1346/2000**

**15.** El art. 3 R.1346/2000 indica, bajo la acertada rúbrica «competencia internacional», que «*tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor*».

**16.** Es conveniente recordar algunos datos adicionales sobre este foro y esta noción.

1º) Este foro está tomado del fracasado Proyecto comunitario de Convenio sobre quiebra de 1982, aunque no falta doctrina que opina lo contrario (C. DORDI)<sup>11</sup>. En el fondo, el Reglamento 1346/2000 desarrolla y concreta el criterio empleado como «foro de competencia judicial internacional» por el anterior Proyecto comunitario y que se refería al «*debtor's center of administration*» (M. VIRGÓS SORIANO)<sup>12</sup>.

2º) La ubicación de la definición en los «Considerandos» del Reglamento 1346/2000 se explica por un hecho histórico más que por una decisión consciente de técnica legislativa. Dicha definición no se contenía en el precedente Convenio comunitario de 1995, sino en su Informe explicativo oficial. Los redactores del Reglamento 1346/2000 incorporaron a los «Considerandos» del mismo, aquellos elementos del Informe oficial del Convenio de 1995 que estimaron de mayor importancia. Eso lo explica todo, como exponen M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, de modo que la definición de «centro de los intereses principales del deudor» no es una definición menos importante que las que se contienen en los artículos del Reglamento 1346/2000<sup>13</sup>.

**17.** Es necesario precisar la noción «centro de los intereses principales del deudor» (*der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldner / Centre of Main Interests [COMI] / centro degli interessi principali del debitore / le centre des intérêts principaux du débiteur / o centro dos interesses principais do devedor / the centre of a debtor's main interests*). Al respecto resulta útil introducir diversas precisiones.

1º) *Competencia internacional.* Este precepto se refiere a la competencia internacional y no a la competencia «judicial» internacional, porque en ciertos Estados miembros los órganos competentes para abrir el procedimiento de insolvencia no son «judiciales» (*vid.* art. 2.d R. 1346/2000) (M. BALZ)<sup>14</sup>.

2º) *Falta de definición de la noción en el art. 3 R.1346/2000 y papel de los «Considerandos» del Reglamento 1346/2000.* Esta noción no se define en los artículos del Reglamento 1346/2000. Son los «Considerandos» del Reglamento los que contienen una clara definición de la misma.

<sup>11</sup> C. DORDI, «La convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza», *RDIPP*, 1997, pp. 333-366; ID., «La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali», *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 617-650.

<sup>12</sup> M. VIRGÓS SORIANO, «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25, march 1998, Kluwer, pp. 1-66; M. VIRGÓS SORIANO, «Convenio de Bruselas de 23 noviembre 1995 relativo a las procedimientos de insolvencia», *REDI*, 1995 (II), vol.XLVII, pp. 505-525.

<sup>13</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 42-44.

<sup>14</sup> M. BALZ, «Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen», n° 22, *ZIP*, 1996, pp. 948-955; ID., «The European Union Convention on Insolvency Proceedings», *The American Bankruptcy Law Journal*, Fall 1996, vol. 70, pp. 485-531.

3º) *Criterio abierto de competencia internacional*. El criterio utilizado por el Reglamento 1346/2000 para precisar la competencia judicial internacional en materia de insolvencia europea no es, en sentido estricto, una regla de competencia judicial internacional. Se trata, más bien, de un *Approach* o *critère ouvert*, de una «orientación» sobre la competencia internacional (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS)<sup>15</sup>. Ello comporta varias consecuencias: (a) No se trata de un criterio rígido de competencia internacional como puede ser la «residencia habitual», el «domicilio estatutario» o la «explotación económica principal de la empresa». Visto que el foro de competencia judicial internacional para el procedimiento principal de insolvencia se expresa como un *Approach* de DIPr., será necesario «concretarlo» y «llenarlo de contenido», para proporcionar la necesaria seguridad jurídica; (b) El hecho de que la regla de competencia judicial internacional sea un *Approach* de DIPr., no implica que la expresión «*centro de los intereses principales del deudor*» sea una «nebulosa jurídica» ni que dé «carta blanca» para que cada juez o autoridad de los Estados miembros la interprete como desee. Ello sería arbitrario y por tanto, inconstitucional. Y resultaría también poco adecuado e ineficiente en un sector en el que la seguridad jurídica y la certeza del Derecho son fundamentales.

4º) *Centro de «intereses principales» del deudor*. El art. 3.1 R. 1346/2000 emplea la expresión «*centro de los intereses principales del deudor*», al igual que el Cons. 12 R. 1346/2000. Sin embargo el Cons. 13 R. 1346/2000 utiliza la expresión «*centro principal de intereses*». Ello resulta aparentemente paradójico, pues no se sabe si lo «principal» son los «intereses» del deudor, o si lo «principal» es el «centro» de tales intereses. En otras palabras, no parece claro, *icto oculi*, si el adjetivo «principal» se refiere al «centro» del deudor, o a los «intereses» del deudor. Pues bien, parece más correcto considerar prevalente la expresión «*centro de los intereses principales del deudor*», que es la que consta en el texto articulado del Reglamento 1346/2000 (art. 3.1 R. 1346/2000). Ello encaja con el precedente Convenio comunitario de 1995 que se refería, en su *Informe oficial*, sin duda, al «*centro de intereses principales del deudor*».

5º) *Definición autónoma y europea del concepto «centro de los intereses principales del deudor»*. Esta noción es un «concepto autónomo» del Reglamento 1346/2000. Se define en el contexto de dicho Reglamento 1346/2000 y es válida sólo a los efectos de dicho Reglamento, y no debe ser «*importado desde ningún Derecho nacional*»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero. Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal», *RFDUCM*, núm. 8, marzo 1985, pp. 211-236; ID., «Aspectos internacionales de la situación concursal», *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, pp. 353-360; ID., «Los procedimientos concursales desde la perspectiva de la cooperación jurídica en la Comunidad iberoamericana», *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América, del pasado al futuro (Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales)*, Salamanca, 1993, pp. 281-286.

<sup>16</sup> STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 31, comentada por R. DAMMANN/F. MÜLLER, «Coup d'arrêt de la CJUE au mécanisme de l'extension de procédure en cas de confusion de patrimoines», *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 406-410; L. IDOT, «Extension de la procédure et centre des intérêts principaux du débiteur», *Europe*, 2012 Février, Comm. n° 2, pp. 47-48; G. KHAIRALLAH, *RCDIP*, n° 2, 2012, pp. 435-448; V. LEGRAND, «L'impossibilité d'étendre une procédure pour confusion de patrimoines à une société ayant son siège dans un autre État membre?», *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2012, n° 27, pp. 4-6; A. LIENHARD, «Procédure d'insolvabilité: notion de 'centre des intérêts principaux'», *Recueil Le Dalloz*, 2011, p. 2593; F. MÉLIN, «Confusion des patrimoines et société située à l'étranger», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2012, n° 13, p. 616; C.G. PAULUS, «Zur Erweiterung des Hauptinsolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft auf eine in einem anderen Mitgliedstaat ansässige zweite Gesellschaft ('Rastelli')», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2012, pp. 87-88; P. ROUSSEL GALLE, «Pas de confusion des patrimoines en droit européen!», *Revue des sociétés*, 2012, pp. 189-190; STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil Srl*, FD 42-44, comentada por T. BIEMEYER, «Court guidance as to the COMI concept in cross-border insolvency proceedings», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, pp. 581-587; F. JAULT-SESEKE/D. ROBINE, «Cour de justice de l'Union européenne : aff. C-396/09, 20 octobre 2011», *RCDIP*, n° 1, 2012, pp. 189-208; A. LEANDRO, «Fallimento: sul centro di interessi della società legata al punto di vista dei terzi», *Guida al Diritto*, 2011, n° 45, pp. 94-96; ID., «Trasferimento di sede e determinazione del COMI», *Rivista di diritto societario*, 1, 2012, pp. 77-83; T. MASTRULLO, «Critères et date d'appréciation du centre des intérêts principaux: les précisions de l'arrêt Interedil Srl», *Revue des sociétés*, 2012, pp. 120-122; F. MÉLIN, «Nouvelles précisions relatives aux notions de centre des intérêts principaux et d'établissement du débiteur», *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, n° 67, pp. 18-21; V. MICHEL, «Étendue du contrôle de l'exequatur», *Europe*, 2011 Décembre, Comm. n° 12, p. 501; L. PANZANI, «La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli», *Int'l Lis*, 2012, pp. 32-39; C.G. PAULUS, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 745-746; J. SCHMIDT, «Bestimmung des COMI des Insolvenzschuldners durch Gesamtbetrachtung des Einzelfalls ('Interedil')», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 345-346; J.-L. VALLENS, «Procédure d'insolvabilité: notion de 'centre des intérêts principaux'», *Recueil Le Dalloz*, 2011, p. 2915.

6º) *Personas físicas y jurídicas*. El criterio empleado por el art. 3.1 R. 1346/2000 es operativo tanto para personas jurídicas como para personas físicas<sup>17</sup>. Por eso el precepto emplea la expresión «centro de intereses principales» del deudor, y no la expresión «administración central» del deudor, que es una expresión válida exclusivamente en relación con las sociedades y demás personas jurídicas.

**18.** El Cons.13 R.1346/2000, que indica que el lugar donde se halla el «centro de los intereses principales» del deudor «debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros». En suma, el Reglamento 1346/2000, el criterio basado en la llamada «sede real de la empresa». Es el criterio propio del Derecho de sociedades alemán, que se utiliza en DIPr. germano para señalar la Ley reguladora de las sociedades de capital. El «centro de los intereses principales» del deudor es, en definitiva, el lugar desde donde se dirige y administra realmente la unidad económica del deudor, el lugar donde se toman las decisiones que afectan a la empresa como unidad económica<sup>18</sup>. La «administración de los intereses» significa realmente «dirección de los intereses», no una mera «actividad de llevanza ordinaria de la empresa». En consecuencia, el art. 3.1 R. 1346/2000 acoge una «conexión de dirección», pues se refiere al lugar desde donde se dirige la empresa del deudor. El precepto desecha otras conexiones, que son irrelevantes para el mismo: (a) La «conexión patrimonial», esto es la que conduce al lugar donde el deudor tiene sus bienes; (b) La «conexión empresarial» que conduce al lugar donde el deudor ha situado el lugar de producción de bienes o prestación de servicios; (c) La conexión «de capital», que conduce al lugar donde residen los socios de la empresa deudora o al país cuya nacionalidad ostentan tales socios dueños de la empresa deudora. Así configurado, el «centro de intereses principales» del deudor constituye una «idea neutra», válida para todo deudor, sea éste quien sea, «puesto que cualquier persona, ya sea o no comerciante, administra su patrimonio, esto es, sus intereses económicos» (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS)<sup>19</sup>.

**19.** Los «intereses principales» son las actividades fundamentales de la unidad económica del deudor. Pues bien, las decisiones que afectan a tales intereses principales constituyen un reflejo del «cerebro» organizativo y direccional del deudor. Son las decisiones que componen la estrategia económica del deudor en un sentido amplio (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS). Se trata de las decisiones que permiten dirigir las actividades económicas del deudor, lo que incluye las actividades comerciales, industriales, profesionales o actividades económicas en general que pueden desarrollar sujetos como los «consumidores»<sup>20</sup>. Son las decisiones que reflejan la «voluntad de la sociedad»<sup>21</sup>. Son las decisiones que constituyen el «núcleo cognitivo y decisional del deudor». Son las «decisiones fundamentales de toda unidad económica». Con arreglo a la expresiva metáfora corporal que emplean M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN, lo relevante es el Estado miembro donde se sitúa el «cerebro económico» de la empresa del deudor<sup>22</sup>. No es relevante el lugar donde se encuentran los «músculos de su empresa», constituidos por el lugar de producción, lugar de fabricación, lugar de distribución, lugar de la ordinaria administración de la empresa, etc.

Las decisiones fundamentales propias de la dirección y administración de la empresa del deudor son, principalmente, las que siguen (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ): (1) La gestión de las relaciones con aportantes de fondos, accionistas y acreedores externos, lo que comprende la captación de capital y la publicación de cuentas; (2) La adopción de decisiones económicas y empresariales estratégicas y la fijación de la política y de los objetivos empresariales; (3) La supervisión general de actividades de la empresa; (4) La gestión de la tesorería de la unidad económica; (5) La prestación de

<sup>17</sup> G.-A. LIKILLIMBA, «Détermination du centre des intérêts principaux des personnes physiques dans l'Union européenne et procédure d'insolvabilité», *Revue Lamy droit des affaires*, nº 61, 2011, pp. 16-20.

<sup>18</sup> STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 32.

<sup>19</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 42-44.

<sup>20</sup> Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 75.

<sup>21</sup> Sent. Tribunale di Milano 6 julio 2005, *RDIPP*, 2006, pp. 450-452.

<sup>22</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 40-49.

servicios propios de empresas que practican economías de escala, esto es, servicios válidos para todos los integrantes del grupo empresarial, como es la representación legal de la sociedad<sup>23</sup>.

Existen, naturalmente, «otros intereses» que afectan al deudor, como intereses de tipo moral, familiar, personal o social. Sin embargo, tales intereses del deudor no relevantes para el art. 3.1 R.1346/2000 porque no son intereses «principales» del deudor. Quedan así fuera del concepto «intereses principales del deudor», todos aquéllos que no tienen que ver con la «estrategia económica fundamental» de tal deudor.

**20.** La dirección de la unidad económica del deudor se puede llevar a cabo desde varios países. Sin embargo, existirá, normalmente, un país en cuyo territorio se toman las «decisiones fundamentales» de la «estrategia económica del deudor». Pues bien, ese país es el «centro». No importa, pues, en qué países se localicen o concreten los «intereses principales del deudor», tales como el lugar de fabricación de sus productos, el lugar donde se contrata a los trabajadores, el país al que o desde donde se exporta la producción del deudor, etc. Es relevante exclusivamente el país desde dónde se dirigen y administran tales «intereses principales». Sólo hay un «centro» por cada deudor insolvente. El «centro» se ubica, precisamente, en el lugar desde donde se dirige la unidad económica del deudor. El carácter único del centro de intereses principales del deudor permite garantizar la seguridad jurídica y evita el *Forum Shopping*<sup>24</sup>.

**21.** La noción de «centro de intereses principales del deudor» queda concretada por el Cons.13 R. 1346/2000 de manera bastante precisa. De esta forma, se consigue llevar a cabo una «localización objetiva» del deudor insolvente en un Estado miembro que, además, es perceptible por terceros. Para el TJUE, efectivamente, el centro de intereses principales del deudor «*debe identificarse con arreglo a criterios objetivos*» que «*puedan ser comprobados por terceros*»<sup>25</sup>.

1º) *Es un lugar / foro objetivo.* Existe una localización objetiva del deudor porque el centro de intereses principales del deudor es, en efecto, un elemento externo comprobable empíricamente, susceptible de prueba, y que no depende de una mera declaración subjetiva de voluntad del deudor.

2º) *Es un lugar / foro perceptible por terceros.* Además, el lugar desde donde se dirige la unidad económica puede identificarse, con facilidad, por terceros (Cons. 13 R. 1346/2000). Si la sede de dirección es perceptible fácilmente por terceros, cumple entonces con su función jurídica como foro de competencia judicial internacional. En efecto, de ese modo, el criterio retenido indica, de manera rápida, clara y sencilla, cuáles son los tribunales estatales competentes. Se sabe, así, ante qué autoridades de qué Estado miembro se puede solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor.

<sup>23</sup> AAP Cádiz 15 abril 2011 (centro de intereses principales del deudor y concurso). *Vid.* nota precedente.

<sup>24</sup> *Vid., ad ex.*, M.V. BENEDETTELLI, «Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera», *RDIPP*, XL, 2, 2004, pp. 499-530; G. BREMOND, «Règlement européen sur l'insolvabilité: l'inscription à l'annexe B (procédures secondaires) du redressement judiciaire permettrait de lutter contre le forum shopping», *Petites affiches*, 394e année, n° 247, 2005, p. 3; M. DE CRISTOFARO, «Forum shopping and insolvency of groups of companies in the European insolvency regulation», en R. STÜRNER/M. KAWANO (EDS.), *Cross border insolvency, intellectual property litigation, arbitration and ordre public*, Tübingen, Siebeck, 2011, pp. 39-62; R. DAMMANN, «Droit européen des procédures d'insolvabilité: problématique des conflits de juridictions et de forum shopping», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier, 181e année, n° 26, 2005, pp. 1779-1786; R. DAMMANN/A. RAPP, «La Cour de cassation sanctionne le forum shopping frauduleux et précise la notion d'ordre public du règlement communautaire n° 1346/2000», *Recueil Dalloz*, 187e année, n° 25, 2011, pp. 1738-1743; J.C.R. HENEWEER, *Das Forum Shopping einer GmbH unter der deutschen Insolvenzordnung und der Europäischen Insolvenzverordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2010; F. JACOBY, «Der Ordre public-Vorbehalt beim Forum Shopping im Insolvenzrecht», *GPR*, 4, 4, 2007, pp. 200-206; G. MCCORMACK, «Jurisdictional competition and forum shopping in insolvency proceedings», *The Cambridge Law Journal*, 68, 1, 2009, pp. 169-197; T. MONTÉLAN, «La tentation du 'forum shopping': les critères de territorialité appliqués aux groupes de sociétés dans le règlement européen du 29 mai 2000», *Gazette du Palais*, 2007, doctrine, pp. 3165-3175; P.M. REUSS, «Forum Shopping in der Insolvenz: missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten», Tübingen, Mohr Siebeck, 2011; W.-G. RINGE, «Forum shopping under the EU insolvency regulation», *European Business Organization Law Review*, 9, 4, 2008, pp. 579-620; C. RUMBERG, «Entwicklungen der 'Rescue Culture' im englischen Insolvenzrecht: neue Gründe für ein 'Forum Shopping' in Insolvenzverfahren», *RIW*, 56, 6, 2010, pp. 358-367; M. SZYDŁO, «Prevention of forum shopping in European insolvency law», *European Business Organization Law Review*, 11, 2, 2010, pp. 253-272; M.-P. WELLER, «Forum Shopping im internationalen Insolvenzrecht?», *IPRax*, 24, 5, 2004, pp. 412-417.

<sup>25</sup> STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil Srl*, FD 49; Sent. Supreme Court Ireland 27 julio 2004, *RDIPP*, 2005, pp. 209-230 (insolvencia en Irlanda)..

Al ser un foro objetivo y perceptible por terceros, se protege la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del tribunal competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. Es decir, los acreedores del deudor insolvente deben haber tenido la oportunidad de identificar fácilmente dicho lugar, lo que se verifica cuando tal lugar de administración habitual del deudor ha sido objeto de publicidad o resulta transparente para tales terceros y en particular para los acreedores de dicha sociedad. En las relaciones patrimoniales es relevante el modo en el que el deudor aparece en el mercado, el modo en el que se presenta frente a terceros.

**22.** El carácter objetivo y perceptible por terceros del «centro de intereses principales» del deudor insolvente permite que los terceros puedan «*calcular los riesgos que asumen en caso de insolvencia del deudor*» (Informe VIRGÓS / SCHMIT núm. 75). El «centro de intereses principales del deudor» garantiza que existe una conexión real entre las actividades del deudor y un determinado Estado miembro, que es el Estado miembro desde donde dicho deudor dirige la empresa y toma sus decisiones y «centraliza su gestión». En efecto, como expresa el citado Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 75, «*la insolvencia es un riesgo previsible. Así pues, resulta importante que la competencia internacional (que, como veremos, conlleva la aplicación de la legislación del correspondiente Estado contratante en materia de quiebra) se base en un lugar que conozcan los posibles acreedores del deudor. Esto permite calcular los riesgos jurídicos que habría que asumir en caso de insolvencia*».

Puede, por tanto, afirmarse, que este foro presenta un evidente «fundamento económico». Como explica M. VIRGÓS SORIANO, en los casos de insolvencia internacional, el foro de competencia judicial internacional debe jugar «contra» el sujeto que crea el «riesgo de internacionalidad» o que «internacionaliza» la relación jurídico-privada<sup>26</sup>. Pues bien, en los casos de insolvencia internacional, son los acreedores los que, al relacionarse con el deudor, asumen un riesgo colectivo de «desastre económico global» del deudor radicado en otro Estado miembro. Por ello, es justo que el procedimiento principal de insolvencia se ventile ante los tribunales o autoridades del Estado donde radica el «centro de intereses principales del deudor». Todo acreedor que se relaciona con un deudor asume ese riesgo, el riesgo de tener que acudir como acreedor ante un procedimiento de insolvencia que se abre en el Estado miembro donde el deudor tiene su centro de intereses principales. Todo acreedor debe ser consciente de ello.

### C) Traslado internacional del centro de los intereses principales del deudor colectivo insolvente y aplicación del Reglamento 1346/2000

**23.** El art. 3.1 R. 1346/2000 nada indica sobre la identificación del «centro de intereses principales» del deudor en el caso de que éste traslade la «sede de la empresa» de un Estado a otro. El precepto no especifica si debe preferirse el Estado donde tuvo en un primer momento su «centro de intereses principales» o el Estado donde posteriormente se localiza tal «centro de intereses principales». Para desentrañar la cuestión, deben tenerse presentes varios datos.

1º) Debe arrancarse de una idea básica de Derecho europeo: la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE. En efecto, el Derecho de la UE permite el traslado de «sede de dirección» de la persona jurídica y de la persona física de un Estado miembro a otro Estado miembro. En consecuencia, las normas «de producción interna» de cada Estado miembro no pueden perjudicar tal «derecho de traslado intraeuropeo de la sede de la empresa»<sup>27</sup>. Por lo tanto, la empresa insolvente deudora tiene

<sup>26</sup> M. VIRGÓS SORIANO, «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25, march 1998, Kluwer, pp. 1-66.

<sup>27</sup> STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, *Rec.*, p. I-01459; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, C-208/00, *Rec.*, p. I-09919; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *Rec.*, p. I-10155. *Vid.*, *ad ex.*, T. BALLARINO, «From Centros to Überseering. EC Right of Establishment and the Conflict of Laws», *Yearbook of Private International Law*, 2002, pp. 203-216; *Id.*, «Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie», *Rivista delle società*, 2003, pp. 669-698; *Id.*, «Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes», *RCDIP*, 2003, pp. 373-402; P. BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, pp. 323-331; *Id.*, «Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art», *IPRax*, 2004, pp. 20-26; H. BUNBERT, «Konsequenzen der

derecho a fijar un «nuevo Estado miembro» como lugar de su «centro de intereses principales» o «sede de dirección». Los acreedores del deudor deben asumir dicho riesgo, el riesgo de la movilidad empresarial en la UE. Todo movimiento, de un Estado miembro a otro, del «centro de intereses principales del deudor» es legítimo, válido y constituye un derecho subjetivo de toda empresa.

2º) En sintonía con lo anterior, el «centro de intereses principales del deudor» debe concretarse en el «momento de presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia». Se trata de una solución paralela a la recogida en el art. 2 R. 44/2001, en cuyo contexto el «domicilio del demandado» se concreta en el momento de «presentación de la demanda», ni antes ni después. En este sentido se ha pronunciado el TJUE<sup>28</sup>. También las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros siguen la solución consistente en concretar el centro de intereses principales del deudor en el «momento de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia» incluso si, tras dicha presentación, el deudor ha cambiado a otro país el centro de sus intereses principales<sup>29</sup>.

**24.** La solución sugerida comporta un cierto sacrificio para los acreedores, pues puede suceder, por ejemplo, que tales acreedores contrataran con un deudor con sede de dirección en Alemania pero que pos-

---

Centros-Entscheidung des EuGH für die Sitzanknüpfung des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts», *DB*, 1999, pp. 1841-1844; R.M. BUXBAUM, «Back to the Future? From ‘Centros’ to the ‘Überlagerungstheorie’», en *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 149-163; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100; J.C. CASCANTE, «Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Goodbye ‘Daily Mail’?», *RIW*, 1999, pp. 450-451; W.F. EBKE, «Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH», *JZ*, 1999, pp. 656-661; ID., «Centros - Some Realities and Some Mysteries», *Am.J.Comp.L.*, 2001, pp. 623-660; ID., «Überseering und Inspire Art: Die Revolution im Internationalen Gesellschaftsrecht und ihre Folgen», en *Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode*, 2005, pp. 593-613; U. FORSTHOFF, «Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: Eine Bilanz», *EuR*, 2000, pp. 167-196; R. FREITAG, «Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht», *EuZW*, 1999, pp. 267-270; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Tratado CE y la sitztheorie: el TJCE considera - por fin - que son incompatibles», *REDI*, 1999, pp. 295-298; ID., «La sentencia ‘Centros’: el status quaestionis un año después», *Not.UE*, 2001, n° 195, pp. 79-95; ID., «La sentencia ‘Überseering’ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», *RDM*, 2003, pp. 663-682; M. GESTRI, «Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso ‘Centros’», *RDI*, 2000, pp. 71-112; C. KIRCHNER/R.W. PAINTER/W.A. KAAL, «Regulatory Competition in EU Corporate Law after ‘Inspire Art’: Unbundling Delaware’s Product for Europe», *European Company and Financial Law Review*, 2, 2, 2005, pp. 159-206; H. KUSSMAUL/L. RICHTER/C. RUINER, «Grenzenlose Mobilität?! – Zum Zuzug und Wegzug von Gesellschaften in Europa», *EWS*, 2009, pp. 1-10; S. LEIBLE, «Wie inspiriert ist ‘Inspire Art’?», *EuZW*, 2003, pp. 677-683; F. MARTÍNEZ RIVAS, «Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso ‘Daily Mail’ al caso ‘Cartesio’. Veinte años no son nada», *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 132-142; H. MUIR WATT, *RCDIP*, 2004, pp. 173-184; F. MUNARI/P. TERRILE, «The Centros Case and the Rise of and EC Market for Corporate Law», *Il diritto dell’Unione Europea*, 2001, pp. 1-38; P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford, Oxford Univ. Press., 2012; A. PERRONE, «Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul ‘caso Centros’», *Rivista delle società*, 2001, pp. 1292-1307; G.H. ROTH, «Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH», *EuZW*, 2010, pp. 607-611; D. SANCHO VILLA, «La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd», *La Ley*, vol. 6, 1999, pp. 1851-1860; O. SANDROCK, «Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie», *BB*, 1999, pp. 1337-1345; ID., «Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht», *EWS*, 2005, pp. 529-538; K. SCHMIDT, «Verlust der Mitte durch ‘Inspire Art’? - Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckreaktionen der Literatur», *ZHR*, 2004, pp. 493-502; H.J. SONNENBERGER/H. GROSSERICHTER, «Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit», *RIW*, 1999, pp. 721-732; E. STEINDORFF, «Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung», *JZ*, 1999, pp. 1140-1143; N. TRAVERS, «The Right of Establishment of Companies which are Economically Inactive in their Member State of Registration», *Commercial Law Practitioner*, 1999, pp. 159-166; P. ULMER, «Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Aulandssitz», *JZ*, 1999, pp. 662-665; M.-P. WELLER, «Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung», *IPRax*, 2003, pp. 207-210; R. WULF-HENNING, «From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International law, and Community law», *Int.Comp.L.Q.*, 2003, pp. 177-208; D. ZIMMER, «Mysterium ‘Centros’: von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes», *ZHR*, 2000, pp. 23-42.

<sup>28</sup> STJUE 17 enero 2006, as. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, FD 29: «el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor en el momento en que éste presenta la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia sigue siendo competente para incoar dicho procedimiento cuando el deudor traslade el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado tal solicitud, pero antes de la apertura del procedimiento», y STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil*, FD 55.

<sup>29</sup> Sent. Bundesgerichtshoff Alemania 9 febrero 2006; Sent. Bundesgerichtshoff Alemania 2 marzo 2006.

teriormente traslada su sede de dirección a Portugal. En dicho caso son competentes para abrir el procedimiento de insolvencia las autoridades portuguesas y no las alemanas. Pero la regla proporcionada es justa, pues no es posible «vetar» todo cambio de sede de dirección de la empresa, ya que dicho cambio está garantizado por el Derecho de la UE. Las consecuencias prácticas de esta «regla temporal» son importantes.

1º) *Insolvencia solicitada tras el cambio de sede de dirección del deudor.* En el caso de procedimientos de insolvencia instados después de haberse producido un cambio de sede de dirección del deudor insolvente, resulta que los tribunales del nuevo Estado miembro donde se localiza el nuevo centro de intereses principales del deudor son los competentes para abrir el procedimiento principal de insolvencia. Todo ello sin perjuicio de que pudiera probarse que el centro de los intereses principales del deudor no ha cambiado con el traslado del domicilio social<sup>30</sup>. Los Estados miembros en los que, antes del momento de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor tenía su «centro de intereses principales», son, realmente, irrelevantes a efectos del art. 3.1 R. 1346/2000.

2º) *Insolvencia solicitada antes del cambio de sede de dirección del deudor.* Los Estados miembros a los que el deudor traslade su «sede de dirección» en un momento posterior a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, son también, irrelevantes a efectos del art. 3.1 R. 1346/2000. Este problema particular ha sido objeto de la STJUE 17 enero 2006, as. C-1/04, *Staubitz-Schreiber, Rec.*, p. I-0701<sup>31</sup>. En dicho caso, una empresa individual de comercio de aparatos de telecomunicaciones y accesorios con sede en Alemania dejó de explotar esta empresa y en diciembre 2001, solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio ante el *Amtsgericht-Insolvenzgericht* de Wuppertal. No obstante, el 1 abril 2002, la titular de la empresa trasladó su residencia a España, para vivir y trabajar allí. En consecuencia, dicho traslado tuvo lugar después de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia pero antes de que la autoridad concursal declarase la apertura del tal procedimiento. Pues bien el TJUE indicó que transferir la competencia del órgano jurisdiccional al que inicialmente se ha dirigido la petición a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en esta circunstancia sería contrario a los objetivos que persigue el Reglamento 1346/2000 y ello por varios motivos<sup>32</sup>: (a) La transferencia de competencia en favor de las autoridades concursales del Estado miembro de la nueva sede social del deudor insolvente comportaría «incentivos» para que las partes procedieran a «transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable». Ello potenciaría el *Forum Shopping*, lo que resulta contrario a los objetivos del Reglamento 1346/2000; (b) Esta transferencia de competencia internacional concursal sería igualmente contraria al objetivo de un funcionamiento más eficaz y efectivo de los procedimientos transfronterizos, pues obligaría a los acreedores «a perseguir en cada momento al deudor allí donde tuviera a bien establecerse con carácter más o menos definitivo y, en la práctica, podría traducirse a menudo en una prolongación del procedimiento»; (c) El mantenimiento de la competencia internacional del primer órgano jurisdiccional al que se ha dirigido la petición de apertura del procedimiento de insolvencia garantiza «una mayor seguridad jurídica para los acreedores que han evaluado los riesgos que habrían de asumirse en caso de insolvencia del deudor en función del lugar del centro de los intereses principales de éste en el momento en que establecían una relación jurídica con él».

<sup>30</sup> STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil Srl*, FD 56.

<sup>31</sup> Caso comentado por B. BRENNER, «EuInsVO Art. 3, 48 - Zuständigkeit des Insolvenzgerichts auch bei COMI-Verlegung des Schuldners zwischen Antragstellung und Insolvenzeröffnung ('Susanne Staubitz-Schreiber')», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, pp. 1646-1648; L. CARBALLO PIÑEIRO, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2006, pp. 497-501; R. DAMMANN, «L'application du règlement CE n° 1346-2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE», *Recueil Le Dalloz*, 2006, Jur., pp. 1752-1760; B. HESS/B. LAUKEMANN, *JZ*, 2006, pp. 671-673; J.-M. JUDE, *RCDIP*, 2006, pp. 683-691; F. KAUFF-GAZIN/L. IDOT, «Centre des intérêts principaux du débiteur», *Europe*, 2006 Mars, Comm. n° 99, p. 28; P. KINDLER, «Sitzverlegung und internationale Insolvenzrecht», *IPRax*, 2006, pp. 114-116; M.-A. LAFORTUNE, «L'ouverture et la reconnaissance d'une procédure principale d'insolvabilité fondée sur le règlement communautaire du 29 mai 2000», *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2007, n° 62, pp. 4-6; F. MÉLIN, *Gazette du Palais*, 2006, n° 120-124, I, Jur., p. 19; M. MONTANARI, «La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza», *Int'l Lis*, 2006-2007, pp. 20-25; J.-P. SORTAIS, «Entreprises en difficulté», *Revue de jurisprudence commerciale*, 2006, pp. 245-246; J.-L. VALLENS, «Le règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité et le déménagement du débiteur», *Revue des sociétés*, 2006, pp. 351-360; T. VOGL, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2006, pp. 141-142; B. VOLDERS/V. RÉTORNAZ, *JDI Clunet*, 2006, pp. 654-661; A. WITTEW, «Die erste EuGH-Entscheidung zur EuInsVO - perpetuatio fori beim Insolvenzeröffnungsgericht», *European Law Reporter*, 2006, p. 91.

<sup>32</sup> STJUE 17 enero 2006, as. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, FD 24-27.



3º) *Cambio de sede social y falso cambio de sede de dirección del deudor*. El mero cambio de «sede social» del deudor de un Estado miembro a otro Estado miembro no implica un cambio automático de Estado miembro en el que se localiza el «centro de intereses principales» del deudor. Sólo el cambio de «sede de dirección» es relevante. En efecto, el art. 3.1 R. 1346/2000 recoge un criterio material o sustancial (= el lugar desde donde se dirige una empresa) y no un criterio meramente formal o administrativo (= el lugar donde está inscrita la empresa o donde ha fijado su domicilio según sus estatutos). En este sentido se ha pronunciado claramente la jurisprudencia, con el objetivo, evidente, de evitar «fugas nominales» de sociedades ante insolvencias inminentes, caso en los que las sociedades sólo trasladan la «dirección formal» de la sociedad a un segundo Estado miembro y conservan la gestión material de su actividad en el primer Estado miembro: (a) Decisión del *Gerechsthof te Amsterdam* de 17 julio 2003<sup>33</sup>. El traslado de la sede social del deudor desde Holanda a Francia, un año antes de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, no implica «automáticamente» un cambio de «centro de intereses principales» del deudor. De hecho, en el momento de de presentación de tal solicitud, las autoridades holandesas constataron que la empresa seguía siendo dirigida desde Holanda y desplegaba su actividad comercial en Holanda, por lo que las autoridades holandesas, y no las francesas, eran las autoridades con competencia internacional para abrir el procedimiento de insolvencia; (b) Sentencia *Tribunal du Commerce Bruxelles* de 8 diciembre 2003<sup>34</sup>. Los tribunales belgas conservan su competencia en materia concursal respecto de una sociedad que mantiene en todo momento su «centro de intereses principales» en Bélgica, aunque haya cambiado su «sede social» nominal a Francia; (c) Ordenanza Corte di Cassazione Italia 20 mayo 2005 (transferencia de «sede social», pero no de «centro de administración» de la sociedad desde Bari, Italia, a Londres, Reino Unido)<sup>35</sup> y Sent. Tribunale di Pistoia 14 diciembre 2005; (d) Sent. Corte Cass Italia 18 mayo 2009 (sociedad con sede en Italia que traslada su dicha sede a España pero no la actividad de dirección, administración y organización de dicha sociedad)<sup>36</sup>; (e) AJMerc Alicante 30 septiembre 2009 (matrimonio formado por dos ciudadanos alemanes que trasladan su domicilio administrativo a España y conservan su patrimonio en Alemania): el traslado de su domicilio fue puramente nominal, de modo que se realizó con el solo objetivo de evitar la apertura del concurso en Alemania, ya que los sujetos nunca desarrollaron actividad alguna en España.

**25.** Surge un interesante problema en el supuesto de una sociedad con sede social en un Estado miembro, pero dirigida desde otro Estado miembro distinto, donde radica la sede de su sociedad madre, que domina el capital social de la sociedad filial. En ese caso, se pregunta la doctrina si podría estimarse que dicha sociedad filial tiene un «establecimiento» en el Estado miembro donde radica su sede estatutaria, a pesar de ser dirigida desde otro Estado miembro. Ello permitiría abrir un procedimiento secundario y territorial de insolvencia en el Estado miembro donde radica la «sede social» nominal de la empresa filial. Pues bien, debe estimarse que la mera existencia de la sede social de una empresa en un Estado miembro determinado no asegura, de modo matemático, que tal empresa tenga un «establecimiento» en dicho país que permitiría abrir un procedimiento secundario de insolvencia. Para que ello fuera posible, debe acreditarse que existe, en el país de la sede social de la sociedad filial, un «*lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes*», como exige el art. 2.h R. 1346/2000. Un ejemplo puede resultar útil para aclarar este supuesto. Una decisión de tribunales ingleses de 16 octubre 2002, citada por PH. HAMEAU / M. RAIMON, se refirió a la insolvencia de una sociedad registrada en Suecia, donde tenía su domicilio social y su «centro de intereses principales»<sup>37</sup>. Se intentó abrir la insolvencia de dicha sociedad en Inglaterra, pues los acreedores argumentaron que existía una filial de la sociedad sueca en Inglaterra, lo que era cierto. Pues bien, los tribunales ingleses estimaron, correctamente, que la filial inglesa de esta sociedad sueca no era un

<sup>33</sup> RDPPC, 2004, núm.1, p. 421.

<sup>34</sup> RDPPC, 2004, núm.1, p. 421.

<sup>35</sup> RDIPP, 2006, pp. 432-435.

<sup>36</sup> RDIPP, 2010, pp. 125-128.

<sup>37</sup> H. HAMEAU / M. RAIMON, «Les faillites internationales. Approche européenne», *IBJL*, 2003-6, pp. 645-665.

«establecimiento» de la misma a efectos de abrir un procedimiento territorial y secundario en Inglaterra. La sociedad estaba domiciliada en Suecia, donde radicaba su «centro de intereses principales» y su filial en Inglaterra era puramente formal y aparente, pues no desarrollaba actividad económica alguna. En este caso, domicilio social y «centro de intereses principales» del deudor insolvente coincidían. Por ello, los tribunales ingleses no eran internacionalmente competentes para abrir un procedimiento de insolvencia, ni principal, ni secundario. Sólo las autoridades suecas, correspondientes al lugar del domicilio social de la sociedad, eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia de la empresa en cuestión.

#### **D) Precisión del lugar donde radica el centro de intereses principales del deudor y el caso de la «sociedad fantasma»**

**26.** Para ayudar a los operadores jurídicos a concretar el Estado miembro en el que el deudor lleva a cabo la administración de sus intereses («sede de dirección»), el Reglamento 1346/2000 opera a través de dos herramientas jurídicas.

Primero: se enuncia el «*Approach* de DIPr.» y se llena de contenido la expresión «centro de intereses principales del deudor», en el sentido apuntado. Dicho «centro es la «sede de dirección» en el sentido germano de la noción, esto es, corresponde al lugar desde donde el deudor dirige su unidad económica.

Segundo: se utiliza una serie de «presunciones» que ayudan al operador jurídico a localizar el país desde donde se dirige el operador económico. El art. 3.1 *in fine* R. 1346/2000, en efecto, afirma: «*respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social*». El foro retenido, esto es, el «centro de los intereses principales del deudor» se identifica, salvo prueba en contrario, con el «domicilio estatutario», con el domicilio que consta en los estatutos de la empresa persona jurídica.

**27.** El papel de las presunciones es clave en el art. 3.1 R. 12346/2000. Varios aspectos deben subrayarse al respecto.

1º) *Concepto de «domicilio social»*. «Domicilio social» equivale a «sede estatutaria de la sociedad». Es la sede que aparece en los estatutos sociales de la persona jurídica. Ello surge claramente de otras versiones lingüísticas del Reglamento 1346/2000: «*lieu du siège statutaire*» / «*il luogo in cui si trova la sede statutaria*» / «*o local da respectiva sede estatutária*» / «*der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist*». El concepto de «domicilio social» = «domicilio estatutario» es propio y autónomo del Reglamento 1346/2000. Esta presunción no es, en absoluto, un capricho del legislador. Suele ser muy útil, porque la sociedad se dirige, normalmente, desde el país donde radica su «domicilio social».

2º) *La «concesión francesa» frente al «sistema alemán»*. La presunción en favor de la «sede estatutaria» de la persona jurídica es una concesión al sistema francés de DIPr. concursal. En efecto, en el tradicional DIPr. francés, el foro retenido para declarar la insolvencia era la «sede estatutaria de la persona jurídica» (*siège social statutaire*) (D. BUREAU)<sup>38</sup>. De ese modo, el sistema acogido por el Reglamento 1346 es el tradicional «sistema alemán», pero se concreta mediante una serie de presunciones jurídicas (*Praesumptiones iuris*) tomadas del tradicional Derecho concursal francés. El Derecho concursal de la UE sigue el «sistema alemán» pero se precisa y se afina con arreglo a «pautas francesas». Alemania ha impuesto su sistema concursal internacional a Europa. Francia sólo ha conseguido que Europa siga sus criterios pero no como «sistema general», sino como meras «precisiones instrumentales» del sistema alemán/europeo, y en forma de «presunciones jurídicas».

4º) *Las presunciones como «dosis de seguridad jurídica»*. El «sistema de presunciones» aporta al «sistema del *Approach*» la seguridad jurídica necesaria pero dentro de la flexibilidad que este último sistema requiere. Así, en un primer estadio, el operador jurídico concretará el «centro de intereses principales» del deudor en un Estado miembro y lo hará de manera automática: dicho lugar se halla, en efecto, en el Estado donde el deudor tiene su sede estatutaria, domicilio profesional o residencia habitual. No

<sup>38</sup> D. BUREAU, «La fin d'un îlot de résistance, Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *RCDIP*, 2002, pp. 613-679.

obstante, el «automatismo» de la primera regla «francesa» se flexibiliza con un «escape de la presunción» para que se respete el criterio básico del sistema del Reglamento 1346/2000, que es el sistema alemán. En efecto, cualquier interesado puede probar ante el juez que la empresa o unidad económica es dirigida, realmente, desde otro Estado que no corresponde al Estado de donde el deudor tiene su sede estatutaria, domicilio profesional o residencia habitual. Si convence de ello al juez, la presunción decae, pues para eso es una presunción *juris tantum*, y habrá que fijar la «sede de dirección» de la unidad económica mediante otros criterios no rígidos que permitan, en su caso, probar que existe otro país desde el que se dirige, verdaderamente, la unidad económica del deudor común insolvente.

5º) *Fundamento económico de las presunciones*. La presunción recogida en el art. 3 R. 1346/2000 no es un capricho del legislador europeo. En efecto, en la mayoría de los casos relativos a personas jurídicas, el deudor dirige su empresa desde el país donde ésta tiene su sede social. De este modo, y en estos casos, la presunción respeta escrupulosamente el principio fundamental del Reglamento 1346/2000, esto es, que son competentes para abrir un procedimiento de insolvencia las autoridades del Estado miembro donde la sociedad tiene su centro de intereses principales.

6º) *Sociedad fuertemente plurilocalizada*. En caso de que la insolvencia de la sociedad aparezca muy plurilocalizada y no se pueda resolver la «duda» de en qué país radica el «centro de los intereses principales del deudor», la presunción debe operar.

**28.** Las presunciones recogidas en el art. 3.1 *in fine* R. 1346/2000 son presunciones *juris tantum*, pues el mismo precepto admite «prueba en contrario». Esta presunción *juris tantum* opera siempre y cuando no se demuestre que la ecuación «país de domicilio social = país de centro de los intereses principales del deudor» falla en un caso concreto (J.L. VALLENS)<sup>39</sup>. Debe subrayarse que el mismo precepto admite «prueba en contrario»<sup>40</sup>. Pero hay que probarlo. Ello no es imposible ni disparatado. Varios supuestos deben distinguirse.

1º) *Supuestos en los que es preciso enervar la presunción. La «sociedad fantasma»*. En ciertos casos, la presunción debe ser rechazada y enervada. En efecto, la presunción está al servicio de la conexión principal. No la puede traicionar. De ese modo, si la presunción conduce a localizar al deudor en un Estado en el que no radica, realmente, la dirección de sus intereses económicos, la presunción debe descartarse. Como ha indicado el TJUE, la presunción opera de manera fuerte y estricta<sup>41</sup>. En efecto,

<sup>39</sup> J.L. VALLENS, «Procédures d'insolvabilité: présentation du règlement communautaire», *Lamy droit commercial*, núm.125, août-septembre 2000, pp. 2 ss.

<sup>40</sup> STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 35; STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil*, FD 51; Sent. T. Com. Nanterre 15 febrero 2006 (*Dalloz*, 2006, p. 793).

<sup>41</sup> STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood, Rec.*, p. I-03813, FD 34-35 y 37, caso comentado por A. ADELIN, «Les créanciers en matière de faillite internationale: information/déclaration de créances/recouvrement (Quelques enseignements des affaires Isa-Daisytek et Rover)», *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2007, n° 52, pp. 9-15; M. AMORES CONRADI, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Sentencia de 2 de mayo de 2006, Asunto C-341/04, Eurofood IFSC Ltd.», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, pp. 1199-1205; J. ARMOUR, «European Cross-Border Insolvencies: The Race goes to the Swiftest?», *The Cambridge Law Journal*, 2006, pp. 505-507; L. BACCAGLINI, «Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera», *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 123-129; T. BACHNER, «The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law», *European Company and Financial Law Review*, vol. 3, n° 3, 2006, pp. 310-329; S. BARIATTI, «Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood», *Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 203-219; A.J. BERENDS, «The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which One is the Real One?», *NILR*, 2006, pp. 331-361; Y. CHAPUT, «Centre des intérêts principaux et catégories juridiques de l'insolvabilité des entreprises (à propos de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006)», *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, n° 6, pp. 26-32; R. DAMMANN, «L'application du règlement CE no 1346-2000 après les arrêts Staubitz-Schreiber et Eurofood de la CJCE», *Recueil Le Dalloz*, 2006, Jur., pp. 1752-1760; H.-C. DUURSMAN-KEPPLINGER, «Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren - Erkenntnisse aus Staubitz-Schreiber und Eurofood», *ZIP*, 2007, pp. 896-903; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Procedimientos de insolvencia incompatibles en el espacio europeo (Estudio de la sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/2004, Eurofood IFSC)», *La Ley*, 2006, n° 6516, pp. 1-12; ID., «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2006, pp. 501-504; E. FABRIES, «Droit international et européen. Groupes de sociétés et procédure d'insolvabilité», *La Semaine juridique - édition générale*, 2006, I, 157, pp. 1392-1393; R. FREITAG/S. LEIBL, «Justizkonflikte im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht und (k)ein Ende?», *RIW*, 2006, pp. 641-651; L. FUMAGALLI, «Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione», *Giurisprudenza commerciale*, 2007, pp. 324-338; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, «Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia», *Revista de*

con arreglo a los criterios citados, sólo en casos muy evidentes se puede escapar de la misma. El caso empleado como ejemplo por el TJUE es el caso de la «sociedad fantasma». La presunción sólo puede desvirtuarse en el caso de «... una sociedad «fantasma» que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social...». Basta, por tanto, *a contrario sensu*, con que la sociedad desarrolle alguna «actividad» en el Estado miembro donde tiene su sede social para que la presunción no pueda descartarse. El TJUE subraya que «la presunción *iuris tantum* (...) en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social». Al emplear el adverbio «sólo», deja claro el TJUE que la posibilidad de enervar la presunción es muy remota y que procede exclusivamente en casos muy concretos y patentes. Casos en los que la sociedad no despliega ninguna actividad en el Estado miembro donde tiene su sede social. El TJUE ni siquiera ha hecho referencia a que esa actividad deba ser una «actividad de dirección» o una «actividad propia» de la sociedad. Parece, por tanto, que, para el TJUE, una mínima actividad de la sociedad, sea de la naturaleza que sea, en el país donde la sociedad dispone de su sede social, impide toda desactivación de la presunción. En este sentido estricto en favor de una presunción muy fuerte se han pronunciado también diversas jurisdicciones nacionales<sup>42</sup>. Un ejemplo puede resultar útil: una sociedad insolvente dispone de su sede social en la Isla de Jersey. Su capital social está en manos de accionistas belgas. Los miembros del consejo de administración son todos ellos belgas y se reúnen en Bélgica. La sociedad fijó su sede social en Jersey por motivos puramente fiscales. En Jersey no se desarrolla actividad alguna propia de la sociedad. El «centro de intereses principales del deudor» no está en la Isla de Jersey, sino en Bélgica, país desde donde se dirige la sociedad.

2º) *Supuestos en los que no es posible descartar la presunción.* En otros casos, la operatividad de la presunción y la imposibilidad de enervarla, es también evidente. Para ello debe procederse a una

---

*Derecho Comunitario Europeo*, 2007, pp. 125-143; G. GIBBONS/M. O'RIORDAN, «Eurofood IFSC Limited. Judicial Clarification of Insolvency Regulation 1346/2000», *The Bar Review*, 2006, vol. 12, pp. 111-116; E. GRIER, «Eurofood IFSC Ltd - An end to forum shopping?», *Commercial Law Practitioner*, 2006, pp. 161-168; C. HERWEG/H. TSCHAUNER, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 973-974; B. HESS/B. LAUKEMANN/C. SEAGON, «Europäisches Insolvenzrecht nach Eurofood: Methodische Standortbestimmung und praktische Schlussfolgerungen», *IPRax*, 2007, pp. 89-98; L. IDOT, «Détermination de la juridiction compétente pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale d'une filiale d'un groupe», *Europe*, 2006 Juillet, Comm. n° 230, pp. 31-32; G. KHAIRALLAH, *JDI Clunet*, 2007, pp. 156-163; ID., «The 'Centre of the Debtor's Main Interests': Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ», en *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, vol. 11, 2009, pp. 111-122; B. KNOF/S. MOCK, «EuInsVO Art. 3, 16 - Zur Anerkennung der Insolvenzeröffnung in einem anderen EU-Mitgliedstaat ('Eurofood')», *ZIP*, 2006, pp. 911-915; M.-A. LAFORTUNE, «L'ouverture et la reconnaissance d'une procédure principale d'insolvabilité fondée sur le règlement communautaire du 29 mai 2000», *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, 2007, n° 62, pp. 4-6; A. LIENHARD, «Centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe», *Recueil Le Dalloz*, 2006, Act. Jur., 1286-1287; P. MANKOWSKI, «Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?», *BB*, 2006, pp. 1753-1759; M. MENJUCQ, «Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe», *La Semaine juridique - édition générale*, 2006, II, 10089, pp. 1128-1130; F.M. MUCCIARELLI, «Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi», *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, pp. 1224-1233; K. PANNEN/S. RIEDEMANN, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2005, pp. 725-726; J.-P. RÉMERY, «L'application à une filiale du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité», *Revue des sociétés*, 2006, pp. 371-381; I. SAENGER/U. KLOCKENBRINK, «Anerkennungsfragen im internationalen Insolvenzrecht gelöst?», *EuZW*, 2006, pp. 363-367; J. SCHMIDT, «Eurofood - Eine Leitentscheidung und ihre Rezeption in Europa und den USA», *ZIP*, 2007, pp. 405-410; C. SERAGLINI, «L'ordre public et la faillite internationale: une première application dans le cadre de l'affaire Eurofood», en *Faillite internationale et conflits de juridictions: regards croisés transatlantiques = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2007, pp. 171-196; C. THOLE, «Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen - Das COMI-Prinzip zwischen mind-of-management, head office functions und Gläubigerperspektiven», *ZEuP*, 2007, pp. 1140-1151; J.L. VALLENS, «Le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité à l'épreuve des groupes de sociétés: l'arbitrage de la CJCE», *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2006, pp. 1220-1227; M. VIEUX, *Rev.aff.eur.*, 2006, pp. 333-340; M.M. WINKLER, «Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood», *Int'l Lis*, 2006-2007, pp. 15-20; R. WITTMANN, «Internationale Zuständigkeit bei Insolvenz einer Tochtergesellschaft», *Ecolex*, 2006, pp. 833-834; A. WITTWER, «Zuständigkeit, Anerkennung und ordre public im internationalen Insolvenzrecht - ein wegweisendes Urteil», *European Law Reporter*, 2006, pp. 221-224.

<sup>42</sup> Sent. Tribunal Distrito Amsterdam Sec. Civil 31 enero 2007 (sociedad holandesa filial de sociedad taiwanesa, que a su vez tiene filiales alemanas), sent. *Amtsgericht Weilheim im OB* 22 junio 2005 (concurso de sociedad con sede social pero meramente formal en Dublín y con centro principal de intereses en Alemania), sent. Tribunal d'arrondissement de Luxemburgo 15 abril 2005 /procedimiento de insolvencia de sociedad con sede social en Francia y con sucursal en Luxemburgo, donde se lleva a cabo toda la actividad de la sociedad).

consideración de conjunto de «factores objetivos», esto es, comprobables por terceros, que permita determinar que el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y de la administración de sus intereses está ubicado en ese otro Estado miembro. Es conveniente citar ciertos casos dudosos en los que la presunción debe operar y no puede ser descartada.

(I) *Existencia de bienes inmuebles y de contratos en otro Estado miembro.* La mera existencia de bienes inmuebles propiedad de la sociedad deudora y arrendados a terceros, en un Estado miembro distinto a aquél donde tal deudora tiene su domicilio social, y la existencia y celebración de ese otro Estado miembro distinto, de contratos celebrado con una entidad financiera son, en efecto, «factores objetivos», comprobables por terceros. Sin embargo, tales factores, en una consideración de conjunto, no permiten revelar que el centro efectivo de dirección y control de la sociedad y de la administración de sus intereses está ubicado en ese otro Estado miembro. En otras palabras: contratos vigentes en otros Estados miembros y existencia de bienes inmuebles en esos otros Estados miembros, no son suficientes para enervar la presunción recogida en el art. 3 R. 1346/2000<sup>43</sup>. En esta línea, puede afirmarse que el hecho de que una sociedad con sede estatutaria en un Estado miembro posea un inmueble en Italia, único bien apto para satisfacer a los acreedores, no constituye un elemento apropiado para atribuir competencia internacional a los tribunales italianos *ex art.* 3.1 R. 1346/2000. Dicha insolvencia debe solicitarse ante los tribunales del Estado miembro donde la sociedad tiene su centro de intereses principales, que se presume que es el Estado miembro donde tiene su sede social, que estaba en Luxemburgo<sup>44</sup>.

(II) *Confusión de patrimonios entre varias personas.* La confusión de las cuentas bancarias y la confusión contable entre varias empresas, así como la existencia de relaciones financieras anormales entre las sociedades, como la organización deliberada de transferencias de activos sin contrapartida, son elementos objetivos, ciertamente, pero son difícilmente «verificables por terceros». Además, la confusión de los patrimonios entre varios deudores no implica necesariamente un centro de intereses principales único. En efecto, la confusión de patrimonios puede ser orquestada a partir de dos centros de dirección y de control situados en dos Estados miembros diferentes. En consecuencia, la mera confusión de los patrimonios de estas sociedades no es suficiente para demostrar que el centro de los intereses principales de las sociedades en cuestión se encuentre en el mismo Estado miembro<sup>45</sup>.

**29.** El art. 3 R. 1346/2000, curiosamente, no contiene «presunción» alguna expresamente diseñada para las «personas físicas». Para solventar la cuestión, es preciso distinguir diversos supuestos<sup>46</sup>:

1º) Para las personas físicas que sean «profesionales», debe presumirse que su «sede de dirección» se encuentra en el «lugar del domicilio profesional» o «centro empresarial o profesional»<sup>47</sup>.

2º) Para las personas físicas que no sean profesionales, esto es, para las «personas físicas en general», deberá presumirse que su «sede de dirección» radica en el país donde tienen su «lugar habitual de residencia». En efecto, ha de entenderse que la persona física gestiona su patrimonio desde su residencia habitual<sup>48</sup>.

3º) Es posible escapar a la presunción en favor de la residencia habitual del profesional persona física: (a) Así, la sent. *Hoge Raad* (Holanda) 9 enero 2004 indica que son competentes para abrir un procedimiento de insolvencia en relación con una persona física, las autoridades del Estado miembro (Holanda) desde el cuál el sujeto dirige sus actividades comerciales<sup>49</sup>. No incide para ello el hecho de que el sujeto disponga de residencia habitual en Bélgica. En efecto, la presunción en favor de la «residencia habitual» de la persona física profesional cede en favor de una localización *in casu* del «centro de intereses principales del deudor» en otro Estado miembro si dicha persona física no despliega actividad

<sup>43</sup> STJUE 20 octubre 2011, as. C-396/09, *Interedil*, FD 53.

<sup>44</sup> Ordinanza Corte di Cassazione Italia 28 enero 2005, n. 1734, *RDIPP*, 2005, pp. 450-453.

<sup>45</sup> STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 35-39.

<sup>46</sup> Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 75.

<sup>47</sup> AJMER Alicante 16 junio 2008 (competencia internacional para declarar el concurso de persona física).

<sup>48</sup> AJMER Alicante 16 junio 2008 (competencia internacional para declarar el concurso de persona física).

<sup>49</sup> *RDPPC*, 2004, núm. 1, p. 422.

empresarial alguna en el Estado miembro donde tiene su residencia habitual; (b) La Sent. Tribunal de apelación de Skane y Blekinge, Suecia, 17 junio 2003, subrayó que el deudor, persona física, disponía de un mero apartado postal en Londres pero dirigía realmente su empresa desde Suecia. En consecuencia, el tribunal declaró abierto el concurso en Suecia ex art. 3.1 R. 1346/2000.

4º) Para las herencias yacentes, la doctrina propone localizar el centro de sus intereses principales en el lugar donde radica el último domicilio del causante (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN)<sup>50</sup>.

**30.** Varios ejemplos pueden resultar útiles para calibrar el funcionamiento, en la jurisprudencia de los Estados miembros, de las presunciones recogidas en el art. 3.1 R. 1346/2000.

1º) Una decisión de la *Chancery Division* inglesa de fecha 4 julio 2002 se enfrentó con el caso de una sociedad española, *Enron Directo Sociedad Limitada*, que tenía su «sede social» en España. Sin embargo, los tribunales ingleses pudieron acreditar que el consejo de administración de dicha sociedad se reunía en Londres y que en esa ciudad se tomaban las «decisiones importantes» para la empresa, lo cual era conocido por los acreedores de la sociedad en cuestión. Resultado: los tribunales ingleses estimaron que el «centro de intereses principales del deudor» estaba en Inglaterra, y declararon la competencia de los jueces ingleses para conocer de la insolvencia de la empresa española (PH. HAMEAU / M. RAIMON).

2º) En otra decisión judicial inglesa de 16 octubre 2002, el caso fue fallado a la inversa. Se trataba de una sociedad registrada en Suecia, donde tenía su domicilio social y «centro de intereses principales». Pues bien, los tribunales ingleses estimaron, correctamente, que la filial inglesa de esta sociedad sueca no era un «establecimiento» de la misma a efectos de abrir un procedimiento territorial en Inglaterra.

3º) En una decisión de la *High Court (Chancery Division)* de 7 febrero 2003, los tribunales ingleses, en el caso *Brac Rent-a-car International Inc.*, se inició un procedimiento de insolvencia contra dicha sociedad, con sede social en el State de Delaware (USA)<sup>51</sup>. Pero los tribunales ingleses comprobaron que la actividad de la sociedad, sus activos y sus empleados estaban situados en Inglaterra, de manera que estimaron que el «centro de intereses principales del deudor» estaba en Inglaterra, a pesar de la existencia de una «sede social» en Delaware (USA). Los tribunales ingleses se declararon competentes para conocer de la insolvencia de dicha empresa en un procedimiento principal y universal de insolvencia. Este caso es muy interesante porque los tribunales ingleses utilizaron un sistema de *Grouping of Contacts* para acreditar el lugar de «centro de los intereses principales del deudor», sistema en el que «envolvieron», como un dato más, el hecho de que la «actividad de la sociedad» (= y hay que entender que la toma de decisiones de la misma forma parte de las «actividades de la sociedad»), se desarrollaba en Inglaterra y no en los Estados Unidos de América.

4º) La decisión de 16 mayo 2003 de la *High Court of Justice of Leeds*, caso *ISA-Daystek SAS*, se enfrentó con la insolvencia de tres sociedades alemanas y una sociedad francesa (*ISA Daisytek SAS*)<sup>52</sup>. Las cuatro sociedades eran, a su vez, filiales de una sociedad-madre norteamericana. El grupo de sociedades en Europa estaba compuesto, en total, por diecisiete sociedades y era dirigido desde Bradford. Pues bien, los tribunales ingleses iniciaron un procedimiento de insolvencia previsto en el Derecho inglés, -en concreto una *Administration Order*-, contra cada una de las cuatro sociedades, al estimar, con toda corrección, que las cuatro sociedades eran administradas y dirigidas desde Bradford (Inglaterra), aunque sus «sedes sociales» (= «sedes estatutarias») estaban en Alemania y Francia, como se ha dicho. Los jueces ingleses constataron, además, que los acreedores, -prestamistas, fundamentalmente-, de estas cuatro sociedades sabían que las decisiones relevantes para la marcha de la empresa, se tomaban en Inglaterra, ya que en Francia y Alemania, estas sociedades no tenían acreedores, sino sólo «clientes finales» de su productos. La decisión

<sup>50</sup> M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 41-51.

<sup>51</sup> *RDIPP*, 2004, pp. 767-773.

<sup>52</sup> C. BARBÉ, «Faillite internationale, règlement CE 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, groupe de sociétés, reconnaissance des décisions d'ouverture de procédures d'insolvabilité (High Court of Justice (Ch.D) Leeds District registry 16 May 2003): note», *Revue de droit commercial belge*, 8, 2004, pp. 813-819; C.G. PAULUS, «Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung: zugleich Besprechung High Court of Justice Leeds, Beschl. v. 16.5.2003, N° 861-876/03», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*, 24, 38, 2003, pp. 1725-1729.

de la *High Court of Leeds* se tomó teniendo en cuenta que la «fácil identificación por terceros» del centro de intereses principales del deudor» debía ser hecha en relación a los terceros que fueran acreedores de la sociedad en dificultades económicas. Y los acreedores eran ingleses domiciliados en Inglaterra, lo que tampoco es casual. Este caso ha sido objeto de la importante Sentencia de la *Cour d'appel de Versailles, 24<sup>e</sup> Chambre*, de 4 septiembre 2003<sup>53</sup>. La decisión citada ha venido a cerrar las heridas abiertas en la batalla legal que se libró para la elaboración del art. 3 R. 1346/2000. Los jueces franceses, en la decisión citada, reconocen que la competencia correspondía a los jueces ingleses y que la decisión inglesa de apertura de la *Administration Order* surte plenos efectos en toda la UE excepto Dinamarca, y por supuesto en Francia, sin necesidad de ninguna «formalidad» ni «medida de publicidad» (*vid.* art. 16.1 R. 1346/2000). El «orden público internacional» no tiene apenas margen de operatividad en supuestos como éste. No importa, pues, que la sociedad *ISA-Daystek SAS* fuera una «sociedad francesa» y sometida la Derecho francés, ni que fuera filial de una empresa inglesa a su vez filial de una sociedad norteamericana. Incluso aunque los tribunales franceses estimaran que en Francia se halla el «centro de intereses principales del deudor», el hecho de que el procedimiento de insolvencia se haya abierto primeramente en otro país, en este caso, Gran Bretaña, impide a los jueces franceses abrir un procedimiento de insolvencia principal en Francia: «*l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale de la SAS ISA Daystek para la Haute Cour de justice de Leeds a interdit à toute jurisdiction française d'ouvrir ultérieurement une autre procédure d'insolvabilité principale*», dice la Sent. *Cour d'appel de Versailles, 24<sup>e</sup> Chambre*, de 4 septiembre 2003.

5º) La sentencia del *Tribunale di Roma* de 14 agosto 2003<sup>54</sup>, confirmada por una sentencia del *Tribunale di Roma* de 26 noviembre 2003<sup>55</sup>, abordó el caso de una sociedad constituida con arreglo al Derecho holandés y con domicilio social en Holanda. Dicha empresa, en dificultades financieras, fue sometida en Italia a un procedimiento de insolvencia previsto en el Derecho italiano (= *procedura di amministrazione straordinaria*). Era una sociedad filial controlada íntegramente por una sociedad-madre italiana, y todos los miembros italianos del consejo de administración de la sociedad holandesa eran residentes en Italia. El tribunal estima que el «centro strategico e direzionale delle scelte di imprese» estaba localizado claramente en Italia. Ello justificó la competencia de las autoridades concursales italianas, y la aplicación del Derecho concursal italiano al procedimiento principal de insolvencia abierto frente a la sociedad domiciliada en Italia. La presunción «sede social = centro de actividades principales del deudor», fue justamente descartada.

6º) De nuevo al ataque la jurisprudencia italiana con un famoso caso de repercusión mundial: la crisis financiera del «Grupo Parmalat». Se trata de la sentencia del *Tribunale di Parma* de 4 febrero 2004, que se enfrentó con el siguiente problema<sup>56</sup>: Se instó en Italia la insolvencia de una sociedad domiciliada en Holanda, que fue sometida a una «*procedura di amministrazione straordinaria*», procedimiento de insolvencia principal previsto en el Derecho concursal italiano. La sociedad sujeta a la insolvencia era una sociedad para la emisión de obligaciones en el mercado internacional de capitales a beneficio exclusivo de la sociedad italiana *Parmalat s.p.a.*, sociedad domiciliada y dirigida desde Italia, que controlaba todo el capital social de la sociedad holandesa. Además, los órganos directivos de la sociedad holandesa se limitaban a ejecutar las directivas procedentes de la sociedad controlante italiana. Todo ello justificó que, pese a que el domicilio estatutario de la sociedad holandesa se localizaba en Holanda, se estimara que el «centro de intereses principales del deudor» estaba realmente en Italia, de modo que los tribunales italianos eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia en Italia contra dicha empresa, procedimiento sujeto al Derecho concursal italiano.

<sup>53</sup> Texto en *JDI Clunet*, 2004-I, pp. 143-161 y nota de A. JACQUEMONT y en *RCDIP*, 2003-IV, pp. 655-668 y nota de G. KHAIRALLAH.

<sup>54</sup> *RDIPP*, 2004, pp. 685-689.

<sup>55</sup> *RDIPP*, 2004, pp. 691-693.

<sup>56</sup> *RDIPP*, 2004, pp. 693-707. *Vid., ad ex.*, C. CARRARA, «The Parmalat case», *RebelsZ*, 70, 3, 2006, pp. 538-562; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Los procedimientos de insolvencia y los grupos multinacionales: reflexiones a la luz del caso Parmalat», *La gestión del Riesgo Financiero y la Nueva Ley Concursal*, Madrid, AECA, 2004, pp. 1-12; A. MELIS, «Corporate Governance Failures: to what extent is Parmalat a particularly Italian Case?», *Corporate Governance: An International Review*, 13, 4, July 2005, pp. 478-488; R. PARDOLESI/A. PORTOLANO, «Latte, lacrime (da cocodrillo) e sangue (dei risparmiatori). Note minime sul caso Parmalat», *Mercato Concorrenza Regole*, VI, 1, aprile 2004, pp. 193-216; L. SEGATO, «A Comparative Analysis of Shareholder Protections in Italy and the United States: Parmalat as a Case Study», *Northwestern Journal of International Law & Business*, 26, 2, Winter 2006, pp. 373-446.

7º) La jurisprudencia holandesa muestra cómo puede «escaparse» a la presunción para evitar la competencia concursal de autoridades de Estados miembros en los que ciertos deudores sólo disponen de una «sede social» o un «registro» pero no ejercen, en dicho país, ninguna actividad social / económica y no son dirigidas desde ese país. El problema aparece en Holanda en relación con sociedades con «sede estatutaria» en el Reino Unido. El caso es frecuente, porque la constitución de empresas en el Reino Unido es más sencilla que en Holanda y comporta menos gastos. Pues bien, tales sociedades no desarrollan prácticamente ninguna actividad comercial en el Reino Unido, sino que desarrollan actividades comerciales en Holanda, y sobre todo, son dirigidas por órganos sociales o por personas domiciliadas en Holanda. Es el caso de la sentencia *Gerechtshof Den Hage* 8 abril 2003<sup>57</sup>. El «centro de los intereses principales del deudor» se localiza en Holanda y no en el Reino Unido.

8º) Es posible proceder a la apertura, en Francia, de un procedimiento de insolvencia que afecta a una sociedad de Derecho polaco que es filial de una sociedad francesa, siempre que se demuestre que el centro de intereses principales de la sociedad polaca estaba en Francia. En efecto, se demostró que aunque la filial polaca sí desarrollaba «actividades» en Polonia, era totalmente dependiente de la sociedad matriz francesa en los aspectos técnico y financiero, de modo que estaba enteramente sometida a sus orientaciones técnicas y comerciales, así como a su política industrial, comercial y financiera, hasta el punto de que los únicos ámbitos en los que gozaba de cierta autonomía dicha sociedad polaca eran los relativos a la gestión administrativa, contable y aprovisionamientos<sup>58</sup>.

9º) En la Sent. Tribunal Distrito Amsterdam (Sec. Civil) 31 enero 2007 [sociedad holandesa filial de sociedad taiwanesa, que a su vez tiene filiales alemanas] se observa que la sociedad tiene su domicilio social en Holanda y en dicho Estado la sociedad despliega «actividades conocidas por terceros». Los terceros no tienen la impresión de que la sociedad en cuestión se dirige exclusivamente desde Munich. En Holanda, además, trabajaban varias personas para la sociedad citada y el director de la misma residía en Holanda; los empleados que trabajan en Holanda llevan los asuntos fiscales de la sociedad y la contabilidad de la misma se ajusta a la normativa holandesa. El tribunal consideró que la sociedad tenía su centro de intereses principales en Holanda y no en Alemania.

10º) En la Sent. High Court of Justice, Chancery Division 15 julio 2005, se trataba de un procedimiento de insolvencia abierto en Estados Unidos contra una sociedad norteamericana que se integra en un grupo corporativo compuesto también por diversas sociedades europeas. El tribunal constata que la sociedad norteamericana se dirigía desde el Reino Unido y se declara competente para emitir una *Administration Order*.

**31.** El Derecho societario de Irlanda y de la Gran Bretaña no conocen el concepto de «domicilio estatutario». En relación con ese caso, puede tenerse presente el art. 60.2 R. 44/2001, que indica que «[p]ara el Reino Unido y para Irlanda, la expresión «sede estatutaria» se equipará al *registered office* y en caso de que en ningún lugar exista una *registered office* al *place of incorporation*, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica». La solución sirve para sociedades irlandesas y británicas, -que no tienen «domicilio estatutario»-, y también puede ser empleada para cualesquiera otros entes, susceptibles de procedimientos de insolvencia, que tampoco tengan «domicilio estatutario».

**32.** Algunas reflexiones críticas sobre la definición legal del «centro de intereses principales del deudor» pueden ponerse de relieve.

1º) Cuando unos tribunales o autoridades de un Estado miembro estiman que el «centro de intereses principales del deudor» se halla en el territorio de dicho Estado, y, en consecuencia, se declaran competentes para conocer del procedimiento de insolvencia, la decisión que puedan dictar debe ser reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros, salvo intervención del orden público internacional.

<sup>57</sup> RDPPC, 2004, núm. 1, p. 422.

<sup>58</sup> Sent. Trib. Grande Instance Lure, Francia, 27 marzo 2006 (insolvencia en abierta en Francia respecto de sociedad polaca con sede social en Polonia) [[www.eir-database.com/result\\_display.asp?judeid=JO126](http://www.eir-database.com/result_display.asp?judeid=JO126)]).



Puede afirmarse, pues, que el hecho de que un Estado miembro B considere que el deudor tenía su centro de intereses principales en dicho Estado miembro B y no en el Estado miembro A cuyas autoridades dictaron la decisión relativa a la insolvencia, no podrá impedir que dicha decisión judicial sea reconocida y ejecutada en el Estado miembro B.

2º) El art. 3.1 R. 1346/2000, al acoger la noción alemana de «centro de intereses principales del deudor», ha dejado a los jueces franceses un tanto perplejos. Éstos se ven obligados a renunciar al criterio que para el DIPr. francés, ha sido la «clave de bóveda» del DIPr. concursal galo durante más de un siglo. En efecto, los jueces franceses ya no pueden utilizar el criterio del «domicilio social en Francia» del deudor insolvente (= *siège social statutaire*) más que cuando la «sede social» o «estatutaria» coincide con el «centro de administración / dirección real» de la empresa, lo cual no siempre sucede. Francia perdió la batalla legal a la hora de la redacción del art. 3 R. 1346/2000, y ello obliga a los jueces franceses a cambiar de dirección en la solución de las insolvencias internacionales.

3º) Con el art. 3.1 R. 1346/2000 y el foro retenido para concretar la competencia judicial internacional, el Reglamento 1346/2000 rechaza otros «posibles foros de competencia judicial internacional» que se han manejado tradicionalmente en el Derecho concursal internacional. Así, se rechazan criterios como la «existencia de bienes del deudor en un Estado», la conclusión de un contrato en un Estado o sometido a la Ley de un concreto Estado, la nacionalidad de una de las partes, el «ejercicio de actividades comerciales» en un Estado concreto, la fabricación de bienes en un Estado, y otros criterios aún más amplios o «liberales», como los retenidos tradicionalmente en el Derecho inglés y galés, que otorgan competencia concursal a los tribunales ingleses y galeses en el caso de que una persona tenga su residencia o haya tenido su residencia en Inglaterra o Gales durante tres años o haya llevado a cabo «*business in England and Wales*».

**33.** Aunque el Reglamento 1346/2000 no contiene ninguna regla al respecto, hay que afirmar que el control de la competencia internacional se realiza «de oficio». En otras palabras, puede decirse que el tribunal o autoridad del Estado miembro correspondiente examinará los datos de la situación y verá si concurre o no el foro de competencia judicial internacional contemplado el art. 3.1 R. 1346/2000. En el caso de que concorra, se declarará competente. En el caso de que no concorra, se declarará de oficio incompetente y si se trata de un juez español, seguirá el procedimiento recogido en el art. 38 y 63-66 LEC. La actitud del demandado o deudor al respecto es irrelevante. Así se ha pronunciado el TJUE<sup>59</sup>.

### III. Cobro internacional de los títulos valores cambiarios

#### 1. Títulos valores y comercio internacional. Aspectos básicos

**34.** Los títulos valores son documentos a los que aparece incorporado un derecho patrimonial, de modo que para el ejercicio de tal derecho es precisa la posesión legítima de tal documento. Ese

<sup>59</sup> STJUE 21 enero 2010, as. C-444/07, *Probud Gdynia, Rec.*, p.-I-0417, FD 29, comentada por R. DAMMANN/D. CAROLE-BRISSON, «Procédure d'insolvabilité: portée du principe d'universalité», *Recueil Le Dalloz*, 2011, n° 7, pp. 498-503; F. FICHTNER, «EuGH: Insolvenzverfahrenseröffnung in Mitgliedstaat – Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen – MG Probud», *BB*, 2010, pp. 532-533; S. GIOVANNINI, «Apertura di una procedura principale di insolvenza ed efficacia del divieto delle azioni esecutive individuali nello spazio giudiziario europeo: la Corte di giustizia esalta il ruolo della lex fori concursus», *Int'l Lis*, 2010, pp. 74-80; L. IDOT, «Consécration du principe d'universalité», *Europe*, 2010 Mars Comm. n° 127, p. 31; F. JAULT-SESEKE, «Conflit de juridictions. Les règles communautaires», *Recueil Le Dalloz*, 2010, pp. 1593-1598; A. LEANDRO, «Solo l'avvio di una procedura secondaria può porre un freno all'insolvenza principale», *Guida al Diritto*, 2010, n° 6, pp. 97-99; V. MARQUETTE/K. SZYCHOWSKA, «Arrêt 'MG Probud': interrogations variées sur l'interprétation du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité», *Journal des tribunaux / droit européen*, 2010, n° 169, pp. 141-143; P. MATTERA, «La Cour précise la portée des règles régissant la reconnaissance des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité par les Etats membres», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2010, n° 1, pp. 128-130; F. MÉLIN, «Procédures européennes d'insolvabilité et saisie des biens du débiteur», *Revue des sociétés*, 2011, pp. 47-49; A. PIEKENBROCK, «Klagen eines Eigentumsvorbehaltsverkäufers bei ausländischem Konkurs des Käufers», *KTS*, 2010, pp. 208-215; J. SCHMIDT, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2010, pp. 77-78; M. WÜRDINGER, «Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im europäischen Insolvenzrecht», *IPRax*, 31, 6, 2011, pp. 562-565.

título-valor es, por otro lado, esencialmente transmisible. En los títulos valores, el derecho está unido al documento. El derecho subjetivo nace del documento y sin documento no hay derecho. El contenido del derecho es el que recoge literalmente el documento. El derecho incorporado al documento es independiente de las relaciones personales entre los acreedores y deudores. El acreedor puede exigir el pago porque es el acreedor que parece en el título: su derecho nace del título, no de otras relaciones jurídicas.

Los títulos-valores desarrollan una función económica de primer orden en la economía internacional actual. Son reflejo del tráfico jurídico en masa, despersonalizado y profesionalizado que caracteriza la circulación de la riqueza en el mundo. Los títulos valores operan como instrumentos de movilización de los derechos, especialmente, de los créditos. Potencian la transmisión de los mismos y su realización efectiva. En efecto, los títulos valores permiten una transmisión muy rápida y sencilla de los derechos de crédito, pues es el documento título-valor es una cosa mueble que se transmite y que circula velozmente y con seguridad.

Los títulos-valores son instrumentos extraordinariamente dinámicos, y ello por dos razones: 1º) *Son títulos literales*. Está legitimado para ejercitar el derecho reflejado en el título-valor, una persona a la que la Ley reconoce tal posición, -normalmente, el poseedor del título-, con independencia de la relación causal que, en su momento, justificó la emisión del título-valor -compraventa, mandato, etc.-. Lo reflejado en el título es lo que cuenta: el contenido del derecho que deriva del documento se deduce, exclusivamente, del mismo título, de su literalidad; 2º) *Son títulos documentales*. El derecho queda incorporado al documento de la manera en él reflejada. La transmisión del documento (título-valor) equivale a la transmisión del derecho que está incorporado al documento. Vista la facilidad con la que pueden movilizarse los documentos, la circulación de los derechos incorporados al documento se hace singularmente fluida.

Los títulos valores no son, *per se*, títulos ejecutivos (art. 517 LEC). Así, los títulos cambiarios, -letras de cambio pagarés y cheques-, no permiten abrir un proceso de ejecución forzosa, porque no son títulos ejecutivos. La mayor parte de los títulos ejecutivos no son títulos valores: escrituras públicas, sentencias firmes, son títulos ejecutivos pero no son títulos valores, pues no pueden ser transmitidos, no circulan, son estrictamente nominativos.

**35.** Los títulos-valores más relevantes en el tráfico económico internacional actual son: 1º) *Los títulos cambiarios*. Se trata de la letra de cambio, pagaré y cheque. Los títulos cambiarios son títulos girados específicamente contra deudores (librados) concretos. Por ello, no son «títulos emitidos en masa» y sólo pueden formalizarse en soportes de papel o documentos físicos; 2º) *Los valores o títulos emitidos por sociedades de capital*. Representan parte del capital social de una sociedad (acciones) o bien son títulos de financiación que representan créditos contra la sociedad en forma de bonos, obligaciones y demás títulos de denominación diversa (títulos de financiación de las sociedades); 3º) Los títulos representativos de mercancías. Representan un cargamento de mercancías que, gracias a dicho título, pueden ser movilizadas, vendidas o entregadas por el legítimo poseedor del título.

**36.** Los títulos cambiarios son títulos girados específicamente contra deudores (librados) concretos. Por ello, no son «títulos emitidos en masa» y sólo pueden formalizarse en soportes de papel (= documentos físicos). Los más difundidos por todo el mundo son la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

1º) La letra de cambio es un título valor extendido o librado por una persona (el librador), título que recoge una obligación de pagar o «mandato puro y simple de pagar» una suma monetaria determinada, obligación que debe ser aceptada por otra persona (el librado). La letra de cambio se puede transmitir a través del llamado «endoso». El endosante (antiguo acreedor) transmite la letra al endosatario (actual acreedor), de modo que, si el librado no paga al endosatario, éste podrá reclamar el pago de la letra de cambio al endosante. La letra de cambio despliega diversas funciones en la economía actual. Es un medio de pago que permite prescindir de la moneda física, pero también es un instrumento crediticio para el librado, ya que contiene la obligación de pagar aplazadamente por parte de éste. Al ser transmisible, la letra de cambio puede ser empleada por el librador o por el endosatario para obtener un crédito, ya que puede acudir a otro sujeto, normalmente un banco, que adquiere la letra, la «descuenta» y, a cambio de una comisión, paga su importe al librador o al endosatario. La letra de cambio puede contar un aval.

Se trata de la obligación asumida por un tercero de llevar a cabo el pago si el librado no paga. Pudiendo comprender la totalidad de la deuda o parte de ella. El protesto constituye un acto en cuya virtud se hace constar de manera indubitada la falta de pago o de aceptación del título cambiario. En frecuentes ocasiones, el protesto es preciso para poder ejercitar las acciones cambiarias.

2º) El cheque es un título-valor emitido por una persona (librador) en el que se contiene un mandato puro y simple de pagar una determinada suma en moneda, mandato dirigido a otra persona (librado), en favor del sujeto que aparece como tenedor legítimo del documento (librador), sujeto que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, es necesariamente un banco. El cheque es un medio de pago. Permite al titular de fondos bancarios, movilizar éstos sin necesidad de retirar el dinero físico, sino mediante el cheque mismo, el «talón». Los cheques son transmisibles, bien mediante la simple entrega del mismo a otra persona en el caso del cheque al portador, o bien mediante el endoso si se trata de cheques nominativos (= extendidos a favor de una persona concreta),

3º) El pagaré es un título-valor que recoge la promesa pura y simple de pago de una cantidad monetaria determinada que una persona (firmante: es el sujeto que emite el pagaré), debe realizar en favor de otra persona determinada (tenedor). En el pagaré, coinciden la persona del librador o sujeto que emite el pagaré, con el librado o sujeto al que se dirige el mandato u orden de pagar.

**37.** Los títulos-valores (*Wertpapiere*) incorporan obligaciones cartáceas (*das verbrieftte Recht*). Son obligaciones independientes de aquellas otras de las que traen causa. Cuando se concluye un contrato de compraventa, la obligación de pago del precio de la misma es independiente de la obligación asumida en una letra de cambio mediante la que se satisface el pago. Estas obligaciones cartáceas son calificadas, por ciertos Ordenamientos jurídicos estatales, como obligaciones contractuales, -Derechos anglosajones-, mientras que para otros Derechos, son extracontractuales -Derecho italiano-.

**38.** El DIPr. dispone de una amplia batería de normas que establecen la Ley aplicable a los títulos valores, diferente de la disciplina legal que regula las obligaciones subyacentes. Dos razones avalan esta decisión de política jurídica: 1º) Los títulos valores despliegan una función específica en el comercio internacional, distinta de la que desarrollan las obligaciones contractuales y extracontractuales; 2º) La incorporación del derecho al documento es un carácter que aleja a estas obligaciones cartáceas, de las simples y tradicionales obligaciones contractuales. En dicha dirección ha evolucionado el DIPr. comparado y convencional. Todos los sistemas estatales de DIPr. disponen, así, de un «cuadro de reglas específicas de DIPr.» aplicables a las obligaciones cartáceas contenidas en los títulos-valores.

**39.** Puede afirmarse que existe una auténtica autonomía jurídica en DIPr. de las obligaciones cartáceas contenidas en los títulos-valores. Varios aspectos deben ser subrayados<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Vid. R. BOSCH I CASTELL, «Apuntes sobre la ejecución de letras de cambio extranjeras en España», *DNeg.*, 1995, núm. 61, pp. 11-13; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medios de pago internacionales», en A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 732-862; E. CASTELLANOS RUIZ, *Ejecución en España de letras de cambio extranjeras*, Comares, Granada, 2000; M. CHECA MARTÍNEZ, «Título valor (Derecho internacional privado)», *EJB*, 1995, pp. 6575-6576; ID., «Hacia una letra de cambio internacional», *RCEA*, vol. VIII, 1992, pp. 77-92; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Cuando la norma de conflicto vale millones de dólares: el art. 9.2 de la Directiva 98/26 y su desarrollo por el legislador español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 6, 1999, pp. 419-427; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Normas sobre «conflictos de leyes» en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 953-978; M. MOYA ESCUDERO, «Art. 10.3 CC», *Com. CC y Comp. For.*, 2ª ed., 1995, pp. 563-587; M. MOYA ESCUDERO / M. CHECA MARTÍNEZ / J. VELÁZQUEZ GARDETA / S. SÁNCHEZ LORENZO, «Títulos valores», en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 425-447; A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, 3ª ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 457-477; A. ORTIZ ARCE, «Art. 10.3 CC», *Com. Ref. CC*, 1977, pp. 513-515; A. PÉREZ DE LA CRUZ / J.I. PEINADO GRACIA, «Títulos valores», en A. MENÉNDEZ / A. ROJO (directores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 9ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2011, pp. 343-364; A. REMIRO BROTONS, «Art. 10.3 CC», *Com. CCComp. For.*, vol. I, 1978, pp. 238-252; S. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación ginebrina del Derecho cambiario, problemas y límites de las técnicas de reglamentación del Derecho del comercio internacional», (comunicación), *V jornadas de profesores de DIPr: (El derecho del comercio internacional, examen de sus contenidos docentes, ante la reforma de los planes de estudio de las Universidades españolas)*, CESSJ Ramón Carande, Vicálvaro (Madrid), 3/4 junio 1994; ID., «La elección de la ley aplicable a las obligaciones cambiarias en el comercio internacional», *RDBB*, pp. 703-719; ID., *Derecho aplicable al cheque en el comercio*

1º) *Normas de conflicto y títulos cambiarios*. Existe un amplio abanico de normas de conflicto que señalan la Ley aplicable a los títulos valores cambiarios (= letras de cambio, pagarés, cheques), y a las obligaciones que derivan de los mismos. La existencia del conocido como «Derecho Cambiario Ginebrino» (= un conjunto de Convenios internacionales que contienen ciertas normas de Derecho sustantivo y un amplio número de normas de conflicto), confirma la autonomía conflictual de los títulos cambiarios en el DIPr. actual.

2º) *Normas de conflicto y títulos-valores no cambiarios*. El resto de obligaciones cartáceas no cambiarias, (= contenidas o reflejadas en documentos / títulos-valores no cambiarios, como las que derivan de acciones de las sociedades, obligaciones societarias, títulos de deuda, resguardos de depósito en almacenes generales, pólizas y cartas de transporte, conocimiento de embarque, títulos representativos de las mercancías, etc.), no suelen contar con normas de conflicto que precisen la Ley estatal aplicable a las mismas en los casos internacionales. No obstante, existen ordenamientos jurídicos nacionales que, junto a las normas de conflicto propias de las obligaciones cambiarias, sí recogen algunas normas de conflicto que designan la Ley aplicable a los «títulos valores» en general. De este modo, la precisión de su régimen jurídico en DIPr. se lleva a término a través de dichas reglas, sin necesidad de «calificar» las obligaciones cartáceas como contractuales o no contractuales. Siguen esta línea el art. 10.3 CC español y el art. 59 LDIPr. Italia 1995.

3º) *Carencia de normas específicas de competencia judicial internacional en relación con los títulos cambiarios*. Nuestro DIPr. carece de disposiciones específicas para señalar la competencia internacional de nuestros tribunales en relación con las acciones derivadas de estos títulos, en los litigios internacionales. Renace, pues, el espinoso problema calificadorio. La mayor parte de las obligaciones cartáceas podrán ser canalizadas a través de los foros previstos para materias contractuales (art. 5.1 R. 44/2001, art. 5.1 CLug.II, art. 22.3 LOPJ), aunque no todas. Pero el problema se complica todavía más por dos motivos: (a) Estas obligaciones cartáceas pueden dar lugar a procedimientos de naturaleza tanto contenciosa como voluntaria; (2) Estas obligaciones pueden generar acciones declarativas, y en frecuentes ocasiones, acciones ejecutivas.

## 2. Competencia judicial internacional y acciones cambiarias. Los litigios internacionales y el juicio especial cambiario

40. En los casos internacionales en los que se insta el cumplimiento de las obligaciones documentadas en una letra de cambio, cheque o pagaré, es preciso fijar la competencia internacional de los tribunales españoles. Al respecto resulta necesario introducir diversas precisiones.

---

*internacional*, Madrid, Eurolex, 1995; J. ZURITA, «Otros medios de pago, la letra de cambio internacional», *Régimen jurídico de las técnicas bancarias del comercio internacional*, Madrid, 1980, pp. 201-229. En la *doctrina extranjera*, A. ANGELICI, «I lavori UNCITRAL sulla cambiale internazionale», *Rivista di diritto civile*, 1984-II, pp. 540-569; G. ARANGIO-RUIZ, «Assegno bancario (Diritto internazionale privato)», *EdD*, 1958, vol.III, pp. 348-352; ID., «Cambiale (Diritto internazionale privato)», *EdD*, 1959, vol.V, pp. 921-939; ID., *La cambiale nel Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1946; T. BALLARINO / A. BONOMI, «Sulla disciplina delle materie escluse dalla Convenzione di Roma del 1980», *RDI*, 1993, pp. 939-978; C. VON BAR, «Wertpapiere im deutschen internationalen Privatrecht», en T. RAUSCHER/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1991, pp. 273-295; P. BLOCH, «Un espoir déçu? La Convention des Nations Unies sur les lettres de change et billets à ordre internationaux», *JDI Clunet*, 1992, pp. 907-920; G. CASSONI, *Titoli de partecipazione, obbligazionari e rappresentativi di merce. Contributo alla teoria dei titoli di credito nel diritto internazionale privato*, Padova, 1978; R. CHEMALY, «Conflits de lois en matière de effets de commerce», *RCADI*, 1988, vol. 209, pp. 347-452; JEAN FOYER, «Valeurs mobilières», *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 982-990; Y. LOUSSOUARN / J.D. BREDIN, «Effets de commerce», *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 696-705; ID., «Chèque», *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp. 306-308; ID., *Droit du commerce international*, Paris, 1969, pp.404-427 y 537-560; A.L. MALATESTA, «Considerazione sull'ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980, il caso dei titoli di credito», *RDIPP*, 1992, pp. 887-905; A. PÉREZ DE LA CRUZ / J.I. PEINADO GRACIA, «Títulos valores», en A. MENÉNDEZ / A. ROJO (directores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 9ª ed., Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2011, pp. 343-364; R. MONACO, *I conflitti di legge in materia di cambiale*, Tornio, 1936; A. SINAY-CYTERMANN, «Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance», *RCDIP*, 1992, pp. 35-60; V. STARACE, «Sulla legge applicabile alla polizza di carico», *RDI*, 1958, pp. 203-222; R. WELTER, «Bill of Exchange in International Trade», en P. SARCEVIC / P. VOLKEN, *International Contracts and Payments*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1991, pp. 87-108.

**41. a)** *Los títulos cambiarios no son «títulos ejecutivos» en Derecho español.* En defecto de regulación jurídica por instrumentos legales internacionales, debe recordarse que la letra de cambio, el cheque y el pagaré han perdido la «fuerza ejecutiva» que tuvieron durante muchos años (*vid.* antiguo y ya no vigente art. 1429 LEC 1881). Son documentos que ya no resultan aptos para fundar en los mismos una acción ejecutiva (art. 517 LEC). No llevan aparejada la fuerza ejecutiva que tuvieron antaño. Estos títulos ya no pueden ser empleados para abrir en España un «proceso de ejecución forzosa». Estos títulos cambiarios ya no están incluidos en la lista de documentos o títulos extrajudiciales ejecutivos que permiten abrir el proceso de ejecución forzosa (art. 517.2 LEC, pese al error en el que incurre el art. 821.2 LEC, que llama al título cambiario, «título ejecutivo»: inercia histórica).

En consecuencia, el sujeto que desea instar un proceso judicial para hacer efectivas las obligaciones que constan en el título cambiario, debe presentar una demanda de juicio declarativo especial cambiario (Libro IV, Título III, capítulo II, «Del juicio cambiario», de la LEC: arts. 819-827). El proceso especial cambiario es similar al proceso monitorio. Visto que el antiguo proceso ejecutivo cambiario regulado en el art. 1429 LEC 1881 se había desnaturalizado por la ingente cantidad de cuestiones de fondo que podían oponerse a la ejecución del título cambiario, la situación no ha cambiado en exceso con la eliminación del juicio ejecutivo cambiario y la instauración del actual juicio declarativo especial cambiario (A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ)<sup>61</sup>. El acreedor cambiario también puede acudir al procedimiento civil ordinario correspondiente por razón de la cuantía del pleito.

**42. b)** *Necesidad de determinación previa de la competencia judicial internacional.* En los litigios internacionales, es preciso fijar con carácter previo, la competencia internacional de los tribunales españoles. Ello debe llevarse a cabo con arreglo a diversos instrumentos legales en vigor para España: 1º) El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; 2º) En los casos a los que no resulta aplicable dicho Reglamento 44/2001, se aplicarán los foros recogidos en el art. 22 LOPJ.

**43.** Una vez aceptada la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer del litigio internacional cambiario, la competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado y si el tenedor del título demandare a varios deudores cuya obligación surge del mismo título, será competente el domicilio de cualquiera de ellos, quienes podrán comparecer en juicio mediante una representación independiente (art. 820 LEC). No cabe sumisión expresa o tácita de las partes. Debe tenerse en cuenta que la competencia territorial puede corresponder a otro órgano judicial español si viene así ya determinada por una norma jurídica internacional (art. 5 R. 44/2001, por ejemplo).

**44. c)** *Títulos cambiarios como «documentos público con fuerza ejecutiva».* No obstante lo anterior, una letra de cambio, pagaré y cheque que haya sido intervenido por una autoridad pública que haya constatado la autenticidad del título cambiario, puede, en las condiciones del art. 57 R. 44/2001, ser considerado como un «documento público con fuerza ejecutiva». En esos casos, se podrán ejecutar en España, previo *exequatur* del documento cambiario en España (art. 57.1 R. 44/2001 y arts. 38-56 R. 44/2001), y mediante el proceso de ejecución forzosa (art. 517 LEC). Del mismo modo, ciertos Convenios internacionales bilaterales vigentes para España permiten, previo *exequatur* del título cambiario en España, que éste sea considerado como «títulos con fuerza ejecutiva» en España, de modo que podrá ser ejecutado en España mediante el proceso de ejecución forzosa de títulos con fuerza ejecutiva (art. 517 y art. 523.2 LEC).

**45.** Los litigios cambiarios versan sobre materias de Derecho Privado patrimonial, materia civil y mercantil, y por tanto el Reglamento 44/2001 es aplicable *ratione materiae* (art. 1 R. 44/2001). En consecuencia, son internacionalmente competentes los siguientes tribunales (E. CASTELLANOS RUIZ)<sup>62</sup>:

<sup>61</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, 3ª ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 457-477.

<sup>62</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *Ejecución en España de letras de cambio extranjeras*, Granada, Comares, 2000, pp. 69-72.

1º) *Foro de la sumisión de las partes*. Los tribunales de los Estados miembros del Reglamento 44/2001 a los que las partes se hayan sometido válidamente de manera expresa (art. 23 R. 44/2001) o tácita (art. 24 R. 44/2001).

2º) *Foro del domicilio del demandado*. Los tribunales del Estado miembro del Reglamento 44/2001 en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 2 R. 44/2001).

3º) *Foro del lugar del hecho dañoso*. Las obligaciones derivadas del título valor (obligaciones cartáceas) son «obligaciones extracontractuales». Siempre que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro, son internacional y territorialmente competentes los tribunales de cualquier otro Estado miembro del Reglamento 44/2001 en cuyo territorio se hubiera producido el «hecho dañoso» (art.5.3 R. 44/2001). Puede estimarse que, en casos de incumplimiento de la obligación cambiaria, se está en presencia de un ilícito extracontractual «a distancia». Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, en los casos de «ilícitos a distancia», el «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el «hecho causal», como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el «resultado lesivo» o el «daño». Es la tesis de la «ubicuidad» (*Principle of Ubiquity*)<sup>63</sup>. En relación con los litigios cambiarios, puede afirmarse que

<sup>63</sup> STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, 21/76, *Rec.*, p. 01735, comentada por P. BOUREL, *RCDIP*, 1977, pp. 568-576; G.A.L. DROZ, *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, *Jur.*, pp. 614-615; T. HARTLEY, «Article 5(3): The Place of Commission of a Tort», *Eur.L.Rev.*, 1977, pp. 143-145; A. HUET, *JDI Chonet*, 1977, pp. 728-734; M.I. JALLES, «Afloramento da supranacionalidade num caso de poluição transfronteiras», *Revista de Direito e Economia*, 1976, pp. 409-441; R. JOCHEM, *Juristische Schulung*, 1977, pp. 614-616; H. LINKE, *RIW*, 1977, pp. 358-359; A. REST, «Wahl des zuständigen Gerichtes bei Distanzdelikten nach dem EG-Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen. Ein erster Schritt zum Schutz des geschädigten im internationalen Umweltrecht», *RIW*, 1977, pp. 669-674; STJCE 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.*, p. I-01417, comentada por P. BONASSIES/P. DELEBECQUE, *Le droit maritime français*, 2005, pp. 23-25; P. CHAUMETTE, «Fragment d'un droit des conflits internationaux du travail? CJCE 5 février 2004, DFDS Torline, aff. C-18/02», *Droit social*, 2005, pp. 295-301; M. FRANZEN, «Internationale Zuständigkeit beim Aufruf zum Boykott eines Seeschiffes», *IPRax*, 2006, pp. 127-129; A. GARDELLA, «Giurisdizione in materia di illecito: un passo avanti nella localizzazione del danno patrimoniale», *Il Corriere giuridico*, 2004, pp. 128-132; C.W. HERGENRÖDER, *GPR*, 2005, pp. 33-36; L. IDOT, «Matière délictuelle. Une action juridictionnelle relative à la légalité d'une action syndicale est de nature délictuelle au sens de la convention, ce qui permet au demandeur de faire jouer l'option de compétence qui découle de ce texte», *Europe*, 2004 Avril, *Comm. n° 117*, pp. 18-19; L. KREIL, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2005, pp. 138-140; G. PALAO MORENO, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2004, pp. 848-853; E. PATAUT, *RCDIP*, 2004, pp. 800-808; STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.*, p. I-06009, comentada por F. BLOBEL, «European Tort Jurisdiction and Pure Economic Loss = Der europäische Deliktgerichtsstand und reine Vermögensschäden», *The European Legal Forum*, 2004, pp. 187-191; P. FRANZINA, «L'elusiva proiezione geografica del danno meramente patrimoniale: la responsabilità da informazioni inesatte tra forum commissi delicti e forum destinatae solutionis», *Il Corriere giuridico*, 2004, pp. 121-126; V. FUENTES CAMACHO/P. VILLAFRUELA CHAVES, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2004, pp. 861-866; J. VON HEIN, «Deliktischer Kapitalanlegerschutz im europäischen Zuständigkeitsrecht», *IPRax*, 2005, pp. 17-23; A. JUNKER, *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 9, 2004, pp. 200-206; H. MUIR WATT, *RCDIP*, 2005, pp. 330-335; A. WITTWER, «Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitender Kapitalanlage», *European Law Reporter*, 2004, p. 438; STJCE 16 julio 2009, as. C-189/08, *Zuid-Chemie BV, Rec.*, p. I-06917, comentada por J. VON HEIN, «Die Produkthaftung des Zulieferers im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht», *IPRax*, 2010, pp. 330-343; L. IDOT, «Compétence spéciale en matière délictuelle», *Europe*, 2009 Octobre, *Comm. n° 386*, p. 29; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 569-570; A. WITTWER, «Zuständigkeit bei internationaler Produkthaftung», *European Law Reporter*, 2009, pp. 354-355; STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, comentada por S. FRANÇO, «Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet: affaires eDate Advertising et Martinez», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2012, n° 1-2, pp. 35-38; T. GARBER, «Die internationale Zuständigkeit für Klagen aufgrund einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Internet», *Österreichische Juristenzeitung*, 2012, pp. 108-118; B. HESS, «Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht», *JZ*, 2012, pp. 189-193; M. HORAK, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Delikten im Internet», *Ecolex*, 2012, pp. 62-63; L. IDOT, «Compétence en matière délictuelle et atteinte aux droits de la personnalité», *Europe*, 2011 Décembre, *Comm. n° 12*, p. 499; A. KERNEN, «Schützenhilfe für Opfer von Persönlichkeitsverletzungen im Internet», *Jusletter*, 2012, n° 3, pp. 1-9; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 743-744; P. PÉTERS, «Compétence élargie du tribunal du domicile de la victime d'une atteinte au droit de la personnalité - Quid en cas d'atteinte aux droits intellectuels?», *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 196-197; P. PICHLER, «Forum-Shopping für Opfer von Persönlichkeitsverletzungen im Internet? Das EuGH-Urteil eDate Advertising gegen X und Martinez gegen MGN (C-509/09 und C-161/10)», *Medien und Recht*, 2011, pp. 365-368; M. ROBAK, «Drei sind einer zuviel: Internationale Gerichtsstände bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Internet», *GRUR*, 2011, pp. 257-259; H.-P. ROTH, «EuGH: Internationale gerichtliche Zuständigkeit bei Online-Persönlichkeitsrechtsverletzungen», *CR*, 2011, pp. 811-813; R. SACK, «Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie - die Entscheidung 'eDate Advertising'», *EWS*, 2011, pp. 513-518; M. SLONINA, «Erfolgsortsgerichtsstand nach Art 5 Nr 3 EuGVVO bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet (auch) am Mittelpunkt der Interessen des Opfers», *Österreichische Juristenzeitung*, 2012, pp. 61-67; T. THIEDE, «Online Medien, Persönlichkeitsrechtsschutz und Internationale Zuständigkeit», *GPR*, 2011, pp. 259-262; Id., «Aktivgerichtsstand für Betroffene von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Onlinebereich», *Ecolex*, 2012, pp. 131-134; O. WEBER, «EuGH: Gerichtliche Zuständigkeit und Heimatstaat-Kontrolle bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Internet», *Multimedia und Recht*, 2012, pp. 48-50.

el lugar del «acto causal» es el lugar donde se ha suscrito la concreta obligación que consta en la letra de cambio, pagaré o cheque, esto es, el «lugar de suscripción / firma de la obligación cambiaria». Y el lugar del «evento dañoso» se verifica en el Estado donde debía cumplirse la obligación cambiaria, esto es, en el lugar del pago de la obligación cambiaria. El demandante puede presentar su demanda, a su elección, ante los tribunales del Estado miembro donde se produjo el «hecho generador del daño» o ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el «daño» o lesión. Varios ejemplos pueden ilustrar esta realidad:

1º) Una empresa con sede estatutaria en Londres (LOND) libra en dicha ciudad varias letras de cambio contra su deudora, una empresa con sede en Madrid (MAD), por un total de 250.000 euros. Las letras traen causa de diversas ventas de electrodomésticos al por mayor. La empresa MAD acepta las letras, las firma en España y las restituye a la libradora. Las letras deben ser pagadas en París. Llegado el momento de pago, la empresa MAD no procede al mismo y la empresa LOND decide iniciar acciones cambiarias contra MAD. Podrá demandar en España a la deudora cambiaria con arreglo a los trámites del juicio cambiario (arts. 819-827 LEC) ya que puede emplear el foro del domicilio del demandado en España (art. 2 R. 44/2001). También podrá demandar a dicha deudora ante los tribunales de París visto que en dicha ciudad se debía proceder al pago de las letras de cambio (art. 5.3 R. 44/2001: foro del lugar del daño). Y aún hay más: podrá demandar a la deudora ante los tribunales de Londres, pues en dicha ciudad se ha producido el hecho causal del daño (art. 5.3 R. 44/2001: foro del lugar donde ha ocurrido el acto causal del daño).

2º) Una empresa con sede estatutaria en Washington (WASH) es acreedora de una empresa italiana con sede en Nápoles (NAP). Esta última empresa vendió aceite en mal estado a WASH. Ambas empresas llegaron al acuerdo de que, para evitar litigios, NAP pagaría una suma total de 525.000 dólares USA a WASH. Y para asegurarse el pago, WASH libró tres letras de cambio pagaderas en 30-60-90 días, letras que NAP aceptó. La negociación, libramiento y aceptación de las letras tuvo lugar en Madrid, que era también el lugar de pago de las mismas. Se pagan las dos primeras letras, pero la última, por valor de 125.000 dólares USA, no se paga y WASH decide demandar a NAP. Pues bien, podrá hacerlo antes los tribunales italianos (art. 2 R. 44/2001) y si en Italia las letras dan lugar a un «proceso de ejecución forzosa», el acreedor norteamericano podrá beneficiarse de ello (art. 474 *Cpc*). También podrá demandar NAP ante los tribunales de Madrid, pues en Madrid se ha producido el presunto daño al acreedor (art. 5.3 R. 44/2001: foro del lugar del hecho dañoso). En este caso, no podrá acudir a la ejecución directa de la letra impagada ex art. 517 LEC, sino que tendrá que pasar por el juicio especial cambiario (arts. 819-827 LEC).

**46.** Ahora bien, en ocasiones se ha defendido el carácter extracontractual de las acciones en materia cambiaria de competencia judicial internacional, en particular en el caso de la acción de enriquecimiento injusto.

1º) *Dificultades calificadorias de las acciones cambiarias y disparidades nacionales.* La calificación como «contractuales» o «extracontractuales» de las acciones cambiarias ha sido siempre objeto de extraordinaria polémica doctrinal. Además, se trata de una cuestión que ha sido enfocada desde una perspectiva diferente en cada sistema jurídico. Así, en Derecho inglés, las acciones cambiarias se consideran acciones de carácter contractual, mientras que en Derecho italiano se califican como acciones de naturaleza extracontractual. En Derecho español la cuestión es objeto de vivísimas discusiones entre los especialistas en Derecho cambiario.

2º) *Calificación de las acciones y litigios cambiarios en Derecho de la UE.* Sin embargo, situados ya en el Derecho de la UE, varios datos son relevantes: (a) El concepto de «*materia delictual o cuasi delictual*» constituye un concepto que debe definirse de forma autónoma (= propia del Reglamento 44/2001). Debe definirse a los efectos del Reglamento 44/2001, y con arreglo a criterios propios. No debe acudirse ni emplearse las definiciones jurídicas del concepto contenidas en los Derechos nacionales de los Estados miembros<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.*, p. I-02719, comentada por J.-M. BISCHOFF, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1996, pp. 562-564; J.-B. BLAISE/C.

Por otra parte, también la noción «materia contractual» es una noción autónoma y propia del Reglamento 44/2001<sup>65</sup>. Para determinar si el objeto del litigio constituye una «materia contractual» no

ROBIN-DELAINE, «Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance (juillet-octobre 1995)», *Rev.aff.eur.*, 1995, nº 4, pp. 93-94; A. BRIGGS, «The Uncertainty of Special Jurisdiction», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996, pp. 27-29; J.G. COLLIER, «The Surprised Bank Clerk and the Italian Customer – Competing Jurisdictions», *The Cambridge Law Journal*, 1996, pp. 216-218; A. GARDELLA, «Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *RDIPP*, 1997, pp. 657-680; R. GEIMER, *JZ*, 1995, p.1108; T. HARTLEY, «Article 5(3): Place Where the ‘Harmful Event’ Occurs», *Eur.L.Rev.*, 1996, pp. 164-166; V.H. HOLL, *EuZW*, 1995, pp. 766-767; L. IDOT, *Europe*, 1995 Novembre, Comm. nº 11, p. 19; L. KLESTA DOSI, «Corte di giustizia delle Comunità europee (1º maggio 1995 - 31 ottobre 1995)», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, pp. 179-180; A. SARAVALLE, «Evento dannoso e sue conseguenze patrimoniali: giurisprudenza italiana e comunitaria a confronto», *Il Foro italiano*, 1996, IV, col. 341-348; E. DE SMIJTER, *Rev.M.unique eur.*, 1995, nº 4, pp. 185-186; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996», *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 222-226; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments», *NILR*, 1995, pp. 420-425; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1995)», *SZIER*, 1996, p. 137.

<sup>65</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, 34/82, *Rec.*, p. 00987, comentada por H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1983, pp. 667-670; T. HARTLEY, «Article 5(1): Are Obligations of Members of an Association Matters relating to Contract?», *Eur.L.Rev.*, 1983, pp. 262-264; A. HUET, *JDI Clunet*, 1983, pp. 834-843; P. SCHLOSSER, «Europäisch-autonome Interpretation des Begriffs ‘Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag’ i.S.v. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ», *IPRax*, 1984, pp. 65-68; H. VERHEUL, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968 in Dutch Legal Practice», *NILR*, 1987, pp. 99-100; STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, 9/87, *Rec.*, p. 01539, comentada por W. ALLWOOD, «The Scope of ‘Matters relating to Contract’», *Eur.L.Rev.*, 1988, pp. 366-368; C. ESPLUGUES-MOTA, «Hacia una delimitación de la noción ‘materia contractual’ presente en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas: la sentencia ‘Arcado c. Haviland’», *La Ley - Comunidades Europeas*, 1989, nº 44, pp. 7-10; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1988, pp. 613-616; A. HUET, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *JDI Clunet*, 1989, pp. 453-454; E. MEZGER, «Anspruch aus Vertrag oder Anspruch aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art.5 Nr. 1 oder Nr. 3 EuGVÜ», *IPRax*, 1989, pp. 207-209; P. SCHLOSSER, «EuGÜbk: Zuständigkeit bei mehreren Beklagten an verschiedenen Wohnsitzen - Begriff der unerlaubten Handlung», *RIW*, 1988, pp. 987-989; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1992, pp. 390-391; STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.*, p. 05565, comentada por H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1989, pp. 117-123; R. GEIMER, «Streitgenossenzuständigkeit und forum delicti commissi», *NJW*, 1988, pp. 3089-3090; P. GOTTWALD, «Europäische Gerichtspflichtigkeit kraft Sachzusammenhangs», *IPRax*, 1989, pp. 272-274; T. HARTLEY, «Jurisdictional Issues under Articles 5(1), 5(3) and 6(1)», *Eur.L.Rev.*, 1989, pp. 172-175; A. HUET, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *JDI Clunet*, 1989, pp. 457-461; P. SCHLOSSER, «EuGÜbk: Zuständigkeit bei mehreren Beklagten an verschiedenen Wohnsitzen - Begriff der unerlaubten Handlung», *RIW*, 1988, pp. 987-989; STJCE 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.*, p. I-03967, comentada por J. BAUERREIS, «Le rôle de l’action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats. Le rétablissement de l’équilibre pécuniaire entre les maillons extrêmes d’une chaîne de contrats: l’action directe contractuelle exercée par le sous-acquéreur à l’encontre du vendeur initial de la chose non-conforme. La Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968 et la désignation du tribunal internationalement compétent», *RCDIP*, 2000, pp. 341-348; J.-M. BISCHOFF, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1993, pp. 469-474; P. CHEVALIER, «Transmission des clauses de compétence dans les chaînes communautaires de contrats: la CJUE va pouvoir trancher», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2010, nº 52, pp. 2438-2441; M. DECKER, «Contract or Tort: A Conflict of Characterisation», *Int.Comp.L.Q.*, 1993, pp. 366-369; M.B. DELI, «Criteri di giurisdizione e Convenzione di Bruxelles del 1968 nelle vendite a catena», *RDIPP*, 1993, pp. 305-314; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1992, pp. 730-738; T. HARTLEY, «Unnecessary Europeanisation under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention: the Case of the Dissatisfied Sub-Purchaser», *Eur.L.Rev.*, 1993, pp. 506-516; F. LECLERC, «Les chaînes de contrats en droit international privé», *JDI Clunet*, 1995, pp. 267-320; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles: Années judiciaires 1990-1991 et 1991-1992», *Cah.dr.eur.*, 1992, pp. 705-706; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rev.trim.dr.eur.*, 1992, pp. 712-727; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1993, pp. 497-499; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1992)», *SZIER*, 1993, pp. 352-354; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, *Rec.*, p. I-06511, comentada por J. BAUERREIS, «Le rôle de l’action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats. Le rétablissement de l’équilibre pécuniaire entre les maillons extrêmes d’une chaîne de contrats: l’action directe contractuelle exercée par le sous-acquéreur à l’encontre du vendeur initial de la chose non-conforme. La Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968 et la désignation du tribunal internationalement compétent», *RCDIP*, 2000, pp. 341-348; P. BONASSIES, «Le droit positif français en 1999», *Le droit maritime français*, 2000, pp. 62-64 y 67-70; A. BRIGGS, «Claims Against Sea Carriers and the Brussels Convention», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999, pp. 333-337; A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: Implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional. Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998», *La Ley – Unión Europea*, nº 4681, pp. 1-3; P. DELEBECQUE, «Condamnation de la théorie des groupes de contrats par la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Le droit maritime français*, 1999, pp. 33-34; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Interpretación por el TJCE de los arts. 5, ap. 1 y 3 y 6, ap. 1 del CB», *AEDIP*, 2000, pp. 810-812; A. FONT I SEGURA, «La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 27 de octubre de 1998, as. C-51/97, Réunion Européenne SA y otros C. Spliethoff’s Bevrachtungskantoor BV, Capitaine Commandant el navire ‘Alblasgracht V002’)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1999, pp. 187-207; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1999, pp. 333-340; L. IDOT, *Europe*, 1998 Décembre, Comm. nº 420, p. 20; S. KLAUER, «Gerichtsstand für Klage aus Delikt und Vertrag bei mehreren Beklagten», *European Law Reporter*, 1999, pp. 142-144;



debe recurrirse al concepto que sobre tal noción se tenga en los Derechos nacionales de los Estados miembros; (b) La «materia contractual» comprende los litigios derivados de un «*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*»<sup>66</sup>. La noción de «*compromiso libremente asumido por una*

H. KOCH, «Europäische Vertrags- und Deliktsgerichtsstände für Seetransportschäden ('Weiche Birnen')», *IPRax*, 2000, pp. 186-188; T.C. HARTLEY, «Carriage of goods and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention», *Eur.L.Rev.*, 2000, pp. 89-93; F. LECLERC, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1999, pp. 625-635; P. LOMBARDI, «Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Réunion européenne e il caso Van Uden», *Contratto e impresa / Europa*, 1999, pp. 455-468; M. LOPEZ DE GONZALO, «Questioni di giurisdizione in tema di concorso di azione contrattuale ed extracontrattuale», *Dir. comm. int.*, 1999, pp. 517-523; P. VOLKEN, *SZIER*, 1999, pp. 450-451; STJCE 17 settembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.*, p. I-07357, comentada por G. AFFERNI, *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, pp. 96-109; R. BARATTA, «La natura della culpa in contrahendo secondo la sentenza Tacconi», *Il Corriere giuridico*, 2004, pp. 133-136; P. BERTOLI, «Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi», *RDIPP*, 2003, pp. 109-134; M.J. BONELL, «Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e... principi Unidroit», *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 183-191 (también como «Pre-Contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and... the Unidroit Principles», en *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 359-370); A. BUHROW, «Die vorvertragliche Haftung im System des EUGVÜ», *European Law Reporter*, 2002, p. 395; B. FAGES, «L'annonce d'un gain à des fins publicitaires (comparaison franco-allemande sur fond de jurisprudence européenne)», en *Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 223-234; P. FRANZINA, «La responsabilità precontrattuale nello spazio giuridico europeo», *RDI*, 2003, pp. 714-745; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 2003, pp. 668-671; P. LOMBARDI, «Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Tacconi», *Contratto e impresa / Europa*, 2002, pp. 1259-1272; P. MANKOWSKI, «Die Qualifikation der culpa in contrahendo - Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR», *IPRax*, 2003, pp. 127-135; O. MEYER, «The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law», *Revue de droit uniforme*, 2002, pp. 1222-1227; A. ONDEI, «La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla luce della Convenzione di Bruxelles», *Dir.comunit.scambi int.*, 2004, pp. 267-280; A. POGGIO, «Titoli speciali di giurisdizione in materia di responsabilità precontrattuale nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968: l'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia», *Giurisprudenza italiana*, 2003, pp. 1321-1325; P. RÉMY-CORLAY, *RCDIP*, 2003, pp. 673-681; M. REQUEJO ISIDRO, *REDI*, 2002, pp. 877-881; M. SCHMIDT-KESSEL, «Zur 'culpa in contrahendo' im Gemeinschaftsprivatrecht», *ZEuP*, 2004, pp. 1019-1033; M. VINAIXA I MIQUEL, «La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH)», *Revista de Derecho Europeo*, 2002, pp. 977-997; P. VOLKEN, *SZIER*, 2004, pp. 637-638; STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00, *Rec.*, p. I-08111, comentada por K. FACH GÓMEZ, «Competencia judicial internacional en materia de acciones preventivas: Interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Not. UE*, 2003, n° 225, pp. 83-91; H.K. GABA, «Nature de l'action juridictionnelle en suppression des clauses abusives d'un contrat», *Recueil Le Dalloz*, 2002, Jur., pp. 3200-3202; A. GARDELLA, «Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive», *Il Corriere giuridico*, 2004, pp. 19-23; L. IDOT, «L'action préventive d'une association de protection des consommateurs est de nature délictuelle au sens de l'article 5, par. 3», *Europe*, 2002 Décembre, Comm. n° 433, p. 24; P. JIMÉNEZ BLANCO, *REDI*, 2002, pp. 881-887; ID., «El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas», *La Ley*, 2003, n° 5709, pp. 1-6; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2002, pp. 1047-1048; C. MICHAÏLOU, «Internationale Zuständigkeit bei vorbeugenden Verbandsklagen», *IPRax*, 2003, pp. 223-227; A. PALMIERI, «L'inibitoria di clausole abusive oltre i confini nazionali», *Il Foro italiano*, 2002, IV, col. 501-506; P. RÉMY-CORLAY, *RCDIP*, 2003, pp. 690-698; A. STADLER, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 7, 2002, pp. 284-292; M. WILDERSPIN, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2004, pp. 71-74; F. LECLERC, *JDI Clunet*, 2004, pp. 911-917; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, *Rec.*, p. I-01543, comentada por F. BLOBEL, *The European Legal Forum*, 2004, pp. 44-48; G. CERDONIO CHIARAMONTE, «Foro contrattuale e diritto del fideiussore che ha pagato tributi doganali», *Il Corriere giuridico*, 2004, pp. 126-128; P. FRANZINA, «Surrogazione e regresso del fideiussore nella disciplina comunitaria della competenza giurisdizionale», *Giustizia civile*, 2004, I, pp. 1134-1139; R. FREITAG, «Anwendung von EuGVÜ, EuGVO und LugÜ auf öffentlich-rechtliche Forderungen?», *IPRax*, 2004, pp. 305-309; J.A. GARCÍA LÓPEZ, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2004, pp. 844-848; L. IDOT, «Matière contractuelle. Confirmation du fait que la matière contractuelle requiert un engagement librement consenti», *Europe*, 2004 Avril, Comm. n° 116, p. 18; M. LEHMANN, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 9, 2004, pp. 172-186; S. LORENZ/H. UNBERATH, «Der Bürgerregress im Vertragsgerichtsstand - 'Mutation' durch Gläubigerwechsel?», *IPRax*, 2004, pp. 298-304; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 379-380; L. SANTORO, «Spunti in merito alla interpretazione dell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 333-351; A. WITTWER, «Regress des Bürgen (kein vertraglicher Anspruch)», *European Law Reporter*, 2004, pp. 316-318.

<sup>66</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, 34/82, *Rec.*, p. 00987; STJCE 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.*, p. I-03967, FJ 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, *Rec.*, p. I-06511, FJ 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.*, p. I-07357, FJ 23, 24, 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, *Rec.*, p. I-01543, FJ 24; STJCE 20 enero 2005, *Engler*, C-27/02, *Rec.*, p. I-00481, FJ 50, 51 (que se refiere a una «obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra»), FJ 56 (sobre este caso, *vid.*, *ad ex.*, B. AÑOVEROS TERRADAS, «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el forum actoris a favor del consumidor [A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler]», *La Ley*, 2005, n° 6264, pp. 1-10; ID., «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional

*parte frente a otra*» es amplia<sup>67</sup>. Sin embargo, las obligaciones cambiarias no surgen de «acuerdos» o compromisos» entre personas distintas, sino que surgen del mismo título-valor, del documento. Estas obligaciones cambiarias derivan de la incorporación de las mismas al documento. Derivan del «documento» o «título-valor», no de un «contrato», «acuerdo» o «compromiso» libremente asumido por una parte frente a la otra (= entre dos partes entre sí, *vis a vis*, «*tête à tête*»), como sucede típicamente en un contrato. Estas obligaciones cartáceas no nacen de un compromiso libremente asumido por «una parte» con «otra parte» distinta. Estas obligaciones nacen del título-valor (= del documento en sí) y no de un contrato entre las partes. Existe una «*estrechísima relación ente el documento y la acción*», de modo que «*la tenencia del documento, adquirido legalmente, es el propio título*» (A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DíEZ PICAZO GIMÉNEZ)<sup>68</sup>. La obligación existe porque hay un título cambiario que así lo indica, y no porque sea consecuencia de un acuerdo entre sujetos particulares; (c) Por otro lado, el TJCE ha señalado que el concepto de «materia delictual o cuasi delictual» es muy amplio. Comprende toda obligación que no surge de una relación jurídica libremente asumida por las partes<sup>69</sup>. Es un «concepto jurídico europeo de carácter residual», pues toda obligación jurídica que no puede ser calificada como «contractual» en Derecho de la UE, es una obligación «extracontractual» o «en materia delictual o

---

privado», *REDI*, 2005, pp. 929-934; F. DE BARI, «L'interpretazione degli obblighi della Commissione nel procedimento di controllo in materia di aiuti regionali destinati ai grandi progetti d'investimento», *DPCE*, 2005, pp. 860-864; V. CAPUANO, «La Corte di giustizia e l'interpretazione della nozione di 'materia contrattuale'», *DPCE*, 2005, pp. 953-958; G. DE CRISTOFARO, «Ancora sulle promesse di vincita transfrontaliere: della discutibile oscillazione fra 'materia contrattuale' e 'materia dei contratti dei consumatori'», *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 81-86; K. FELKE, «Gewinnzusage aus dem Ausland: Internationale Zuständigkeit für die Klage auf Auszahlung des Preises», *EWS*, 2005, pp. 229-230; D. FUSSENEGGER/A. MATT, «Paragraph 5 j KSchG und neue Aspekte des Gemeinschaftsrechts», *Ecolex*, 2004, pp. 697-698; L. IDOT, «Matière contractuelle», *Europe*, 2005 Mars, Comm. n° 103, p. 27; S. LEIBLE, «Luxemburg locuta - Gewinnmitteilung finita?», *NJW*, 2005, pp. 796-798; S. LORENZ/H. UNBERATH, «Gewinnmitteilungen und kein Ende? - Neues zur internationalen Zuständigkeit», *IPRax*, 2005, pp. 219-223; P. MANKOWSKI, «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht», 2005, pp. 387-388; M.-R. MCGUIRE, «Internationale Zuständigkeit für 'isolierte Gewinnzusagen'», *Ecolex*, 2005, pp. 489-492; J. MÖRSDORF-SCHULTE, «Autonome Qualifikation der isolierten Gewinnzusage», *JZ*, 2005, pp. 770-781; A. PALMIERI, *Il Foro italiano*, 2005, IV, Col. 89-91; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 2004-2005 et 2005-2006», *Cah.dr.eur.*, 2006, pp. 503-507; A. VAQUER ALOY/M. RIVERA SALAZAR, «La promesa unilateral y la sentencia Engler: Algunas consideraciones en vistas al marco común de referencia (Sentencia TJCE de 20 enero de 2005, Asunto C-27/02)», en *Evolución y tendencias del Derecho europeo*, Valencia, Granada, Tirant Lo Blanch, Universidad de Granada, 2006, pp. 455-468; S.C. WASSERER/A. WITTEW, «Gewinnzusagen als Ansprüche aus Vertrag», *European Law Reporter*, 2005, pp. 277-279).

<sup>67</sup> AAP Zaragoza 11 octubre 2007 (transporte de pasajeros).

<sup>68</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DíEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, 3ª ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 457-477.

<sup>69</sup> STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.*, p. 05565; STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, 34/82, *Rec.*, p. 00987; STJCE 26 marzo 1992, *Reichert*, C-261/90, *Rec.*, p. I-02149, comentada por B. ANCEL, *RCDIP*, 1992, pp. 720-726; V. FUENTES CAMACHO, *REDI*, 1993, pp. 440-445; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1993, pp. 461-465; P. SCHLOSSER, «Das anfechtbar verschenkte Ferienhaus in der Provence und die internationale Zuständigkeit der Gerichte», *IPRax*, 1993, pp. 17-18; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles: Années judiciaires 1990-1991 et 1991-1992», *Cah.dr.eur.*, 1992, pp. 700-702; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1993, pp. 499-501; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1992)», *SZIER*, 1993, pp. 360-364; STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.*, p. I-02719; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, *Rec.*, p. I-06511; STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*, C-96/00, *Rec.*, p. I-06367, comentada por G. DE CRISTOFARO, «'Promesse di vincite' transfrontaliere e Convenzione di Bruxelles: dai 'contratti' ai 'contatti' con i consumatori?», *Il Corriere giuridico*, 2003, pp. 70-74; B. FAGES, «L'annonce d'un gain à des fins publicitaires (comparaison franco-allemande sur fond de jurisprudence européenne)», en *Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 223-234; J. FETSCH, «Grenzüberschreitende Gewinnzusagen im europäischen Binnenmarkt», *RIW*, 2002, pp. 936-945; E. FEUCHTMEYER, «EuGH in Sachen Gabriel und weiter? - Neues zur gerichtlichen Zuständigkeit bei § 661 a BGB», *NJW*, 2002, pp. 3598-3599; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *REDI*, 2002, pp. 871-876; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 2003, pp. 651-659; L. IDOT, «Consummateurs», *Europe*, 2002 Octubre, Comm. n° 353, p. 28; H. KOCH, *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 7, 2002, pp. 272-277; S. LEIBLE, «Gewinnbestätigung aus Luxemburg - Zur internationalen Zuständigkeit bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland», *IPRax*, 2003, pp. 28-34; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2002, pp. 873-874; P. RÉMY-CORLAY, *RCDIP*, 2003, pp. 495-508; A. STAUDINGER, «Gewinnzusagen aus dem Ausland und die Frage der Zuständigkeitskonzentration im Europäischen Zivilprozessrecht», *ZEuP*, 2004, pp. 767-782; M. WILDERSPIN, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2004, pp. 63-66; A. WITTEW, «Verbrauchergerichtsstand für grenzüberschreitende Gewinnzusagen», *European Law Reporter*, 2002, pp. 393-394; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.*, p. I-07357.

cuasidelictual». En consecuencia, las obligaciones que surgen en materia cambiaria son obligaciones en «*materia delictual o cuasidelictual*», obligaciones extracontractuales. El art. 5.3 R. 44/2001 es, por tanto, aplicable.

Ciertos autores de probada solvencia científica han estimado, sin embargo, que las obligaciones derivadas de los títulos cambiarios presentan carácter extracontractual. En tal caso, es aplicable el art. 5.1 R. 44/2001 y podrá presentarse la demanda ante el tribunal del lugar donde debía pagarse el título cambiario, determinado por la Ley que rige el contrato inter-partes.

3º) *Acción de enriquecimiento injusto en el ámbito cambiario*. El art. 5.3 R. 44/2001 debe aplicarse también para identificar al tribunal competente en el caso de la acción de enriquecimiento injusto. Esta acción puede ejercitarse cuando no es posible accionar contra todos y cada uno de los obligados cambiarios y tampoco pueden ya ejercitarse acciones casuales contra los mismos. La doctrina duda de su calificación contractual o extracontractual así como su sobre su calificación como acción cambiaria o extracambiaria. Visto que no es claro que se pueda considerar que existe un contrato entre los sujetos partes en los litigios derivados de acciones por enriquecimiento injusto cambiario, se impone una calificación extracontractual también en estos casos. El art. 5.3 R. 44/2001 es, también, aplicable en estos supuestos.

**47.** En cuanto a las medidas cautelares, el embargo preventivo y la acción cambiaria, cabe introducir determinadas reflexiones. La posibilidad de trabar un embargo preventivo se regula por el art. 31 R. 44/2001. En consecuencia, el demandante de medidas cautelares puede solicitar tales medidas antes el tribunal del Estado miembro cuyas Leyes permitan acordar tales medidas cautelares (art. 31 R. 44/2001 y, en España, art. 22.5 LOPJ). El art. 31 R. 44/2001 permite que los tribunales de un Estado miembro puedan adoptar medidas cautelares cuando dispongan de normas de competencia judicial internacional que así lo autoricen en su propio Derecho. En el caso español, es aplicable el art. 22 LOPJ que indica que «*[e]n el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes: (...) 5º Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*» (*forum executionis*). El Derecho Procesal del Estado en cuestión determina el elenco de medidas cautelares que pueden solicitarse y adoptarse y las condiciones procesales necesarias para ello, tales como el *fumus boni juris*, la cuantía mínima, etc. Es cierto que el TJUE ha indicado que debe exigirse que debe concurrir un «vínculo de conexión real» entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia del tribunal del Estado miembro ante el que tales medidas se han solicitado. Este vínculo real se verifica, sin duda, cuando los bienes están situados en el territorio del Estado miembro en cuestión («vínculo territorial»). Esta cuestión del embargo preventivo es importante porque, en el actual sistema legal español, el tribunal español que conoce de un litigio cambiario, «*analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas: (...) | 2.ª Ordenar el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago...*» (art. 821.2 LEC). Pues bien, para poder adoptar este embargo preventivo, los bienes del deudor deben hallarse en territorio español y el embargo debe cumplirse en dicho territorio (art. 22.5 LOPJ).

**48.** A falta de instrumento legal internacional aplicable, los tribunales españoles podrán conocer de litigios cambiarios canalizados a través del juicio especial declarativo cambiario, siempre y cuando dispongan de competencia judicial internacional atribuida por los foros recogidos en el art. 22 LOPJ: foro de la sumisión expresa de las partes y foro en materia de obligaciones extracontractuales (art. 22.3 LOPJ), esto es, cuando «*el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España*». La precisión de este lugar del «*hecho del que deriven las obligaciones extracontractuales*» debe realizarse con arreglo a las mismas pautas hermenéuticas ya empleadas para precisar la misma noción en el hoy art. 5.3 R. 44/2001.

**49.** Algunas cuestiones relevantes del juicio especial cambiario en los litigios internacionales deben ser subrayadas.

1º) *Examen preliminar de la existencia y validez del título cambiario en casos internacionales (I)*. El juez español internacional y territorialmente competente para decidir el juicio cambiario debe realizar un examen preliminar de la validez de fondo y forma del título cambiario. Dicho título debe presentarse con la demanda (A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DíEZ PICAZO GIMÉNEZ)<sup>70</sup>. En efecto, indica el art. 819 LEC que «[s]ólo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley cambiaria y del cheque». Varios aspectos son importantes:

(a) Esta remisión que realiza el art. 819 LEC en favor de la Ley cambiaria y del cheque comprende, naturalmente, las normas de conflicto de Leyes contenidas en dicha Ley. Por tanto, en los supuestos internacionales, la existencia y la validez del título cambiario debe comprobarse con arreglo a la Ley estatal, española o extranjera, que resulte de aplicación a la cuestión debatida según las normas de conflicto españolas contenidas en la Ley cambiaria y del cheque. De este modo, si se suscita una duda sobre la capacidad del librador de la letra de cambio, el juez aplicará la Ley nacional de dicho sujeto (art. 98 LCCh.), y si se suscita una duda sobre la «forma» en la que consta el endoso en la letra de cambio, será aplicable la Ley del país en cuyo territorio se han realizado el endoso (art. 99.I LCCh.). Y así sucesivamente.

(b) Un agudísimo problema preliminar surge ante documentos cambiarios respecto de los cuales se discute si son, realmente, tales documentos. Así, en el caso de que el acreedor cambiario intente abrir juicio cambiario contra deudor español en virtud de una letra de cambio impagada emitida en Nueva York, pueden surgir dudas sobre si dicho documento es una «letra de cambio». Para solventar la cuestión debe arrancarse del art. 12.1 CC: la Ley española determina qué documento debe ser considerado «letra de cambio» o no. En caso afirmativo, se podrá incoar el juicio cambiario y para valorar la «validez» del título cambiario serán aplicables las normas de conflicto contenidas en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. En caso negativo, no será posible ni siquiera iniciar el juicio cambiario, porque no hay «letra de cambio». Ahora bien, la Ley española es particularmente estricta a la hora de definir qué debe entenderse por «letra de cambio» (arts. 1 y 2 LCCh.). Se llegaría, así, a la conclusión de que, para abrirse el juicio cambiario en España, todas las letras de cambio del mundo deben contener las menciones recogidas en los arts. 1 y 2 LCCh. Esto es, se exigirá que la letra de cambio contenga la denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para su redacción, el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, el nombre de la persona que ha de pagar, denominada librado, el lugar en que se ha de efectuar el pago, el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar, y la fecha en que la letra se libra. Y el documento que carezca de alguno de los requisitos anteriores «no se considera letra de cambio» (art. 2 LCCh.), por lo que no podrá servir de título para iniciar el juicio cambiario. Este problema resultaría realmente grave en el supuesto de letras emitidas en países anglosajones, en cuyo contexto, la letra de cambio (= *Bill Of Exchange*) es un título fuertemente «desformalizado», esto es, al que no se exigen requisitos formales tan severos como los requeridos en Derecho español.

(c) Ciertos autores han estimado que, para solventar el problema anterior, la calificación del documento como letra de cambio, pagaré o cheque, debe realizarse con arreglo a la Ley del país de emisión del título cambiario. Sin embargo, tal solución vulnera el citado art. 12.1 CC.

(d) La solución al problema debe arrancar de una correcta interpretación del art. 12.1 CC. Este precepto no exige que toda letra de cambio se ajuste al concepto de «letra de cambio» del Derecho español. Exige, exclusivamente, que el documento sobre el que trata de iniciarse el juicio cambiario en España, sea un documento que desarrolle la función que, en Derecho español, despliega la letra de cambio «española». En efecto, se trata de interpretar los conceptos empleados por las normas de DIPr. de una manera específica, en sintonía con la función internacional del DIPr. y con la realidad internacional que regulan dichas normas de conflicto. En este sentido, puede definirse la letra de cambio como un documento que incorpora al mismo la obligación pura y simple de pagar una suma determinada, obligación desligada del contrato o relación jurídica subyacente. Debe llevarse a cabo, por tanto, una «calificación

<sup>70</sup> Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DíEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, 3ª ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 457-477.

funcional» del documento, -presunta letra de cambio, pagaré o cheque-, presentado como título para abrir, en España, un juicio especial cambiario. Una calificación que debe tener presente la «función» que desarrolla en Derecho español el título cambiario.

2º) *Examen preliminar de la existencia y validez del título cambiario en casos internacionales (II)*. En dicho sentido, el art. 821.1 y 2 LEC indica que el juicio cambiario comenzará mediante demanda sucinta a la que se acompañará el título cambiario y que «[e]l tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentra conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas (...)». No es preciso que la cantidad reclamada en juicio declarativo especial cambiario sea igual o superior a 300 euros, pues la letra de cambio, pagaré y cheque ya no son títulos ejecutivos, este proceso no es un proceso de ejecución y por tanto, el art. 520 LEC no es aplicable (A. DE LA OLIVA SANTOS / I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ)<sup>71</sup>. No es exigible para abrir y sustanciar este proceso especial cambiario que se haya satisfecho el pago del impuesto de ADJ requerido por el art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Dicha exigencia sólo es operativa cuando, en virtud de texto legal internacional en vigor para España, se intente ejecutar un título cambiario en España como «título ejecutivo / documento público con fuerza ejecutiva» formalizado en el extranjero.

3º) *Competencia territorial*. Será competente para el juicio cambiario el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado (art. 820.1 LEC). Si el tenedor del título demandare a varios deudores cuya obligación surge del mismo título, será competente el domicilio de cualquiera de ellos, quienes podrán comparecer en juicio mediante una representación independiente. No serán aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la LEC.

4º) *Oposición cambiaria y Ley aplicable a las excepciones cambiarias*. Indica el art. 824.1 LEC que sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en los diez días siguientes al del requerimiento de pago el deudor podrá interponer demanda de oposición al juicio cambiario. El art. 824.2 LEC precisa que la oposición se hará en forma de demanda y que el deudor cambiario «podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque». Dos datos deben quedar claros en este momento: (a) Las «excepciones cambiarias» revisten carácter sustantivo. El Derecho procesal español contiene un elenco de excepciones oponibles por el deudor cambiario (*vid.* básicamente, art. 67 LCCh.). Ahora bien, dicho elenco es operativo exclusivamente para casos de oposición cambiaria «meramente internos» o «totalmente españoles»; (b) En los litigios internacionales, las normas de conflicto españolas correspondientes, encargadas de determinar la «Ley aplicable» a los distintos aspectos de las relaciones cambiarias, fijan tanto el elenco de excepciones cambiarias oponibles como su régimen jurídico material<sup>72</sup>.

5º) *Precisión de la Ley aplicable a las diferentes excepciones cambiarias*. Con mayor detalle, la Ley aplicable a las distintas excepciones cambiarias es la que sigue.

a) *Excepciones por falta de regularidad formal del título cambiario*. Quedan sujetas a la ley reguladora de la «forma de las declaraciones cambiarias» (arts. 99 y 164 LCCh.).

b) *Excepciones relativas al ejercicio del derecho del acreedor cambiario*. Se rigen por distintas normas: (a) La exigencia del protesto se rige por los arts. 104 y 167.9ª y 10ª LCCh.; (b) La falta de notificación o presentación al pago, se sujetan a los arts. 100 y 165 LCCh., aunque los plazos y formas en que deba ser realizado se rigen, para el cheque, por el art. 167.2º y 10º LCCh.; (c) La excepción fundada en la falta de vencimiento de la deuda se regula por las leyes designadas por los arts. 100 y 167.1º LCCh.; (d) La excepción de prescripción se rige por lo dispuesto en los arts. 100.I y 101 LCCh., -para la letra de cambio-, y art. 166 LCCh. -para el cheque.

c) *Excepciones por falta de capacidad cambiaria*. Se sujetan a las Leyes estatales designadas por los arts. 98 y 162 LCCh., básicamente, a la Ley nacional del sujeto (= cuidado y atención, porque se admite el reenvío de primer y de segundo grado).

d) *Excepciones relativas a la falta de legitimación del tenedor*. Se apreciarán con arreglo a la Ley que rige el acto de «transmisión del título» (arts. 100 y 165 LCCh.).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> SAP Madrid 25 enero 1990.

e) Excepciones que afectan a la *falta de validez de fondo de la obligación cambiaria*. Estas excepciones suelen afectar a la regularidad del consentimiento cambiario, y se rigen por la Ley designada por los arts. 100 y 165 LCCh.

f) *Excepciones personales*. Éstas sólo pueden oponerse frente a ciertos sujetos o frente a terceros que proceden de mala fe y se conocen, también, como «excepciones relativas» o «excepciones excluidas», se regulan por la Ley estatal designada por los arts. 100 y 165 LCCh.<sup>73</sup> En particular, las llamadas excepciones causales o excepciones personales extracambiarías, -como el incumplimiento del contrato subyacente-, se sujetan igualmente a la Ley estatal designada por los arts. 100 y 165 LCCh. -que regirá su eventual pertinencia-, si bien la Ley aplicable a su existencia, -que determinará, *ad ex*. si el contrato es nulo o válido-, es un aspecto no regulado por las normas de conflicto contenidas en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Este aspecto está sujeto a la Ley estatal designada por las normas de conflicto generales en materia de contratos internacionales (Reglamento Roma I de 17 junio 2008).

**50.** El funcionamiento del juicio especial cambiario en el contexto internacional puede ilustrarse con un ejemplo. Una empresa con sede estatutaria en Moscú (MOS) libra en dicha ciudad tres letras de cambio contra la empresa BILB, sociedad española con sede en Bilbao, por un total de 100.000 euros. Las letras fueron libradas para pagar la deuda derivada de una venta de trigo que MOS realizó a BILB. La sociedad BILB acepta las letras y las firma en Moscú. Las letras deben pagarse en Bruselas. La empresa MOS, necesitada de liquidez, endosa la letra de cambio a la empresa VAR, sociedad polaca con sede en Varsovia. Llegado el vencimiento de la letra, VAR reclama el pago en Bruselas pero BILB no paga por falta temporal de liquidez. VAR decide reclamar judicialmente ante los tribunales españoles con arreglo al juicio cambiario (arts. 819-827 LEC) y BILB se opone. Alega BILB que el documento en el que, presuntamente consta la letra de cambio, no contiene las menciones necesarias a tenor de los arts. 1 y 2 LCCh 1985. Pues bien, los tribunales españoles son competentes para conocer del asunto en virtud del foro del domicilio del demandado en España (art. 2 R. 44/2001). Sin embargo, el hecho de que la letra no se ajuste al modelo de letra española no debe determinar el fracaso del juicio cambiario por falta de «título cambiario». Es decir, el juez español debe llevar a cabo una calificación funcional de la letra de cambio librada en Moscú con arreglo al Derecho ruso. Si la letra de cambio rusa desarrolla la función que, en Derecho español, despliega la letra de cambio «española», entonces podrá ser «calificada» como una letra de cambio y podrá abrir el juicio cambiario en España. Si la letra de cambio rusa es un título valor que incorpora al mismo la obligación pura y simple de pagar una suma determinada, obligación diferente y desvinculada del contrato de compraventa de trigo, será considerada «letra de cambio» y podrá servir de título para iniciar el juicio cambiario en España.

### **3. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Aspectos básicos.**

**51.** Diversas observaciones preliminares deben tenerse presentes al respecto.

1º) Todos los ordenamientos jurídicos estatales prevén la posibilidad de ejecutar judicialmente el contenido de ciertos documentos, conocidos como «documentos con fuerza ejecutiva», a pesar de no ser resoluciones dictadas por tribunales de Justicia. Es el caso de las escrituras públicas, de las letras de cambio, de los cheques, de las pólizas de contratos mercantiles, etc. Tales títulos permiten acudir, directamente, a un proceso de ejecución judicial del título extrajudicial, sin necesidad de haber seguido, previamente, un proceso judicial declarativo. En el caso de España, el art. 517, párrafos 2-7 LEC, contiene la relación de «documentos públicos extrajudiciales con fuerza ejecutiva». Son documentos que permiten fundar en los mismos la «acción ejecutiva» (art. 517.1 LEC).

2º) Las normas que regulan la acción ejecutiva se justifican por necesidades prácticas y por razones ligadas a la eficiencia económica, lo que se aprecia en estos datos: a) La acción ejecutiva proporciona una tutela judicial veloz al acreedor, y le evita tener que acudir a un proceso declarativo previo; b) La acción ejecutiva no prejuzga en absoluto la validez o nulidad del acto o negocio del que trate causa el

<sup>73</sup> SAP Madrid 25 enero 1990.

documento (= *ad ex.* la validez de una compraventa que justificó el libramiento de una letra de cambio). Dicho aspecto no es objeto del proceso ejecutivo; c) Queda siempre abierta la posibilidad de ejercitar una «acción declarativa» en orden a la impugnación del *negotium* del que es reflejo el documento a ejecutar. Se acorta, así, el *processus iudicii*: a un documento emitido con ciertas solemnidades y que respeta ciertas garantías, la Ley le anuda «eficacia ejecutiva». El juez deberá comprobar que concurren los presupuestos de la ejecución del título, despachando, en caso positivo, la ejecución. A tal ejecución puede oponerse el deudor mediante alguno de los motivos que afectan a la regularidad del título y, con muchas limitaciones, algunos motivos causales (= los llamados «motivos de oposición a la ejecución», recogidos en el Derecho español en los arts. 556 y 557 LEC).

**52.** Varios aspectos deben distinguirse en relación con la aplicación de la Ley española a la ejecución, en España, de títulos cambiarios formalizados en otros Estados.

1º) *Tutela judicial de los derechos y art. 3 LEC.* La ejecución en España de un título cambiario constituye un aspecto relacionado con el modo de hacer efectivos los derechos subjetivos. Es una cuestión de «tutela judicial de los derechos». Pues bien, la tutela judicial de los derechos es un aspecto de carácter procesal. En los casos internacionales, procede, por tanto, aplicar el art. 3 LEC. Este precepto contiene la conocida regla *Lex Fori Regit Processum*. con arreglo a la misma resulta que «cómo y a través de qué vías» se protegen los derechos de los particulares es una cuestión que decide el Derecho procesal del Estado donde tales derechos pretenden hacerse valer. En otros términos, puede afirmarse que la tutela judicial, en España, de los derechos del acreedor de la letra de cambio y del cheque, por ejemplo, debe llevarse a cabo por las vías previstas en el Derecho procesal español, ya se haya emitido la letra o el cheque en España o en el extranjero.

2º) *Cuestión de Derecho aplicable y no de validez de resoluciones extranjeras.* La ejecución en España de ciertos títulos valores emitidos en el extranjero no constituye una es un aspecto relativo a la validez en España de «decisiones extranjeras». Es una cuestión de «tutela judicial de los derechos» en relación con la que debe fijarse la Ley estatal que la rige. La ejecución en España de títulos valores emitidos o formalizados en el extranjero presenta, pues, problemas de «Derecho aplicable». En este caso, la tutela judicial es más efectiva y veloz: se instrumenta en una sola fase, la fase ejecutiva del título-valor. No se trata de hacer efectiva en España ninguna «decisión extranjera» que ya haya «declarado» el derecho del acreedor. El acreedor ejercita una acción ejecutiva ante los tribunales españoles y ello suscita problemas de Derecho aplicable al fondo del asunto.

3º) *El enfoque edificado sobre la validez extraterritorial de decisiones seguido por numerosos instrumentos legales internacionales vigentes para España.* Numerosos instrumentos legales internacionales vigentes para España han enfocado esta problemática desde el prisma de la «eficacia de decisiones extranjeras». Estos instrumentos legales internacionales suelen exigir la obtención del *exequatur* de los títulos valores como paso previo para ejercitar la acción ejecutiva del título-valor. En defecto de estos instrumentos legales vigentes a para España, un título cambiario formalizado o emitido en el extranjero no es una «decisión extranjera». Por ello, no es posible obtener un *exequatur* de tales títulos en España a través de los art. 951-958 LEC 1881.

Así, por ejemplo, en un caso de compraventa internacional de mercancías, la empresa norteamericana NORT, vendedora, no ha recibido el precio pactado que debía entregar la empresa española compradora ESP. La empresa ESP había aceptado una letra de cambio librada por NORT por el importe equivalente al precio de la compraventa internacional, esto es, 300.000 dólares USA. Llegado el vencimiento de la letra, ESP no procede al pago de la misma. si la letra de cambio fuera, en Derecho español, un título ejecutivo, el librador-tomador de la letra de cambio (NORT) no tendría por qué acudir a los tribunales para que fuera «declarado su derecho». Podría ahorrarse la «fase declarativa» del proceso. Acudiría, directamente, a la «fase ejecutiva», esto es, podría instar que se ejecute el título cambiario a su favor. El juez español competente para conocer del proceso de ejecución forzosa y ante el que se presentase la letra de cambio para su ejecución, se limitaría a examinar si el título ejecutivo, -la letra de cambio-, es uno de los títulos que permiten fundar en el mismo la acción ejecutiva y si dicho título cambiario reuniese los requisitos de legalidad exigidos por la Ley, despacharía la ejecución. sin embargo, tras la LEC 2000, la letra de cambio ya no es un título ejecutivo en España y no es posible instar su

ejecución con arreglo al art. 517 LEC, a menos que una norma de fuente internacional así lo establezca (art. 523 LEC).

**53.** La ejecución en España de títulos cambiarios emitidos o formalizados en el extranjero es una cuestión que se regula por diferentes instrumentos legales: 1º) En primer lugar por lo establecido en los instrumentos legales internacionales vigentes para España (art. 523.1 *in primis* LEC); 2º) En segundo lugar y en defecto de regulación internacional aplicable, se estará a lo dispuesto en las normas españolas de producción interna. El Derecho español carece de una regulación jurídica específica que se ocupe de la ejecución en España de títulos cambiarios formalizados en el extranjero. Ello obliga a la aplicación de las normas generales en la materia.

#### **4. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Derecho de la UE y Convenios internacionales**

**54.** Numerosos instrumentos legales internacionales contienen normas que determinan las condiciones en las que ciertos «documentos públicos con fuerza ejecutiva» formalizados o emitidos en el extranjero, pueden servir para abrir, en España, un proceso de ejecución del contenido de los mismos. Entre tales instrumentos legales internacionales deben distinguirse, por una parte, el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y por otra parte, ciertos Convenios bilaterales firmados por España.

**55.** En los supuestos en los que resulta aplicable el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe observarse su art. 57 R. 44/2001. Este precepto introduce un sistema para la ejecución en los Estados miembros, de títulos cambiarios formalizados por autoridades de otros Estados miembros. Dicho sistema se caracteriza por las siguientes notas.

**56. a) Necesario exequatur del título cambiario.** La ejecución de un título cambiario emitido en otro Estado miembro se contempla como un supuesto de «validez extraterritorial de decisiones». Por tanto, el título cambiario extranjero debe obtener, en España, su necesario *exequatur* y para declarar «ejecutorio» en España el documento cambiario extranjero, debe seguirse el procedimiento de *exequatur* (art. 57.1 R. 44/2001 y arts. 38-56 R. 44/2001). Obtenido el *exequatur* del título cambiario, puede abrirse en España el correspondiente juicio ejecutivo a través del art. 517 LEC, sobre la base de dicho documento público extranjero pero ya homologado / exequaturizado en España. Tal *exequatur* debe ser solicitado por la parte interesada.

El *exequatur* se otorga de plano. Presentados los documentos pertinentes, se concede. Ahora bien, en el recurso de apelación contra el auto que otorga el *exequatur*, el único motivo por el que puede rechazarse dicho *exequatur* radica en que dicho *exequatur* resultara «*manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*». Ello supone una reducción de los motivos de rechazo al *exequatur* previstos en los arts. 34 y 35 R. 44/2001.

**57. b) Requisitos del título cambiario extranjero para poder instar el exequatur del mismo.** El título cambiario extranjero debe reunir los siguientes requisitos para poder ser admitido a trámite de *exequatur* a tenor del Reglamento 44/2001.

1º) *Documento público.* Debe tratarse de un «*documento público*». Debe tratarse de un documento «*formalizado por autoridades o funcionarios u oficiales públicos*» (art. 57 R. 44/2001)<sup>74</sup>. Un

<sup>74</sup> STJCE 17 junio 1999, *Unibank*, as. C-260/97, *Rec.*, p. I-03715, comentada por G.A.L. DROZ, *RCDIP*, 2000, pp. 250-253; R. GEIMER, «Freizügigkeit vollstreckbarer Urkunden im Europäischen Wirtschaftsraum», *IPRax*, 2000, pp. 366-369; Id., *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 6, 2001, pp. 182-186; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *JDI Clunet*, 2000, pp. 539-540; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1999, pp. 729-732; P. VOLKEN, *SZIER*, 1999, pp. 498-499.



título de crédito que sea ejecutivo según el Derecho del Estado de origen pero que no haya sido «*intervenido por una autoridad pública*» habilitada al efecto, no es un «*documento público*» a efectos del Reglamento 44/2001. La autoridad que extiende el documento debe certificar no sólo la autenticidad de las firmas de los particulares, sino también la legalidad del contenido del documento. Por ello, los documentos expedidos o autorizados por un *Notary Public* inglés no son «documentos públicos», porque dichos sujetos sólo verifican la «autenticidad de la firma» de las partes. Por lo tanto, será preciso que la letra de cambio o el cheque hayan sido intervenidos por autoridad pública extranjera -*ad ex.* notario, en el trámite del protesto-. Y que tal autoridad pública haya establecido la «autenticidad» de «*un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del Derecho del Estado de origen*»<sup>75</sup>. En caso contrario, esto es, si se trata de un documento meramente privado cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por dicho Estado, dicho documento no constituye un «documento público» en el sentido del art. 57 R. 44/2001. Podrá acudir, en dicho caso, a otros Convenios internacionales que pudieren resultar de aplicación o, en su defecto, a lo previsto en las normas de producción interna.

2º) *Documento auténtico*. El título debe reunir las condiciones de autenticidad exigidas por la Ley del Estado donde se ha formalizado. Es decir, que el título cambiario debe ser cumplir con las «exigencias formales» requeridas por el Derecho del Estado miembro cuyas autoridades han autorizado o han intervenido en la confección del documento. Y una autoridad pública debe haber establecido la «autenticidad» del documento cambiario.

3º) *Materias*. El título cambiario extranjero debe contener / reflejar relaciones jurídicas que versen sobre materias incluidas en el ámbito material del Reglamento 44/2001 (art. 1 R. 44/2001). Ello no presentará, normalmente, problemas, pues en el negocio cambiario existe una pluralidad de obligaciones contractuales, cubiertas por el art. 1 R. 44/2001. En el supuesto de estimar que las obligaciones contenidas en el título cambiario presentan un «carácter extracontractual», la aplicación del Reglamento es igualmente procedente.

4º) *Exclusión de las resoluciones judiciales y otras resoluciones*. Deben ser documentos que no presenten naturaleza de «decisiones judiciales» en los términos del art. 32 R. 44/2001, ni de transacciones judiciales en los términos del art. 58 R. 44/2001.

5º) *Carácter ejecutivo del documento cambiario según la Ley del Estado miembro de origen*. El documento debe ser *ejecutivo*, esto es, debe tener fuerza ejecutiva, con arreglo a la Ley del Estado donde ha sido formalizado o emitido. Ello es lógico. De ese modo refuerza la seguridad en la utilización del documento, pues sólo es ejecutivo el documento cambiario que nace como tal y será «ejecutivo» en todo el territorio de la UE. En consecuencia, el título cambiario carecerá de «efectos ejecutivos» si no es «ejecutivo» en el Estado miembro de origen, aunque los tuviera según la Ley española o según la Ley de otro Estado miembro donde se pretendiera ejecutar. El carácter ejecutivo del título cambiario extranjero se prueba a través del Anexo VI del Reglamento 44/2001. No puede controlarse ni la competencia de la autoridad que extiende, formaliza o interviene en el documento cambiario, ni tampoco la Ley aplicada al título para declarar su validez o ejecutoriedad ni siquiera la validez del «negocio» contenido en el documento público. La persona que sostenga la invalidez del negocio deberá ejercitar una acción declarativa para declarar la nulidad del acto o del documento en el que se contiene.

Contra el auto que otorga el *exequatur* del título cambiario cabe un recurso de apelación y contra la resolución que resuelva el mismo, un recurso de casación. El único motivo revisable en ambos recursos es la posible contradicción de la ejecución del documento con el «orden público internacional» del Estado requerido<sup>76</sup>.

**58.** La regulación contenida en el art. 57 R. 44/2001 es idéntica a la que se recoge en el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 en relación con los Estados partes en el mismo.

<sup>75</sup> STJCE 17 junio 1999, *Unibank*, as. C-260/97, *Rec.*, p. I-03715, FD 21 y 18.

<sup>76</sup> AAP Las Palmas 31 julio 2007 (*exequatur* en España de escritura pública alemana de constitución de deuda transferida a un tercero).

**59.** El «régimen jurídico europeo» antes expuesto puede apreciarse con el uso de diversos ejemplos prácticos.

1º) Una letra de cambio se libra en Italia por la empresa MIL, con sede social en Milán contra la empresa OVI, con sede social en Oviedo. La letra, que debía pagarse en Milán, no es atendida. La empresa MIL presenta la letra de cambio a protesto ante notario italiano, que constata la autenticidad de la misma. Con la letra protestada, la empresa MIL se pregunta si puede emplear la misma como documento ejecutivo en España y abrir, directamente, un proceso de ejecución forzosa en España (art. 517 LEC). En Italia, las letras de cambio disponen de «fuerza ejecutiva». Pues bien, la empresa MIL deberá, en primer lugar, instar un *exequatur* en España de la letra protestada e intervenida por el notario (art. 57 R. 44/2001). El *exequatur* se debe solicitar ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del deudor en España. En tal *exequatur*, y presentados los documentos requeridos, el juez competente expedirá, *de plano*, el *exequatur* de la letra de cambio italiana. No puede denegarse el *exequatur*. En apelación y casación, deberá, en su caso, controlarse que el documento no infringe el orden público español. Obtenido el *exequatur* de la letra de cambio italiana, el solicitante se debe dirigir al juez competente para conocer de la acción ejecutiva, que aplicará el art. 517 LEC, y exigirá, aparte de la presentación del título extranjero «homologado» con el *exequatur*, las demás condiciones que requiere el art. 520 LEC -deuda superior a una cierta cantidad, en dinero efectivo, en moneda extranjera convertible, etc.-. Además, el poseedor de la letra debe cumplir con los «requisitos fiscales» y pagar el impuesto de AJD a tenor del art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o en caso contrario, la letra perderá su «fuerza ejecutiva». Y todo ello, aunque el art. 517.2 LEC no incluya las letras de cambio en la lista de «documentos con fuerza ejecutiva», pues el art. 523.1 LEC lo permite mediante la remisión que realiza a las normas internacionales en vigor para España, entre las que se cuenta el Reglamento 44/2001.

2º) La empresa MUN, con sede en Munich, Alemania, libra una letra de cambio contra la empresa CAR, con sede en Cartagena, España, por un importe de 50.000 euros. La letra debía presentarse a su pago en Munich, pero no fue pagada por la empresa librada. La empresa MUN presenta la letra de cambio a protesto ante notario alemán, notario que constata la autenticidad de la misma. Con la letra protestada, la empresa MUN desea saber si puede emplear dicha letra de cambio impagada e intervenida por notario alemán, como documento ejecutivo en España e instar un proceso de ejecución forzosa en España (art. 517 LEC). En Alemania, las letras de cambio no disponen de fuerza ejecutiva: existe, como en España, un proceso declarativo similar al monitorio. Pues bien, la empresa MUN no puede obtener el *exequatur* en España de la letra protestada e intervenida por el notario alemán (art. 57 R. 44/2001). En efecto, la letra que no dispone de fuerza ejecutiva según el Derecho del Estado miembro cuya autoridad intervino en la misma (Alemania), no la tendrá en ningún otro Estado miembro. El acreedor cambiario alemán puede, solamente, abrir un proceso declarativo especial cambiario en España sobre la base de la letra de cambio «alemana» (arts. 817-829 LEC).

**60.** Algunas reflexiones críticas pueden realizarse en relación con la regulación contenida en el Reglamento 44/2001 sobre la ejecución de títulos cambiarios extranjeros.

1º) Lo más destacable del sistema seguido por el Reglamento 44/2001 radica en la óptica jurídica con la que ambos textos abordan esta cuestión. La ejecución de un título cambiario emitido en otro Estado miembro o estado parte se contempla como un supuesto de «validez extraterritorial de decisiones». En el sistema acogido por ambos textos legales, para poder abrir un juicio ejecutivo en España sobre la base de una letra de cambio emitida, por ejemplo, en Holanda, se exige que dicho título sea declarado, previamente, «ejecutorio», por parte de las autoridades del Estado donde desea ejecutarse (= España). Debe ser homologado, debe superar el correspondiente *exequatur*, como si fuese una sentencia extranjera a ejecutar en España. Así es, porque el art. 57.I R. 44/2001 remite a los arts. 38-56 R. 44/2001 (= procedimiento de *exequatur*). Agotado el mismo, se habrá obtenido el *exequatur* (= «declaración de ejecutividad»), del título cambiario. Homologado éste, puede abrirse en España el correspondiente juicio ejecutivo a través del art. 517 LEC, sobre la base de dicho documento público extranjero pero ya *homologado* en España.

2º) El reglamento 44/2001 contempla la ejecución de títulos cambiarios como un problema de «validez extraterritorial de decisiones». Esta perspectiva metodológica es consecuencia del hecho de

que tales textos legales siguen los postulados del sistema francés (= *vid.* art. 509 del nuevo *Code de procedure civile*). El sistema francés exige un previo *exequatur* para la ejecución en Francia de documentos públicos formalizados en el extranjero. El DIPr. francés contagió, -como en tantos otros aspectos-, las soluciones del Reglamento 44/2001.

3º) Ahora bien, como no hay mal que por bien no venga, este sistema fundado en la validez extraterritorial de decisiones privilegia ahora la ejecución en España de títulos cambiarios formalizados en otros Estados miembros. En efecto, mientras que tras la LEC 2000 la letra de cambio y el cheque formalizados en España no son ya aptos para abrir un juicio ejecutivo en España, resulta que una letra de cambio o cheque formalizado / intervenido por funcionario público en otro Estado miembro, sí puede, obtenido su *exequatur* en España, servir como título apto para fundar en España una acción ejecutiva *ex art.* 517 LEC. Y ahora llega la parte amarga del dulce: las letras de cambio, pagarés y cheques formalizados en España, carecen de fuerza ejecutiva en España, razón por la cual tampoco podrán nunca ser consideradas como «documentos públicos con fuerza ejecutiva» en los demás Estados miembros de la UE (= «asimetría ejecutiva cambiaria en la UE»). En la misma situación se halla Alemania: el Derecho alemán no permite la «ejecución directa» de una letra de cambio. Debe abrirse un procedimiento declarativo monitorio («*Mahnverfahren*», 688 ZPO) y sólo en caso de oposición pasaría a ser un procedimiento cambiario («*Wechselprozess*», 703.a ZPO). Sin embargo, para Italia, el art. 474 CPC (*Titolo esecutivo*) dispone que «*[l]’esecuzione forzata non puo’ avere luogo che in virtu’ di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile. | Sono titoli esecutivi: | (...) 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonche’ gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la sua stessa efficacia*». Por tanto, una letra de cambio cuya autenticidad ha sido acreditada por funcionario público italiano, será considerada un «documento público con fuerza ejecutiva» en España y en Alemania y, en consecuencia, podrá ganar *exequatur* en ambos países y podrá servir de fundamento para una ejecución forzosa en España (art. 517 LEC) y en Alemania.

**61.** Determinados Convenios internacionales bilaterales firmados por España con otros Estados contemplan la posibilidad de ejecutar «documentos públicos extranjeros con fuerza ejecutiva» formalizados en el otro Estado parte. Pueden ser clasificados en varios grupos.

**62. a)** *Convenios bilaterales con perspectiva de „exequatur» y vía específica particular para los documentos públicos extrajudiciales con fuerza ejecutiva.* Un primer grupo de Convenios adoptan un prisma similar al Reglamento 44/2001, esto es, una perspectiva propia del sector de la validez extraterritorial de decisiones. Por ello, obligan al título cambiario extranjero a superar un *exequatur*, si bien establecen un cauce específico aplicable sólo a estos títulos en el que se limitan fuertemente los motivos de rechazo del *exequatur*. En suma, obtenido el *exequatur*, podrá ejercitarse la acción ejecutiva en España con base al título cambiario extranjero ya homologado a través del *exequatur*. Para conceder el *exequatur*, se exige: 1º) Que el documento sea ejecutivo según la Ley del Estado de origen del documento cambiario; 2º) Que se presente acompañado de la correspondiente traducción; 3º) Que reúna las condiciones exigidas en el Estado de origen para acreditar su autenticidad; 4º) Que la ejecución del documento no resulte contraria al orden público del Estado requerido. En este grupo de Convenios bilaterales deben ser incluidos los siguientes: Convenio hispano-francés de 28 mayo 1969 (arts. 14 y 15), Convenio hispano-italiano de 22 mayo 1973 (art. 22), y Convenio hispano-brasileño de 13 abril 1989 (arts. 28-29).

**63. b)** *Convenios bilaterales con perspectiva de „exequatur» con asimilación de los documentos públicos extrajudiciales con fuerza ejecutiva a las sentencias judiciales.* Un segundo grupo de Convenios bilaterales parte, igualmente, la óptica de la validez extraterritorial de decisiones. Pero aunque obligan al título extranjero a superar un *exequatur*, no establecen una vía propia para ello. En otras palabras, estos Convenios, a efectos de su ejecución, equiparan, simplemente, estos documentos públicos con fuerza ejecutiva, a las «resoluciones judiciales». El juez español competente para conocer de la acción ejecutiva valorará si tales títulos son ejecutivos según la Ley del Estado de origen y si se han

presentado los documentos necesarios. En caso afirmativo, procederá a abrir el proceso ejecutivo. Sólo podrá denegarse si la ejecución es manifiestamente contraria al orden público internacional español. En este grupo de Convenios deben incluirse el Convenio hispano-austríaco de 17 febrero 1984 (art. 17) y el Convenio hispano-alemán de 14 noviembre 1983 (art. 20), el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho ad referendum en Madrid el 24 febrero 2005 (art. 19) y el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (art. 19).

**64.** Debe hacerse notar, sin embargo, que estos Convenios internacionales presentan un alcance dispar en relación a la letra de cambio y cheque. Varios datos deben tenerse muy presentes.

1º) La mayor parte de estos Convenios son aplicables, exclusivamente, a documentos públicos (= intervenidos o formalizados por «autoridades públicas» extranjeras). Sólo cuando se haya levantado el protesto notarial del título en cuestión, o intervención pública equivalente, por una autoridad extranjera, el documento podrá ser considerado «público», y se beneficiará, entonces, de las disposiciones del Convenio en cuestión. En caso contrario, se tratará de un documento privado no cubierto por el Convenio y las condiciones que deberá satisfacer para abrir un proceso ejecutivo serán fijadas por las normas españolas de producción interna.

2º) Sólo los Convenios bilaterales hispano-francés e hispano-italiano incluyen en su ámbito de aplicación, los documentos privados, como las letras de cambio y cheques no intervenidos por autoridad pública. Ello permitirá que las condiciones para la ejecución en España de letras de cambio y cheques emitidos en dichos países, aun sin intervención de autoridad extranjera, sean las proporcionadas por estos dos Convenios internacionales bilaterales. Pero si la Ley del Estado de origen requiere la intervención de autoridad pública para que el título posea «fuerza ejecutiva», aun siendo de aplicación el Convenio, dicho título no podrá servir de base para abrir un proceso de ejecución del mismo en España, pues el título cambiario que no es «ejecutivo» en su país de origen, no lo será tampoco fuera de él<sup>77</sup>.

3º) El Reglamento 44/2001 comporta una «reducción» del ámbito de aplicación objetivo de los Convenios bilaterales de reconocimiento de decisiones entre los Estados partes (art. 69 R. 44/2001). Cuando se trate de documentos públicos, el Reglamento 44/2001 convierte en inoperantes a los Convenios hispano-alemán, hispano-francés, hispano-italiano, e hispano-austríaco. Puede sostenerse que los Convenios hispano-francés e hispano-italiano son, sin embargo, aplicables para la ejecución en España de letras de cambio y cheques en los que no se haya producido intervención de autoridad pública extranjera.

4º) Al igual que ocurre con el Reglamento 44/2001, estos Convenios adoptan una perspectiva de «validez extraterritorial de decisiones». Una vez obtenido el *exequatur*, debe entenderse que el título cambiario exequaturizado es apto para fundar en él la acción ejecutiva (art. 517.1 LEC) aunque los títulos cambiarios «españoles» no sean aptos para fundar en los mismos la acción ejecutiva. Un ejemplo hispano-italiano puede mostrar cómo funcionan estos Convenios internacionales en relación con la letra de cambio y cheque. La empresa ROMA, con sede en Roma, Italia, libra una letra de cambio contra la empresa ALM, con sede social en Almería, España, por un importe de 120.000 euros, con la que se paga una venta de cuadros antiguos. La letra se acepta por la empresa librada en Roma y allí se firma. La letra debía presentarse a su pago en Almería, pero no fue pagada por la empresa librada almeriense. La empresa ROMA desea saber si puede ejecutar directamente la letra de cambio, como «documento con fuerza ejecutiva», en España a través del art. 517 LEC. Pues bien, con arreglo al Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 mayo 1973 (art. 12.6), pueden reconocerse en España las letras de cambio italianas, pues son «documentos con fuerza ejecutiva», esto es, «documentos que, según la Ley del Estado de origen», llevan «aparejada ejecución». Lo que efectivamente, sucede, visto que en Derecho italiano, las letras de cambio son documentos con fuerza ejecutiva. El art. 22 del Convenio indica que «[l]os documentos con fuerza ejecutiva en el territorio de una de las Partes Contratantes serán declarados igualmente ejecutivos en el territorio de la otra por la

<sup>77</sup> SAT Valencia 3 abril 1982, comentada por M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «Perspectiva convencional de la ejecución cambiaria originada por títulos extranjeros (a propósito de la SAT Valencia 3 abril 1982)», *RCEA*, 1984, pp. 89-98.

*autoridad judicial que sea competente según la Ley de esta última (...) La autoridad judicial se limitará a comprobar si los documentos mencionados reúnen las condiciones necesarias de autenticidad en el territorio de la Parte Contratante donde hayan sido autorizados y si el contenido de los mismos no se opone al orden público del Estado requerido». Por tanto, si con arreglo al Derecho italiano, la letra de cambio no intervenida por fedatario público, es un título ejecutivo, podrá ganar un *exequatur* en España a través del Convenio bilateral citado. Tras ello, podrá abrirse un proceso de ejecución forzosa en España (art. 517 LEC).*

**65.** En cuanto a la ejecución material del título cambiario ya *exequaturizado* en España, deben distinguirse varios aspectos.

1º) Homologado el título cambiario extranjero formalizado en otro Estado, puede abrirse un proceso ejecutivo en España, proceso en el que la acción ejecutiva se funda sobre el documento cambiario público extranjero que ha obtenido su *exequatur* en España (arts. 517.1 y 523.1 LEC).

2º) Es cierto que el art. 517.2 LEC no incluye las letras de cambio, pagarés y cheques entre los títulos extrajudiciales que llevan aparejada ejecución en España y es cierto también que el elenco contenido en dicho precepto es *numerus clausus*. Por tanto, podría parecer que una letra de cambio o cheque formalizado en otro Estado y *exequaturizado* en España no podría ser ejecutado materialmente en España. Ahora bien, dos argumentos pueden emplearse para justificar la posibilidad de ejecutar en España títulos cambiarios extranjeros previamente *exequaturizados* en España a través del Reglamento 44/2001 o a través de otros Convenios internacionales vigentes para España. Primero: una interpretación contraria a dicha ejecución perjudicaría el efecto útil del art. 57 R. 44/2001, por lo que no resulta procedente. Segundo: el art. 523.2 LEC, que indica que «*[e]n todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley*», deja bien claro que ello es así «*salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España*», razón por la que puede estimarse que el Reglamento 44/2001, de modo implícito, admite que un título cambiario público que ha obtenido *exequatur* en un Estado miembro, obliga a abrir un proceso de ejecución en dicho Estado miembro. De ese modo, debe entenderse que todo documento público formalizado en un Estado miembro que haya obtenido *exequatur* en España puede ser ejecutado en España a través de un proceso ejecutivo. Idénticas consideraciones pueden realizarse si el título cambiario ha sido *exequaturizado* en España a través de un Convenio internacional vigente para España.

3º) Al tratarse de un «título no judicial», el título cambiario extranjero debe cumplir, además, los requisitos fijados en el art. 520 LEC. Se trata de requisitos de carácter procesal necesarios para alcanzar la buena administración de la Justicia en el proceso de ejecución de títulos extrajudiciales en España. Por ello, tales requisitos deben exigirse a todo título extrajudicial, español o extranjero. En consecuencia, el título cambiario extranjero debe contener una deuda por cantidad determinada que exceda de 300 euros en dinero efectivo, moneda extranjera convertible, o cosa o especie computable en dinero. También deben cumplir con los «requisitos fiscales». En efecto, el art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que indica que «*la falta de presentación a liquidación [de las letras de cambio y documentos cambiarios similares] dentro del plazo implicará también la pérdida de la fuerza ejecutiva que les atribuyen las leyes*».

4º) *Fecha-valor a efectos de cobro del título.* Cuando la cantidad a pagar en virtud de letra u oro título cambiario extranjero viene expresada en moneda extranjera, lo que será frecuente en letras giradas en el extranjero, deberá pagarse en la moneda extranjera pactada, «*siempre que la obligación de pago en la referida moneda este autorizada o resulte permitida de acuerdo con las normas de control de cambios*» (art. 47 LECCh.). Indica dicho precepto, igualmente, que «*cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país de pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar de pago*».

Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda extranjera pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en euros de la suma expresada en la letra de cambio. En este caso, es necesario fijar el «contravalor» en euros de la deuda cambiaria, con vistas a su ejecución (art. 520.1.2º LEC). El art. 47 LCCh., norma especial en la materia, concede al acreedor una opción entre el «día del vencimiento» de la letra de cambio y el día de «pago efectivo» como momento para efectuar la conversión en moneda

española del montante de la letra<sup>78</sup>. Debe recordarse que la moneda en la que se exprese el valor de la letra de cambio debe ser «convertible en España». En caso contrario será imposible establecer el valor de la deuda cambiaria y por tanto, imposible la ejecución en España. Quedará, en tal caso, cerrada la «vía ejecutiva cambiaria», pero expedita la vía judicial ordinaria para fijar el importe líquido de la obligación.

5º) *La llamada «exigencia fiscal» de los títulos cambiarios extranjeros que gozan de fuerza ejecutiva en España.* El art. 39.2 RDLeg 1/1993, de 24 de septiembre (= Ley reguladora del impuesto de AJD) afirma que el primer tenedor de la letra en España es el sujeto pasivo del impuesto, el obligado a satisfacerlo. Si dicho sujeto no abona el importe del impuesto, se perjudica la «fuerza ejecutiva» de la letra en España. Dicho de otro modo, la letra deja de ser título apto para fundamentar un juicio ejecutivo. Es la misma sanción que antes se preveía para las letras «españolas» cuando éstas podían servir de base a un juicio ejecutivo: la falta, total o parcial, de pago del impuesto «privará a estos documentos de la eficacia ejecutiva que les atribuyen las leyes» (art. 37.1 Ley reguladora del impuesto). Esta regulación traslada al ámbito de las «relaciones entre particulares» las consecuencias de un incumplimiento de las «obligaciones fiscales», por lo que resulta muy riguroso. Sin embargo, a través del mismo se garantiza que el Estado español percibirá el importe del impuesto cuando la letra formalizada en el extranjero, siempre que deba surtir «cualquier efecto jurídico o económico en España». De este modo se evitan fraudes (= libramientos de letras en el extranjero pero para ser pagadas en España, con el objetivo de evitar el pago del impuesto al Estado español), y se asegura que la letra que entra en la «esfera española» comportará el pago del impuesto. Es absolutamente indiferente que el librador de la letra, o cualquier otro sujeto, haya satisfecho otro impuesto en el extranjero. Así ocurrirá si la letra se ajusta a un modelo-impreso oficial propio de un país extranjero. La exigencia fiscal ha sido remarcada por la jurisprudencia española con mano firme antes y después de la entrada en vigor de la LCCh<sup>79</sup>. La normativa legal del impuesto no especifica, sin embargo, en *qué momento* debe llevarse a cabo el pago del impuesto: la jurisprudencia lo viene admitiendo en cualquier momento antes de presentar la demanda ejecutiva, -pero no antes de su vencimiento-. Ello se entiende sin perjuicio de los efectos que se deriven a los meros efectos fiscales. En este sentido se pronuncia jurisprudencia.

**66.** El procedimiento de ejecución material del título cambiario extranjero se rige por la Ley procesal española (art. 3 LEC: *Lex Fori Regit Proccesum*). Las normas procesales españolas regularán (arts. 538-720 LEC), por lo tanto: 1º) La estructura de la actividad ejecutiva: embargo preventivo, vías de apremio o realización de los derechos, como la venta forzosa, adjudicación en pago y administración forzosa; 2º) Determinación de los bienes inembargables e inejecutables; 3º) Orden de prelación de los bienes a embargar o ejecutar; 4º) Orden de prelación de los créditos; 5º) La tutela de los derechos de los terceros, como las tercerías; 6º) Causas de oposición a la ejecución en España de un título judicial extranjero que ha ganado el *exequatour* en España<sup>80</sup>; 7º) Los recursos que pueden interponerse contra los actos de ejecución.

## 5. Ejecución en España de letras de cambio, pagarés y cheques emitidos en el extranjero. Normas de producción interna

**67.** En defecto de normas de la UE y de Convenio internacional aplicable, el DIPr. español no dispone de un «procedimiento específico» que permita acreditar la idoneidad de un documento extranjero para abrir el „proceso ejecutivo« en España. En efecto, el art. 523.1 LEC indica que „[p]ara que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional». Lo que ocurre es que no existen, en defecto de normas supranacionales vigentes en España, normas españolas de producción interna que se ocupen, particularmente, de regular los efectos ejecutivos de los documentos públicos extrajudiciales, entre lo que podían situarse los títulos cambiarios.

<sup>78</sup> STS 17 febrero 1989, SAP Barcelona 20 noviembre 1989, Auto JPI núm. 6 Barcelona de 20 abril 1994.

<sup>79</sup> SAT Pamplona 4 diciembre 1975, SAT Pamplona 3 octubre 1979, SAT Sevilla 15 abril 1976, SAT Sevilla 2 julio 1984, SAT Valencia 3 abril 1982, SAP Barcelona 31 enero 1994, SAP Navarra 4 marzo 1994.

<sup>80</sup> AAP Barcelona 3 junio 2004, AAP Barcelona 23 julio 2009 (sentencia suiza).

**68.** Entre las varias tesis que se han propuesto para integrar esta laguna legal, dos de ellas deben ser rechazadas de manera radical.

1º) *Tesis del «exequatur»*. Ciertos autores han sostenido la necesidad de que el documento extranjero (= entre los que se hallan los títulos cambiarios, letra de cambio, pagaré y cheque), supere el trámite de *exequatur* previsto para las sentencias judiciales extranjeras en los todavía vigentes arts. 951-954 LEC 1881. Sin embargo, la analogía necesaria para aplicar estos preceptos, no existe en el este caso. Los arts. 952-954 LEC 1881 están previstos *exclusivamente* para la obtención del reconocimiento / *exequatur* de sentencias judiciales extranjeras, no de títulos extrajudiciales. La jurisprudencia española ha rechazado, expresamente, este cauce<sup>81</sup>. No obstante, otros sistemas de DIPr. siguen este mecanismo, como el Derecho francés (= *vid.* art. 509 nuevo *Code de procédure civile*).

2º) *Tesis de la proyección «directa y pura» del art. 517.2 LEC al ámbito internacional*. Según esta tesis, podrían servir como títulos aptos para abrir el juicio ejecutivo los enumerados en el art. 517 LEC, aun cuando hubieran sido formalizados en el extranjero. Esta interpretación no resulta satisfactoria. El art. 517 LEC está redactado en clave puramente interna española. Hace referencia a «documentos españoles». Su aplicación directa a los documentos extrajudiciales extranjeros debe rechazarse. Podría llevar a resultados absurdos. Habría que otorgar eficacia ejecutiva en España, por ejemplo, a escrituras públicas que carecen de tal fuerza en el Estado donde han sido formalizadas. Y viceversa: habría que denegar la eficacia ejecutiva en España a documentos emitidos en Estados cuya legislación sí les anuda efectos ejecutivos<sup>82</sup>.

**69.** Se trata, por tanto, de dilucidar si una letra de cambio o cheque emitido o formalizado en el extranjero, puede servir de base a la «acción ejecutiva» a ejercitar en España, todo ello, en defecto de norma internacional aplicable. Pues bien, para integrar correctamente la laguna que presenta el Derecho español en este punto, es preciso dejar claro que la ejecución de títulos extrajudiciales en España es una cuestión de carácter procesal y por tanto, está sujeta al Derecho español (art. 3 LEC). En consecuencia, el Derecho Procesal español determinará los siguientes extremos:

1º) Cuáles son los concretos títulos que llevan aparejada acción ejecutiva. Son los títulos recogidos en el art. 517.2 LEC.

2º) Cuáles son los requisitos que deben exigirse a dichos títulos para abrir un juicio ejecutivo en España. Por ejemplo, si la deuda y/o la obligación debe estar vencida, si debe ser deuda en moneda española, si el título debe ser válido, etc. Tales requisitos vienen relacionados en el art. 520 LEC. No obstante, debe recordarse que si la legislación procesal española exige la presencia de un determinado „requisito de fondo« en el título extrajudicial, es posible que dicho requisito quede sujeto, por imperativo de las normas de conflicto españolas, a un Derecho extranjero. Así, si la norma procesal española requiere que los „títulos al portador o nominativos» hayan sido «legítimamente emitidos», es muy posible que una norma de conflicto exija aplicar una Ley extranjera para comprobar si el título en cuestión es válido.

3º) Cuáles son los requisitos específicos deben presentar los títulos extrajudiciales «extranjeros», precisamente por ser «extranjeros», para poder servir de fundamento de una acción ejecutiva a ejercitar en España.

**70.** Para ejercitar la acción ejecutiva fundada en un documento „público extranjero«, entiende la doctrina que debe seguirse un principio de «sustitución y equivalencia». De este modo, los títulos extrajudiciales extranjeros podrán servir de fundamento de la acción ejecutiva en España cuando resulten «equivalentes» a los títulos extrajudiciales que con arreglo al art. 517 LEC, permiten ejercitar dicha acción ejecutiva.

Ahora bien, como ya se ha avanzado, la posibilidad de los títulos cambiarios extranjeros para servir de fundamento de la acción ejecutiva en España debe descartarse de plano, pues el art. 517.2 LEC no admite que tales títulos cambiarios puedan ejecutarse directamente mediante una acción ejecutiva. La Exposición de Motivos de la LEC (XIX) deja muy claro que el único modo de obtener tutela judicial, en España, de los „*créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés*« no es la ejecución

<sup>81</sup> SAP Granada 22 octubre 1992.

<sup>82</sup> Esta postura se aprecia en el incorrecto Auto JPI núm. 2 de Mataró 20 junio 1977, resolución que «priva» de fuerza ejecutiva a la letra dotada de la misma con arreglo a la ley del Estado donde se formalizó

forzosa o acción ejecutiva basada sobre estos títulos cambiarios, sino un „proceso especial declarativo«: el juicio cambiario (arts. 819-827 LEC).

En conclusión, cabe afirmar que, en la actualidad, y salvo que un instrumento legal internacional vigente para España establezca otra cosa, las letras de cambio, pagarés y cheques formalizados en el extranjero, no son aptas para abrir en España un proceso de ejecución forzosa. Ello es así incluso si el título cambiario fue formalizado en un país con arreglo a cuya Ley tal título sí permite acudir a un proceso de ejecución basado en el título extrajudicial cambiario.

#### **IV. Medidas procesales de agilización del cobro internacional de deudas judicialmente declaradas. El Reglamento 44/2001 y el *exequatur* de plano**

##### **1. Aspectos básicos**

**71.** Para lograr que las sentencias extranjeras relativas a materias de Derecho privado surtan efectos legales en España, debe observarse, en primer término, lo dispuesto en los instrumentos legales internacionales vigentes en Derecho español. Varias situaciones son posibles.

1º) Si existe un instrumento internacional aplicable, dicho instrumento fijará el régimen jurídico de los efectos que surten en España las sentencias dictadas en procedimientos contenciosos (art. 96.I CE y art. 951 LEC 1881)<sup>83</sup>.

2º) Si el instrumento internacional dispone que no procede otorgar efectos a la sentencia extranjera, no será posible acudir a las normas españolas de producción interna con tal objetivo.

3º) Si no es aplicable ningún instrumento internacional en la materia, serán de aplicación las normas de producción interna para dilucidar si las sentencias extranjeras surten efectos en España: arts. 952-954 LEC 1881.

**72.** Los instrumentos legales internacionales más relevantes en vigor para España y a través de los cuales las decisiones extranjeras pueden producir efectos jurídicos en España, son los que siguen.

*a) Instrumentos legales de Derecho de la UE.* En el Derecho de la UE, los instrumentos legales internacionales más importantes son los siguientes.

1º) Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Es el más significativo, pues se aplica a las decisiones dictadas por autoridades de los Estados miembros de la UE en materias civiles y mercantiles patrimoniales: obligaciones, derechos reales y cuestiones societarias.

2º) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 [competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil]. Es un Convenio internacional firmado por la UE. Cubre las mismas decisiones que el Reglamento 44/2001 pero es aplicable, en España, a las decisiones dictadas por autoridades de los Estados partes en la EFTA que no son miembros de la UE.

3º) Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 [materia matrimonial y responsabilidad parental]. Regula los efectos en España de las decisiones dictadas por autoridades de los Estados miembros en materia de nulidad, separación y divorcio y de responsabilidad parental.

4º) Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 [obligaciones de alimentos]. Regula los efectos jurídicos en España de las decisiones dictadas por autoridades de los Estados miembros en materia de alimentos.

5º) Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000 [procedimientos de insolvencia]. Establece los efectos jurídicos en España de las decisiones dictadas por autoridades de los Estados miembros en materia de insolvencia.

6º) Reglamento 805/2004 de 21 abril 2004 [título ejecutivo europeo para créditos no impugnados]. Regula los efectos en España de las decisiones dictadas por autoridades de Estados miembros y certificadas como «título ejecutivo europeo».

<sup>83</sup> STS 26 julio 2001.



7º) Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006 [proceso monitorio europeo]. Regula los efectos jurídicos en España de los «requerimientos europeos de pago» dictados por autoridades de otros Estados miembros como consecuencia de un procedimiento monitorio europeo.

8º) Reglamento 861/2007 de 11 julio 2007 [proceso europeo de escasa cuantía]. Regula los efectos jurídicos en España de las sentencias dictadas en los Estados miembros y certificadas como consecuencia de un PEEC.

*b) Convenios bilaterales.* España ha firmado diversos instrumentos legales internacionales con Estados específicos que se ocupan de la eficacia extraterritorial de decisiones. Pueden clasificarse en dos grupos.

(a) *Convenios bilaterales generales.* 1º Convenio entre España y Suiza (19 noviembre 1896); 2º Convenio entre España y Colombia (30 mayo 1908); 3º Convenio entre España y Francia (28 mayo 1969); 4º Convenio entre España e Italia (22 mayo 1973); 5º Convenio entre España y la República Federal de Alemania (14 noviembre 1983); 6º Convenio entre España y Austria (17 febrero 1984); 7º Convenio entre España y Checoslovaquia (4 mayo 1987); 8º Convenio entre España y Brasil (13 abril 1989); 9º Convenio entre España y Méjico (17 abril 1989); 10º Convenio entre España e Israel (30 mayo 1989); 11º Convenio entre España y la República Popular China (2 mayo 1992); 12º Convenio entre España y Bulgaria (23 mayo 1993); 13º Convenio entre España y la URSS (26 octubre 1990); 14º Convenio entre España y Marruecos (30 mayo 1997); 15º Convenio entre España y Uruguay (4 noviembre 1987); 16º Convenio entre España y Rumanía (17 noviembre 1997); 17º Convenio entre España y El Salvador (7 noviembre 2000); 18º Convenio entre España y Túnez (24 septiembre 2001); 19º Convenio entre España y Argelia (24 febrero 2005); 20º Convenio entre España y Mauritania (12 septiembre 2006).

(b) *Convenios bilaterales específicos.* 1º Convenio entre España y Grecia, relativo a materia sucesoria (6 mayo 1919); 2º Convenio entre España y Uruguay, relativo a alimentos para menores (4 noviembre 1987); 3º Convenio entre España y Marruecos, (30 mayo 1997), sobre derecho de custodia, visita y devolución de menores.

*c) Convenios multilaterales.* España es parte igualmente en una muy numerosa serie de Convenios internacionales que regulan la eficacia internacional de decisiones en relación con materias específicas. Estos Convenios se pueden clasificar en dos grupos: 1º) Convenios cuyo objetivo es la regulación de ciertos aspectos de fondo de determinadas instituciones y que contienen ciertas cláusulas relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones en las materias reguladas; 2º) Convenios multilaterales relativos, exclusivamente, al reconocimiento y ejecución de decisiones en materias concretas, o que contienen anexos específicos sobre este particular.

## 2. Reglamento 44/2001. Ejecución en España de sentencias extranjeras con un mero *exequatur* de plano

73. Están en vigor para España distintos instrumentos legales internacionales que regulan el reconocimiento y el *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras. El más relevante es el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> En torno a este Reglamento 44/2001, *vid.* en general, AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de seminarios Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, Ed. Comares, Granada, 2001; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El reconocimiento en el sistema 'Bruselas I': del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003, pp. 717-744; J. ADOLPHSEN, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Heidelberg, Berlin, Springer, 2011; 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; P. BERTOLI, «La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario 44/2001», *RDIPP*, 2002, pp. 625-658; A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, 5ª ed., London, Informa, 2009; C. BRUNEAU, «Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale», *JCP*, 2001-I, pp. 304 ss.; *Id.*, «La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne», *JCP*, 2001-I, pp. 314 ss.; G. CAMPEIS / A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano: i regolamenti UE sulla giurisdizione, le notifiche, le rogatorie, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e dei titoli esecutivi europei*, Padova, Cedam, 2005; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale: da Bruxelles I al regolamento CE n. 805 / 2004*, 6ª ed., Torino, Giappichelli, 2009; H. CROZE, «Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Procédures*, avril 2001, pp. 7 ss.; D. CZERNICH, *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht: EuGVVO Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen («Brüssel IIa-VO»); Kurzkommentar*, 3ª ed., Wien, Lexis

Varios caracteres del Reglamento 44/2001 interesa destacar ahora<sup>85</sup>:

Nexis, 2009; G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972; G.A.L. DROZ/H. GAUDEMET-TALLON, «La transformación 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*, 2001, pp. 601-652; B. DUTOIT, *Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugements en Europe. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Le Règlement «Bruxelles I»*, 2007; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., París, 2002; R. GEIMER / E. GEIMER / G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5ª ed., Köln, O. Schmidt, 2005; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE / E. GEIMER, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2004; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 3ª ed., München, Beck, 2010; P. GEORGANTI, *Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im europäischen Zivilprozessrecht*, München, Utz, 2006; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, Paris, Jupiter, 1986, (versión en castellano: Ed.La Ley, 1986); W.J. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª ed., Köln, Schmidt, 2011; J. VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9ª ed., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2011; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, Müller, 2010; B. HESS / T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation. Its Applications and Scope*, 2008; A. KLAUSER, *EuGVÜ und EVÜ*, Wien, 1999; B. HEB / T. PFEIFFER / P.F. SCHLOSSER, *The Brussels I – Regulation (EC) N° 44/2001*, München, Beck, 2008; J. JUNGERMANN, *Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ, EuGVO und LugÜ*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8ª ed., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2005; T. KRÜGER, *Civil jurisdiction rules of the EU and their impact on third States*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008; S. LEIBL / P. MANKOWSKI / A. STAUDINGER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, vol. 1 (*Brüssel I-VO, LugÜbk 2007*), München, Sellier, 2011; D. LOCHOUARN, «Le Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile», *Droit et procédures*, novembre 2001, pp. 362 ss.; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., München, Sellier, 2012; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2nd revised edition, 2012; A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, 2000, Pulim; P.G. MAYR / D. CZERNICH, *Europäisches Zivilprozessrecht: eine Einführung*, Wien, WUV, 2006; P.G. MAYR, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Wien, Facultas.wuv, 2011; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale: strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, Jovene, 2008; A. MOURRE, «La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile», *RDAI*, 2001-6, pp. 700-792; A. NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001) an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; C. OETIKER/T. WEIBEL (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen: Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011; TH. RAUSCHER (HRG), *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2004; B. REINMÜLLER, *Internationale Rechtsverfolgung in Zivilund Handelssachen in der Europäischen Union*, Bonn, Dt. Anwaltverl., 2009; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento CE N.44/2001*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2003; P.F. SCHLOSSER, *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, München, 1996; P.F. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, AVAG, VTVO, MahnVO, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO; Kommentar*, 3ª ed., München, Beck, 2009; I. SCHOLZ, *Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998; A.K. SCHNYDER (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht: Kommentar*, Zürich, St. Gallen, Dike, 2011; A. STADLER, «From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure», *CMLR*, 2005, pp. 1637-1661; M. TARUFFO/V. VARANO (Eds.), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, Giappichelli, 2011; K. WANNENMACHER, *Einstweilige Massnahmen im Anwendungsbereich von Art. 31 EuGVVO in Frankreich und Deutschland: eine Betrachtung ausgesuchter Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im internationalen Zivilverfahrensrecht – gerichtliche Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Frankfurt am Main, Lang.

<sup>85</sup> La literatura relativa a la eficacia extraterritorial de decisiones en el Reglamento 44/2001 ha abordado ciertas cuestiones particulares. *Vid. inter alia*, H. AGUILAR GRIEDER, «La inconciliabilidad de resoluciones como causa de denegación del reconocimiento y del exequátur en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo», *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección «Actas», Núm. 57, 2005, pp. 73-91; E. D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie transnazionali: profili sistematici*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2009; G. BIAGIONI, «L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I», *RDIPP*, 2011, pp. 971-986; A. BUHR, *Europäischer Justizraum und revidiertes Lugano-Übereinkommen: zum räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des europäischen Rechts über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen*, Bern, Stämpfli, 2010; A. DURÁN AYAGO, «El concepto de orden público internacional y el derecho a un proceso justo. Nota a la STJCE de 2 de abril de 2009», *CDT*, 2010, pp. 250-256; A. DURÁN AYAGO, «El concepto de parte en el proceso de exequátur. Nota a la STJCE de 23 de abril de 2009», *CDT*, 2010, pp. 257-260; A. ESPINIELLA MENENDEZ, «La 'europeización' de decisiones de Derecho privado», *REDI*, 2008, pp. 39-69; M. GÓMEZ JENE, «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001», *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 339-358; H. MUIR-WATT, «Nota a High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court 10 mai 2005», *RCDIP*, 2005, pp. 722-731; M.G. PIZZORNI, «Il principio del giudicato tra primato del diritto dell'Unione europea e autonomia degli Stati membri in materia processuale», *RDIPP*, 2011,

1º) El Reglamento 44/2001 regula el reconocimiento y el *exequatur* de resoluciones judiciales entre todos los Estados miembros de la UE, incluida Dinamarca tras el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 octubre 2005.

2º) El Reglamento 44/2001 presenta un «carácter doble» o «dual». En efecto: el Reglamento contiene, por un lado, normas de competencia judicial internacional, y también contiene, por otro lado, normas de validez extraterritorial de decisiones judiciales.

3º) El Reglamento 44/2001 tiene como objetivo la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE. Es la llamada «quinta libertad de la UE» (J.L. IGLESIAS BUHIGUES / M. DESANTES REAL). Esta «quinta libertad» es un dato clave para interpretar el texto del Reglamento 44/2001<sup>86</sup>.

4º) El Reglamento 44/2001 refuerza la «tutela judicial efectiva internacional». Las sentencias dictadas en un Estado miembro, gracias al Reglamento 44/2001, pueden ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás Estados miembros. Una sentencia con altas posibilidades de ser ejecutada en otros Estados, es una sentencia que se ajusta en mayor medida a la tutela judicial efectiva. De ese modo, el Reglamento 44/2001 ofrece estructuras procesales para superar el «dilema del intercambio internacional». Por tanto, el Reglamento 44/2001 protege y fomenta el comercio internacional en la UE.

5º) El Reglamento 44/2001 no establece una «eficacia jurídica automática» de las decisiones judiciales en los Estados miembros. En todo caso existen unos «controles» que deben ser observados. En otras palabras: una decisión pronunciada en un Estado miembro no es válida y eficaz, «sin más», en los

---

pp. 1025-1044; M. REQUEJO ISIDRO, «Las órdenes *antisuit* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *La Ley (Unión Europea)*, n. 7165 (30 abril - 1 mayo 2009); F. SALERNO, «Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001», *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 5-25; F. SALERNO, «Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea», *RDIPP*, 2011, pp. 895-938; S. SEIDL, *Ausländische Vollstreckungstitel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz: eine Untersuchung zum autonomen und europäischen Exequaturrecht und zur Abschaffung des Exequaturverfahrens*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2010; S. SEPPERER, *Der Rechtskräfteinwand in den Mitgliedstaaten der EuGVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; M. TEIXEIRA DE SOUSA, «A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (c-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers)», *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 419-426; I. VEILLARD, «Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée. Etude critique à la lumière des développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation», *RCDIP*, 2012, pp. 15-43; M. WINKLER, «West Tankers: la Corte di Giustizia afferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in un ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I. (Corte di Giustizia CE, 10 febbraio 2009, causa C-185 / 07)», *DCI*, 2008, pp. 729-744.

<sup>86</sup> STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, 145/86, *Rec.*, p. 00645, comentada por A. DI BLASE, «Convenzione di Bruxelles e rapporti fra sentenze incompatibili», *RDIPP*, 1989, pp.331-342; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1988, pp. 605-609; T. HARTLEY, *Eur.L.Rev.*, 1991, pp. 64-69; A. HUET, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *JDI Clunet*, 1989, pp. 449-453; H. LINKE, «Ungelöste Probleme des europäischen Zivilverfahrensrechts. Anderweitige Rechtshängigkeit - zusammenhängende Verfahren - unvereinbare Entscheidungen», *RIW*, 1988, pp. 822-826; E. MERLIN, «Il conflitto di decisioni nello Spazio giudiziario europeo», en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 487-532; H. SCHACK, «Widersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als Heilen», *IPRax*, 1989, pp. 139-142; H. VERHEUL, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1988, pp. 84-86; STJCE 4 octubre 1991, *Dalhsen*, C-183/90, *Rec.*, p. I-04743, comentada por A. BRIGGS, «The Brussels Convention», *YEL*, 1991, pp. 530-531; F. GALLEGRO CABALLERO, «Interpretación de los artículos 37 y 38 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968», *Not.UE*, 1992, nº 93, pp. 111-115; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1992, pp. 128-132; A. HUET, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *JDI Clunet*, 1992, pp. 499-505; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1990-1991 et 1991-1992», *Cah.dr.eur.*, 1992, pp. 677-681; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1992, pp. 411-414; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1991)», *SZIER*, 1992, pp. 248-249; STJCE 2 junio 1994, *Kleinmotoren*, C-414/92, *Rec.*, p. I-02237, comentada por G. COSCIA, «Contrasto fra decisioni e atti equiparati», *Il Foro italiano*, 1996, IV, col. 463-469; B. VON HOFFMANN/W. HAU, «Deutscher Prozeßvergleich kein Anerkennungshindernis nach Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ», *IPRax*, 1995, pp. 217-218; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1995, pp. 466-469; P. MANKOWSKI, «Prozeßvergleiche im europäischen Rechtsverkehr», *EWS*, 1994, pp. 379-384; G. PALAO MORENO, *REDI*, 1995, pp. 227-229; P. SCHLOSSER, *JZ*, 1994, pp. 1008-1009; A. STAUDINGER, «Schiedsspruch und Urteil mit vereinbartem Wortlaut, Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz», en *Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen*, Köln, Ed. Dr. Otto Schmidt, 2010, pp. 659-670; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1992-1993 et 1993-1994», *Cah.dr.eur.*, 1995, pp. 209-213; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments», *NILR*, 1994, pp. 359-362; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1993/94)», *SZIER*, 1995, pp. 346-348.

demás Estados miembros. No es una decisión «nacional», sino «extranjera». Por ello, debe ser siempre objeto de un «control legal»<sup>87</sup>.

**74.** Para poder ejecutar en un Estado miembro la resolución dictada por tribunales de otro Estado miembro a través del Reglamento 44/2001, es preciso distinguir dos aspectos procesales diferentes.

1º) *Exequatur*. Es necesario, en primer lugar, que la resolución procedente de otro Estado de la UE supere, previamente, un procedimiento específico. Se trata del *exequatur* o «declaración de ejecutividad» (Sección 2 y 3 del Capítulo III: arts. 38-56 R. 44/2001). El *exequatur* convierte a la resolución extranjera en «título ejecutivo». El Reglamento 44/2001 no elimina la necesidad de *exequatur* para poder ejecutar títulos ejecutivos extranjeros procedentes de Estados miembros<sup>88</sup>. No obstante, el procedimiento de obtención del *exequatur* recogido en el Reglamento 44/2001 es sencillo y veloz. Para empezar, el *exequatur*, en primera instancia, se concede siempre, pues es un *exequatur* de plano (art. 41 R. 44/2001). Basta con que se presenten los documentos exigidos por el art. 40.3 (art. 53 R. 44/2001: copia auténtica de la resolución y art. 54 R. 44/2001: certificación conforme al formulario normalizado del anexo V del Reglamento 44/2001 expedida por el juez o autoridad competente del Estado miembro en el que se ha dictado la resolución)<sup>89</sup>.

2º) *Ejecución material de la sentencia extranjera*. Tras haber obtenido el *exequatur*, y sólo tras ello, la parte interesada podrá instar la «ejecución material» de la resolución dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro de la UE.

**75.** El Reglamento 44/2001 regula los aspectos «de fondo» del *exequatur* y también la mayor parte del «procedimiento» de *exequatur*. En los aspectos procesales no previstos en el Reglamento 44/2001, se aplicará el Derecho procesal del Estado requerido. Varios datos son importantes.

1º) El Derecho procesal interno de los Estados miembros desarrolla aquí una función meramente «instrumental». Por ello, debe ser aplicado de modo que no perjudique nunca el «efecto útil» del Reglamento 44/2001<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> AAP Madrid 21 febrero 2008 (reconocimiento de sentencia italiana de insolvencia), STS 16 julio 2008 (sentencia dictada en Londres).

<sup>88</sup> Muy confuso: AAP Barcelona 13 enero 2011 (sentencia alemana).

<sup>89</sup> AAP Madrid 12 mayo 2010 (Reglamento 44/2001 y ejecución), AAP Islas Baleares 10 octubre 2011 (sentencia italiana).

<sup>90</sup> STJCE 15 mayo 1990, *Kongreß Agentur Hagen GmbH/Zeehaghe BV*, C-365/88, *Rec.*, p. I-01845, comentada por A. BRIGGS, «Spiliada and the Brussels Convention», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1991, pp. 10-15; D. COESTER-WALTJEN, «Die Bedeutung des Art. 6 Nr. 2 EuGVÜ», *IPRax*, 1992, pp. 290-292; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1990, pp. 568-574; T. HARTLEY, *Eur.L.Rev.*, 1991, pp. 73-76; A. HUET, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1991, pp. 498-503; P. NORTH, «La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la Convention de Bruxelles», en *Nouveaux itinéraires en droit - Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1993, pp. 373-385; H. TAGARAS, *Cah.dr.eur.*, 1990, pp. 701-703; P. VLAS, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September 1968», *NILR*, 1992, pp. 398-401; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1990)», *SZIER*, 1991, pp. 120-124; STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.*, p. I-05439, comentada por J.J. ÁLVAREZ RUBIO, «La regla de especialidad en el art. 57 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre embargo preventivo de buques», *Anuario del Derecho Marítimo*, 1995, pp. 273-312; R. ARROYO MONTERO, «Interpretación del Convenio de Bruselas a partir de sus objetivos: Avances en materia de litispendencia y conexidad», *La Ley - Comunidades Europeas*, 1995, nº 94, pp. 1-5; A. BRIGGS, «The Brussels Convention tames the Arrest Convention», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1995, pp. 161-166; B.J. DAVENPORT, «Forum Shopping in the Market», *The Law Quarterly Review*, 1995, pp. 366-371; R. FENTIMAN, «Tactical Declarations and the Brussels Convention», *The Cambridge Law Journal*, 1995, pp. 261-263; T. HARTLEY, «Admiralty Actions under the Brussels Convention», *Eur.L.Rev.*, 1995, pp. 409-414; P. HUBER, «Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ - Deutliche Worte des EuGH», *JZ*, 1995, pp. 603-611; A. HUET, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1995, pp. 469-476; L. KLESTA DOSI, «Corte di giustizia delle Comunità europee (1º ottobre 1994 - 30 aprile 1995)», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, II, pp. 391-393; M. LENENBACH, «Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nach Art. 21 EuGVÜ?», *EWS*, 1995, pp. 361-367; P. MANKOWSKI, «Spezialabkommen und EuGVÜ», *EWS*, 1996, pp. 301-305; A. PESCE, «Materie speciali, litispendenza e connessione di causa nella interpretazione della Corte di giustizia delle CE», *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, Sez. I, col. 929-936; H. SCHACK, «Gerechtigkeit durch weniger Verfahren», *IPRax*, 1996, pp. 80-83; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996», *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 164-171; E. TICHADOU, *RCDIP*, 1995, pp. 601-609; E. ULLMANN, «Die Verwarnung aus Schutzrechten - mehr als eine Meinungsäußerung?», *GRUR*, 2001, pp. 1027-1032; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1993/94)», *SZIER*, 1995, pp. 332-334; C. WOLF, «Rechtshängigkeit und Verfahrenskonnexität nach EuGVÜ», *EuZW*, 1995,

De esta manera, el Derecho procesal interno opera, en este punto, «al servicio» del Reglamento 44/2001). Así lo exige el principio de «subsidiariedad procesal» (F. SALERNO).

2º) España carece de una normativa *ad hoc* que desarrolle el procedimiento de *exequatur* previsto en el Reglamento 44/2001. Las lagunas legales han de integrarse mediante la aplicación analógica del art. 545 LEC 1/2000 y de los arts. 955-958 LEC 1881, en la medida en que tal analogía exista y con respeto a lo establecido para el procedimiento de *exequatur* en el mismo Reglamento 44/2001 (F.F. GARAU SOBRINO)<sup>91</sup>.

**76.** El Reglamento 44/2001 recoge una primera instancia en la que se solicita el *exequatur* y en la que se decide sobre su concesión o denegación. Posteriormente cabe un recurso ordinario contra dicha decisión, que en España es un recurso de apelación, y finalmente, es posible un recurso extraordinario, la casación.

**77.** El *exequatur* en primera instancia es una fase que se caracteriza por varios datos de extraordinaria importancia.

1º) *Fase inaudita parte debitoris*. Esta fase se desarrolla *inaudita parte debitoris*, esto es, sin dar audiencia al demandado (arts. 38-42 R. 44/2001). Las partes no pueden discutir sobre la concesión o denegación del *exequatur*, de modo que dicha discusión jurídica se pospone, en su caso, a la segunda instancia, pues en apelación la parte demandada sí que puede realizar alegaciones contra el *exequatur*. Es lo que se denomina «*inversión del contencioso*»<sup>92</sup>. Varios datos deben indicarse al respecto: (a) Este «proceso unilateral» de *exequatur* no es contrario a la exigencia de un proceso equitativo (art. 6 CEDH) ni a la «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE 1978); (b) Este sistema logra un «efecto sorpresa» básico para satisfacer la tutela judicial efectiva del demandante<sup>93</sup>, ya que un proceso de *exequatur* sin audiencia al demandado evita que éste pueda ocultar o enajenar su patrimonio para impedir la ejecución material de la sentencia extranjera de cuyo *exequatur* se trata; (c) Se presume que la resolución obtenida en el Estado miembro de origen es «regular», razón por la que se facilita su *exequatur*; (d) El demandado ya tuvo su oportunidad de hacer valer su postura en el proceso llevado a cabo en el Estado de origen<sup>94</sup>.

2º) *Exequatur de plano*. El juez de primera instancia, examinada la documentación presentada por el demandante de *exequatur* y previo cumplimiento de ciertas formalidades, otorgará el *exequatur*,

pp. 365-367; STJCE 28 abril 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Rec.*, p. I-03571, FJ 69, comentada por G. DE BAERE, «Case C-420/07, Meletis Apostolides v. David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 28 April 2009, [2009] ECR I-3571», *CMLR*, 2010, vol. 47, n° 4, pp. 1123-1159; E. BERNADSKAYA, «Chypre du Nord et le Règlement 'Bruxelles I': application en suspension?», *Revue Lamy droit des affaires*, 2009, n° 36, pp. 75-76; F.F. GARAU SOBRINO, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2009, pp. 209-211; L. IDOT, «Application du règlement à un immeuble situé dans la zone nord de Chypre», *Europe*, 2009 Juin, Comm. n° 262, p. 42; P. KOUTRAKOS, «Who wants to be Pandora? The Court of Justice and the Cyprus Problem», *Eur.L.Rev.*, 2009, pp. 345-346; H.P. MEIDANIS, «The Brussels I Regulation before the Court of Justice. Comment on *Apostolides v Orams*», *Eur.L.Rev.*, 2009, pp. 963-975; V. MICHEL, «Partition de Chypre et champ d'application du droit communautaire», *Europe*, 2009 Juin, Comm. n° 213, p. 9; C.F. MOLINA DEL POZO/C. ARCHONTAKI, «Ejecución en el Reino Unido de Sentencias dictadas en la República de Chipre (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, As. C-420/07)», *Not. UE*, 2011, n° 314, pp. 3-13.

<sup>91</sup> F.F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008, pp. 99-102.

<sup>92</sup> Consejo de las Comunidades Europeas: Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOCE de 15 enero 2001.

<sup>93</sup> STJCE 21 mayo 1980, *Denilauler*, 125/79, *Rec.*, p. 01553, comentada por T. HARTLEY, «Enforcement of Interim Orders», *Eur.L.Rev.*, 1981, pp. 59-61; R. HAUSMANN, «Zur Anerkennung und Vollstreckung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens», *IPRax*, 1981, pp. 79-82; A. HUET, *JDI Clunet*, 1980, pp. 939-948; E. MEZGER, *RCDIP*, 1980, pp. 801-804; L. MARI, «Autorizzazione e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968», *Dir.comunit.scambi int.*, 1981, pp. 237-242; A. PESCE, «I provvedimenti provvisori o cautelari concessi inaudita altera parte ed il loro riconoscimento secondo la Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968», *Il Foro padano*, 1980, IV, col. 25-26; A. VANDENCASTEELE, «La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires dans la Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale du 27 septembre 1968», *Journal des tribunaux*, 1980, pp. 737-739; H. VERHEUL, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments of 27 September in Dutch Legal Practice», *NILR*, 1981, p. 84.

<sup>94</sup> AAP Castellón 8 septiembre 2000.

sin que sea posible examinar ninguno de los motivos de rechazo del mismo recogidos en los arts. 34 y 35 R. 44/2001. Tampoco se pueden controlar los presupuestos del *exequatur*: presentados los documentos requeridos por los arts. 53-55 R. 44/2001, el *exequatur* se otorga, aunque la resolución dictada por tribunal de otro Estado miembro, por ejemplo, no verse, realmente, sobre una materia cubierta por el art. 1 R. 44/2001<sup>95</sup>. Es un «*exequatur* de plano» (art. 41 R. 44/2001)<sup>96</sup>.

**78.** Es competente, en España, para conocer de la solicitud de *exequatur*, alternativamente, el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio de la parte contra la que se solicita la ejecución (demandado), o el correspondiente al «lugar de ejecución» (anexo II R. 44/2001 y art. 39.1 y 2 R. 44/2001). Varios aspectos deben tenerse también presentes.

1º) *Control de la competencia objetiva*. El tribunal debe controlar de oficio su competencia territorial<sup>97</sup>. Por eso, el TS es incompetente para pronunciarse sobre el *exequatur* regulado por el Reglamento 44/2001<sup>98</sup>.

2º) *Sentencias en materia laboral*. Las sentencias extranjeras en materia laboral deben superar el *exequatur* ante los Juzgados de Primera Instancia, y no ante los órganos jurisdiccionales del orden laboral o social<sup>99</sup>. El recurso de casación, en estos casos laborales, es competencia de la Sala Primera del TS, y no de su Sala de lo Social<sup>100</sup>.

3º) *Sentencias en materia mercantil*. En España, las sentencias extranjeras en materia mercantil deben superar el *exequatur* ante los Juzgados de Primera Instancia, y no ante los Juzgados de lo mercantil<sup>101</sup>. El Reglamento 44/2001 otorga competencia a los Juzgados de primera instancia y dicha atribución de competencia no puede ser alterada por las normas españolas de producción interna. Así lo admite el art. 86.ter.3 LOPJ introducido por la Ley orgánica 13/2007 de 19 noviembre 2007.

4º) *Elección de foro alternativo por el actor*. El demandante decide, si le es posible, ante qué tribunal interponer su demanda de *exequatur*: tribunal del lugar de domicilio del demandado o tribunal que corresponde al lugar de ejecución de la resolución judicial extranjera<sup>102</sup>. En el caso de que el demandante elija el tribunal del lugar del domicilio y el demandado no tenga domicilio en España pero sí bienes en España, el tribunal se declarará incompetente. En dicho supuesto, el actor podrá presentar su demanda ante el tribunal correspondiente al lugar donde se hallan los bienes del demandado<sup>103</sup>.

5º) *Determinación del domicilio del demandado por exequatur*. Para saber si el sujeto demandado, persona física, está o no está domiciliado en España, el juez español aplica la Ley material española (art. 59.1 R. 44/2001)<sup>104</sup>. Si es persona jurídica, el juez español tomará en consideración los criterios del art. 60 R. 44/2001 y no los del art. 40 LEC<sup>105</sup>. El demandante de *exequatur* debe averiguar, mediante investigación privada y registral, si el demandado está domiciliado en España y/o tiene bienes en España<sup>106</sup>.

6º) *Determinación del «lugar de ejecución»*. El art. 39 R. 44/2001 se refiere al «lugar de ejecución». Dicha expresión no equivale al «lugar de ejecución de la obligación» al que se refiere el art. 5.1 R. 44/2001. Se refiere al «lugar de ejecución de la resolución» cuyo *exequatur* se pretende. Dicho lugar

<sup>95</sup> AAP Sevilla 21 julio 2011 (sentencia dictada en Londres por la que se despacha ejecución de un laudo arbitral).

<sup>96</sup> AAP Barcelona 22 octubre 2008 (sentencia italiana).

<sup>97</sup> STS 26 julio 2001.

<sup>98</sup> ATS 20 febrero 1996, ATS 19 junio 1992, ATS 21 septiembre 1992, ATS 9 abril 2002, ATS 16 septiembre 2003, ATS 31 julio 2003, ATS 1 julio 2003.

<sup>99</sup> AAP Alicante 12 julio 2006.

<sup>100</sup> ATS, Social, 11 junio 2002.

<sup>101</sup> AAP Cádiz 12 julio 2007 (*exequatur* de sentencia francesa).

<sup>102</sup> AAP Alicante 18 noviembre 2010 (ejecución en España de resolución dictada en Holanda por la que se declara la insolvencia), AAP 17 noviembre 2009 (*exequatur* de sentencia polaca de alimentos y Abogacía del Estado), AAP Girona 2 noviembre 2004.

<sup>103</sup> Con confusión: AAP Barcelona 13 enero 2011 (sentencia alemana).

<sup>104</sup> STS 26 julio 2001, AAP Madrid 15 febrero 2011 (ejecución en España de sentencia austríaca de alimentos para menores modificada en Francia contra demandado diplomático neozelandés).

<sup>105</sup> Erróneamente: AAP Madrid 16 mayo 2005.

<sup>106</sup> AAP Madrid 22 diciembre 2005 y art. 590 LEC.

es aquél en el que se encuentran los bienes del demandado contra los que puede ejecutarse la sentencia extranjera<sup>107</sup>. Puede ser que el demandado posea bienes en varios lugares de España. En tal caso, si es posible fijar un «lugar de ejecución principal», éste determinará la competencia. Si ello no es posible, el demandante de *exequatur* elegirá el tribunal territorialmente competente de entre los que corresponden a los varios lugares donde puede ser ejecutada la resolución.

7º) *Demandado sin bienes ni domicilio en España*. En este caso, surge la duda de si puede y/o debe librarse el *exequatur*. Varios aspectos deben subrayarse<sup>108</sup>: (a) Hasta que no quede claro si el demandado tiene domicilio o bienes en España, no existe ningún tribunal español con competencia territorial para librar el *exequatur*; (b) Si se acredita que el demandado no tiene bienes ni domicilio en España, el *exequatur* no puede concederse. Habrá que esperar hasta que el demandado traslade su domicilio o sus bienes a España, si es que ello sucede. En caso contrario, el *exequatur* no podrá expedirse, porque no hay tribunal competente al efecto en el Estado requerido.

**79.** La solicitud de *exequatur* debe ir acompañada, exclusivamente, de dos documentos (arts. 53-55 R. 44): 1º) Copia auténtica de la resolución judicial extranjera; 2º) Certificación conforme al Anexo V en la que constan los «datos básicos» de la resolución extranjera, por ejemplo, si se dictó o no en rebeldía, fecha de notificación de la resolución, partes, sujetos que gozan de beneficio de justicia gratuita, carácter ejecutorio de la resolución, etc.<sup>109</sup>. Esta documentación a presentar reviste una extraordinaria importancia. En efecto, a tenor del art. 41 R. 44/2001, el *exequatur* se concede «*de plano*»: presentados los documentos correctos, el *exequatur* se otorga *ipso facto*.

**80.** En cuanto a la legitimación activa y pasiva, varias consideraciones son precisas: 1º) Está legitimado activamente para solicitar el *exequatur* cualquier parte interesada: al acreedor, sus causahabientes o incluso terceros que ahora ocupan la posición jurídica del acreedor, cesionarios, subrogados, etc.; 2º) Al solicitante del *exequatur* no se le puede exigir «caución o depósito alguno, sea cual fuere su denominación por su condición de extranjero o no ser residente en el Estado requerido» (art. 51 R. 44/2001); 3º) Está legitimado pasivamente el sujeto que aparece como condenado en el título extranjero; 4º) El tribunal que otorga o deniega el *exequatur* no puede «ampliar la lista de sujetos» contra los que se insta el *exequatur*<sup>110</sup>. En torno a las modalidades de presentación de la solicitud de *exequatur*, varias consideraciones son necesarias: 1º) Las modalidades de presentación de la solicitud de *exequatur*, -menciones que deben contenerse en la solicitud, número de copias, lengua de redacción, intervención de abogado o procurador, autoridad ante la que se debe depositar-, se determinan con arreglo a la Ley del Estado requerido (art. 40.1 R. 44/2001); 2º) En España, la solicitud debe revestir forma de «demanda». No será preciso acompañar copias del escrito de solicitud, pues el procedimiento no es, en esta fase, contradictorio. Si en un mismo partido judicial existen varios Juzgados de Primera Instancia, se dirigirá el escrito al Juzgado Decano, que procederá al reparto. Es precisa la intervención de procurador y la dirección de abogado en ejercicio; 3º) El art. 40.2 R. 44/2001 indica que «el solicitante deberá elegir domicilio para notificaciones en un lugar que correspondiera a la competencia del tribunal o de la autoridad que conociera de la solicitud. No obstante, si la ley del Estado miembro en el que se solicitara la ejecución no conociera la elección de domicilio, el solicitante designará un mandatario ad litem».

<sup>107</sup> AAP Barcelona 13 enero 2011 (sentencia alemana), ATSJ Castilla-La Mancha 1 abril 2009 (sentencia rumana), AAP Baleares 4 octubre 2005, AAP Baleares 11 octubre 2005.

<sup>108</sup> AAP Barcelona 19 julio 2011 (ejecución en España de sentencia de alimentos dictada en Holanda), AAP Madrid 22 diciembre 2004, AAP Madrid 16 mayo 2005.

<sup>109</sup> STJCE 21 mayo 1980, *Denilauler*, 125/79, *Rec.*, p. 01553; STJCE 14 marzo 1996, *Linden*, C-275/94, *Rec.*, p. I-01393, comentada por H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1996, pp. 510-516; A. HUET, *JDI Clunet*, 1997, pp. 616-621; L. KLESTA DOSI, «Corte di giustizia delle Comunità europee (1º noviembre 1995-31 marzo 1996)», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, pp. 353-354; M. PERTEGAS SENDER, *REDI*, 1996, pp. 343-345; A. STADLER, «Zeitpunkt der Vorlage der im Klauselerteilungsverfahren nach Art.47 Nr.1 EuGVÜ notwendigen Urkunden», *IPRax*, 1997, pp. 171-173; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996», *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 230-233; P. VOLKEN, *SZIER*, 1998, pp. 140-141; AAP Islas Baleares 2 diciembre 2011 (ejecución de sentencias de condena alemanas), ATS 24 mayo 2000, AAP Zaragoza 8 febrero 2005, AAP Madrid 30 marzo 2006.

<sup>110</sup> AAP Madrid 16 mayo 2005.

**81.** Presentada la demanda acompañada por los dos documentos preceptivos (arts. 53 y 54 R. 44/2001), el juez del Estado requerido otorgará inmediatamente el *exequatur* de la resolución (art. 41 R. 44/2001). Esta afirmación reviste una extraordinaria importancia. Por varios motivos.

1º) *Fase inaudita parte debitoris*. El demandado en el proceso de *exequatur*, en esta primera fase, no puede formular observaciones. Es una fase *inaudita parte debitoris* (art. 41 *in fine* R. 44/2001).

2º) *Imposibilidad de examinar los motivos de rechazo del reconocimiento y la materia del litigio*. El Reglamento 44/2001 facilita enormemente el *exequatur* porque, en esta primera fase ante el Juez de Primera Instancia, las autoridades del Estado miembro requerido no pueden examinar los «motivos de rechazo del reconocimiento» enumerados en los arts. 34 y 35 R. 44/2001<sup>111</sup>. En esta primera instancia, ni siquiera se puede denegar el *exequatur* por vulneración del orden público del Estado miembro requerido. Además, el juez del Estado requerido tampoco puede controlar si el litigio fallado en el extranjero versaba sobre una materia cubierta o no por el Reglamento 44/200. El *exequatur* se otorga, por tanto, aunque la resolución dictada por tribunal de otro Estado miembro, por ejemplo, no verse, realmente, sobre una materia cubierta por el art. 1 R. 44/2001<sup>112</sup>.

3º) *Sistema de exequatur mediante mero control formal de documentos*. El solo hecho de que un tribunal de un Estado miembro haya expedido la certificación y los dos documentos recogidos en los arts. 53, 54 y Anexo V del Reglamento 44/2001, es suficiente para que el tribunal del Estado miembro requerido esté obligado, *ex art.* 41 R. 44/2001, a conceder el *exequatur* en esta primera instancia. El art. 41 R. 44/2001 recoge un *exequatur de plano*. Se solicita el *exequatur* y éste se concede sólo con la mera presentación de los dos documentos exigidos por el art. 53 R. 44/2001. En realidad, el *exequatur*, tal y como se contiene en el art. 41 R. 44/2001, queda convertido es una «mera declaración» emitida por la autoridad del Estado miembro requerido y que constata la «fuerza ejecutiva de una resolución», fuerza ejecutiva que ya había sido acordada por la autoridad del Estado miembro de origen. El *exequatur* se otorga «previo mero control formal de los documentos aportados»<sup>113</sup>. El carácter del *exequatur* como procedimiento de «mero control formal» agiliza la decisión sobre dicho *exequatur*, esto es, permite que dicho *exequatur* constituya un procedimiento «eficaz y rápido»<sup>114</sup>.

4º) *Otorgamiento del «exequatur» y no de la «ejecución»*. Lo que indica el art. 41 R. 44/2001 es que se otorgará de plano el *exequatur*. La dicción literal del precepto es engañosa, ya que es fruto de una traducción equivocada. El art. 41 R. 44/2001 no permite otorgar la «ejecución» material del fallo contenido en la sentencia extranjera, sino que indica que se otorgará, exclusivamente, la mera «declaración de ejecutividad» o *exequatur* de dicha sentencia<sup>115</sup>. Esa «declaración» es la que permitirá posteriormente acudir a un proceso ejecutivo (en España, art. 549 LEC) para ejecutar materialmente el fallo contenido en la resolución extranjera que ha ganado el pertinente y previo *exequatur*. En conclusión, la palabra «ejecución», que figura en el texto oficial en lengua castellana del art. 41 R. 44/2001, debe ser entendida como «declaración de ejecutividad» o «*exequatur*».

**82.** El juez de primera instancia dictará una resolución en la que fallará sobre la concesión o no concesión del *exequatur*. Varias observaciones son necesarias.

<sup>111</sup> AAP Girona 23 enero 2012 (resolución judicial alemana), AAP Cádiz 12 julio 2007 (*exequatur* de sentencia francesa).

<sup>112</sup> AAP Sevilla 21 julio 2011 (sentencia dictada en Londres por la que se despacha ejecución de un laudo arbitral).

<sup>113</sup> Cons. 17 R. 44/2001 e Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 149 en DOUE 13 diciembre 2009.

<sup>114</sup> STJUE 13 octubre 2011, C-139/10, *Prism Investments*, FD 42, comentada por I. BACH, «Keine Aufhebung der Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung wegen Erfüllung im Ursprungsmitgliedstaat», *EuZW*, 2011, pp. 871-873; A. DEVERS, «L'exequatur d'une décision déjà exécutée dans l'État membre d'origine», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2012, nº 4, pp. 152-155; L. IDOT, «Étendue du contrôle de l'exequatur», *Europe*, 2011 Décembre, Comm. nº 12, p. 500; C. MELLER-HANNICH, «Materiellrechtliche Einwendungen bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung und die Konsequenzen von 'Prism Investment' - Teil I», *GPR*, 2012, pp. 90-94; M. SŁONINA, «Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art. 43, 45 EuGVVO», *Ecolex*, 2012, pp. 134-137; B. SUJECKI, «Im Rechtsbehelfsverfahren gegen die Vollstreckbarerklärung sind nach Art. 45 EuGVVO materielle Einwendungen wie der Erfüllungsaufwand ausgeschlossen – 'Prism Investments'», *EWS*, 2012, pp. 110-111.

<sup>115</sup> AAP Baleares 9 junio 2009 (medidas cautelares acordadas en el Reino Unido).



1º) *Forma de la resolución*. Dicha resolución reviste, en el caso español, la forma de «auto»<sup>116</sup>. No existe «plazo» para que el juez se pronuncie sobre el *exequatur*.

2º) *Posibles respuestas del tribunal del exequatur*. Dicho auto puede adoptar una de las siguientes posturas: a) Rechazar la solicitud por defectos formales. Subsanaos éstos, puede reiterarse la solicitud; b) Admitir el *exequatur* total o parcialmente. El *exequatur* parcial, que cubre sólo ciertos pronunciamientos de la resolución extranjera, puede ser acordado por el tribunal o bien ser solicitado a instancia de parte (art. 48 R. 44/2001).

**83.** Debe tenerse presente, además, lo siguiente: 1º) *Notificación de la resolución sobre el exequatur*. La resolución dictada sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución se pondrá de inmediato en conocimiento del solicitante de conformidad con arreglo a la Ley del Estado miembro requerido. El otorgamiento de la ejecución se notificará a la parte contra la que solicitara la ejecución, y se adjuntará la resolución, si ésta no hubiere sido ya notificada a dicha parte (art. 42 R. 44/2001). La resolución por la que se concede el *exequatur* debe notificarse con arreglo a la Ley del Estado requerido. La falta de notificación o la irregularidad de la misma impiden que comience a correr el plazo para recurrir y es irrelevante que el demandado haya tenido «conocimiento real» de dicha resolución<sup>117</sup>; 2º) *Medidas cautelares*. En el auto de *exequatur* pueden adoptarse «medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiere solicitado la ejecución»<sup>118</sup>. También cabe acordar (art. 47 R. 44/2001) medidas cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro requerido, cuando se solicita el *exequatur* y antes de que la autoridad del Estado requerido se pronuncie sobre el mismo; 3º) *Momento para solicitar la ejecución material de la resolución extranjera*. La ejecución material del fallo no podrá llevarse a cabo hasta que no haya transcurrido el plazo para recurrir la resolución que acuerda el *exequatur*; 4º) *Determinación de los sujetos contra los que se despacha la ejecución material*. Sólo podrá despacharse la ejecución contra los bienes y derechos de los sujetos que aparecen como condenados en el título extranjero que ha superado el *exequatur*, sin que pueda ampliarse la lista de tales sujetos<sup>119</sup>.

**84.** El auto dictado por el juez de primera instancia en el que concede o deniega el *exequatur* puede ser objeto de «recurso ordinario» (art. 43.1 R. 44/2001). Al respecto cabe anotar ciertos datos.

1º) *Procedimiento contradictorio*. Esta fase se desarrolla según un «procedimiento contradictorio» que se rige por las normas del Derecho procesal del Estado requerido. El Derecho español carece de una regulación expresa y específica propia de este recurso ordinario contra las resoluciones de los juzgados de primera instancia relativas al *exequatur*. Ante la laguna, la jurisprudencia mayoritaria defiende la aplicación, por analogía, de los arts. 956 a 958 LEC 1881, ya que se trata de un «procedimiento específicamente establecido por el legislador interno para el trámite del *exequatur*» que satisface suficientemente las exigencias del Reglamento 44/2001<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Arts. 245 LOPJ y 956 LEC 1881 por analogía: AAP Vizcaya 22 marzo 2005.

<sup>117</sup> STJCE 16 febrero 2006, *Verdoliva*, C-3/05, *Rec.*, p. I-01579, comentada por R. CAPONI, «Caso Verdoliva: un miope unitarismo misconoce una oportuna soluzione nazionale», *Il Corriere giuridico*, 2007/2008, pp. 6-14; L. CARBALLO PIÑEIRO, «Regularidad de la notificación de documentos judiciales en el derecho europeo (Comentario a las SSTJCE de 9 de febrero de 2006, Plumex, y de 16 de febrero de 2006, Verdoliva)», *La Ley*, 2006, nº 6537, pp. 1-10; ID., «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *REDI*, 2006, pp. 452-456; R. CONTI/R. FOGLIA, «Notifica inesistente o irregolare della decisione che accorda l'esecuzione», *Il Corriere giuridico*, 2006, pp. 558-560; B. HEIDERHOFF, «Kenntnisnahme ersetzt nicht die Zustellung im Vollstreckbarerklärungsverfahren», *IPRax*, 2007, pp. 202-204; L. IDOT, «Régularité de la signification de l'ordonnance d'exequatur», *Europe*, 2006 Avril, *Comm.* nº 139, p. 32; E. PATAUT, *RCDIP*, 2006, pp. 697-704; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 2004-2005 et 2005-2006», *Cah.dr.eur.*, 2006, pp. 535-538.

<sup>118</sup> Art. 47.3 R. 44/2001 y STJCE 3 octubre 1985, *Capelloni*, 119/84, *Rec.*, p. 03147 (comentada por A. DI BLASE, «Esecuzione di sentenze straniere e provvedimenti provvisori in base alla Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968», *Giustizia civile*, 1986, I, pp. 319-320; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1987, pp. 130-135; T. HARTLEY, «Procedure for obtaining Protective Measures», *Eur.L.Rev.*, 1986, pp. 96-98; M. RUBINO-SAMMARTANO, «Esecutorietà di sentenza straniera e provvedimenti conservativi», *Il Foro padano*, 1986, I, Col. 7-9; H. VERHEUL, «The EEC Convention on Jurisdiction and Judgements of 27 September 1968 in Dutch Legal Practice», *NILR*, 1987, pp. 112-113), AAP Barcelona 4 marzo 2004, STS 17 noviembre 2006.

<sup>119</sup> AAP Madrid 16 mayo 2005.

<sup>120</sup> ATS 21 abril 2009.

2º) *Alegaciones del demandado y motivos de denegación del exequatur*. El demandado puede formular alegaciones contra el *exequatur*. El recurrente puede alegar, contra el otorgamiento del *exequatur*, todos los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en los arts. 34 y 35 R. 44/2001<sup>121</sup>, así como la falta de los presupuestos del reconocimiento. El juez competente para conocer de esta segunda instancia del *exequatur* debe comprobar que no concurre ningún motivo de denegación del reconocimiento y que sí concurren los presupuestos del mismo. En efecto, los motivos de denegación del *exequatur* son exactamente los mismos motivos previstos para la denegación del reconocimiento (arts. 45.1 y 34 y 35 R. 44/2001). No es posible alegar como motivo del recurso cualquier otro motivo no recogido en los arts. 34 y 35 R. 44/2001, tales como defectos formales de la demanda de *exequatur* o defectos en el poder para pleitos<sup>122</sup> o la presunta entrega de la cantidad a cuyo pago se condenó a una parte<sup>123</sup>.

3º) *Competencia*. Es competente para decidir de este recurso, en España, la Audiencia Provincial (Anexo III R. 44/2001). La interposición de este recurso es, en la práctica, poco frecuente en los Estados miembros. En Francia, el 90% de los casos de *exequatur* no se recurren. Pero *Spain is different*: en España, país en el que todo lo que puede recurrirse se recurre, este recurso es muy frecuente<sup>124</sup> y también abundan los recursos de casación<sup>125</sup>.

### 85. Otros datos son también importantes en relación con el recurso ordinario.

1º) *Medidas específicas*. La Audiencia Provincial podrá, a instancia de la parte que hubiese interpuesto el recurso, adoptar ciertas medidas (art. 46 R. 44/2001): (a) Suspender el procedimiento si la resolución extranjera hubiese sido objeto de recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiere expirado. El concepto de «recurso ordinario» es «autónomo» o propio del Reglamento 44/2001<sup>126</sup>; (b) Si el plazo para la interposición del recurso no ha expirado, la Audiencia podrá conceder un aplazamiento a efectos de la interposición de dicho recurso; (c) Dicho tribunal podrá igualmente subordinar la ejecución a la constitución de una «garantía» que él mismo determinará<sup>127</sup>.

2º) *Plazo para dictar la resolución*. La Audiencia se pronunciará en «breve plazo», aunque no existe sanción si ello no se observa.

3º) *Resolución que concede exequatur*. Si el auto dictado por el juez de primera instancia concede el *exequatur*, la parte contra la cual se hubiere solicitado podrá interponer recurso contra dicho auto en un plazo de un mes siguiente a la fecha de su notificación. Si dicha parte estuviere domiciliada en un Estado miembro distinto de aquél en el que se dictare el auto que concede el *exequatur*, el plazo será de dos meses a partir del día en que tuviere lugar la notificación (art. 43.5 R. 44/2001). Si dicha parte está domiciliado en un tercer Estado, la duración del plazo la fijará el Derecho procesal del Estado requerido. Mientras transcurre dicho plazo, no puede iniciarse el proceso de ejecución<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> AAP Barcelona 15 marzo 2010 (sentencia alemana y medidas cautelares), AAP Madrid 22 marzo 2010 (ejecución de sentencia italiana), AAP Cádiz 12 julio 2007 (*exequatur* de sentencia francesa).

<sup>122</sup> AAP Barcelona 15 marzo 2010 (sentencia alemana y medidas cautelares).

<sup>123</sup> STJUE 13 octubre 2011, as. C-139/10, *Prism Investments*, FD 42.

<sup>124</sup> ATS 21 enero 2003.

<sup>125</sup> STS 7 febrero 2002.

<sup>126</sup> STJCE 22 noviembre 1977, *Diamond*, 43/77, *Rec.*, p. 02175, comentada por H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1979, pp. 433-443; T. HARTLEY, «Procedure for Enforcement: Effect of Appeal in Judgment-granting State», *Eur.L.Rev.*, 1978, pp. 160-164; A. HUET, *JDI Clunet*, 1978, pp. 398-408; L. MARI, *Dir.comunit.scambi int.*, 1978, pp. 89-90; A. PESCE, «Le funzioni di legislatore comunitario delle sentenze interpretative della Corte di giustizia», *Il Foro padano*, 1978, IV, col. 1-4; G. VANDERSANDEN, *Journal des tribunaux*, 1978, pp. 226-227; H. VERHEUL, *NILR*, 1978, pp. 90-91.

<sup>127</sup> STJCE 4 octubre 1991, *Dalfsen*, C-183/90, *Rec.*, p. I-04743; STJCE 11 agosto 1995, *SISRO*, C-432/93, *Rec.*, p. I-02269, comentada por J.-M. BISCHOFF, «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes», *JDI Clunet*, 1996, pp. 567-570; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1996, pp. 352-360; T. HARTLEY, «Article 38: Power to Grant Stays in Enforcement Proceedings», *Eur.L.Rev.*, 1996, pp. 169-171; W. HAU, «Zum Rechtsschutz gegen die Vollstreckbarerklärung gemäß Artt. 36 bis 38 EuGVÜ», *IPRax*, 1996, pp. 322-324; L. IDOT, *Europe*, 1995 Octubre, Comm. n° 371, p. 18; P. VOLKEN, «Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1995)», *SZIER*, 1996, p. 157; L. KLESTA DOSI, «Corte di giustizia delle Comunità europee (1° maggio 1995 - 31 ottobre 1995)», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, pp. 177-179; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *REDI*, 1996, pp. 340-342; H. TAGARAS, «Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996», *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 216-218; G. TASSONI, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1996, pp. 1056-1057.

<sup>128</sup> AAP Burgos 12 abril 2005.

4º) *Resolución que deniega exequatur*. Si el auto deniega el *exequatur* en primera instancia, puede entonces recurrirse ante la Audiencia Provincial y no existe plazo para interponer este recurso. Ello beneficia de modo quizás excesivo al demandante de *exequatur*. Sólo dicha parte, y sus causahabientes, está legitimada para interponer el recurso, y no los terceros interesados<sup>129</sup>.

5º) *Legitimación para interponer el recurso contra la resolución relativa al exequatur*. La STJCE 23 abril 2009, *Omnipol Ltd*, ha indicado que el art. 43.1 R. 44/2001 sólo otorga legitimación para recurrir a las personas que hayan sido «partes» en la primera instancia del procedimiento de *exequatur*<sup>130</sup>. En consecuencia, no es «parte» y no puede recurrir a través del art. 43.1 R. 44/2001, un acreedor de un deudor que no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal *exequatur*.

**86.** La Audiencia Provincial dictará una resolución que resuelve la cuestión de la concesión o denegación del *exequatur*. Varios aspectos deben subrayarse al respecto.

1º) *Auto o sentencia y recurso de casación*. Algunas Audiencias resuelven por «sentencia» y otras mediante «auto»<sup>131</sup>. Dicha sentencia o auto es susceptible de un nuevo recurso: un recurso de casación (arts. 44 y anexo IV R. 44/2001) que el TS español resolverá en virtud de sentencia. Debe subrayarse con énfasis que el hecho de que la Audiencia Provincial resuelva por «auto» o por «sentencia» no podrá impedir, en ningún caso, que se formule, en su caso, este recurso de casación, aunque en Derecho procesal español, la casación procede únicamente contra «sentencias»<sup>132</sup>.

2º) *Motivos para recurrir en casación*. Una importante distinción resulta necesaria<sup>133</sup>:

(a) *Posibilidad misma de recurso de casación*. La posibilidad de recurrir en casación y el contenido de dicho recurso lo fija de modo directo el Reglamento 44/2001, con la finalidad de garantizar una correcta aplicación uniforme de dicho Reglamento en todos los Estados miembros de la UE y de potenciar la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo. Así lo ha indicado el propio TS<sup>134</sup>.

(b) *Requisitos para la interposición del recurso de casación*. Sin embargo, las condiciones, presupuestos y requisitos de procedibilidad y de admisibilidad del recurso de casación, en España, se rigen por las normas procesales españolas, si bien la aplicación de dichas normas debe garantizar el «efecto útil» del Reglamento 44/2001, esto es, la viabilidad real de un recurso de casación, expresamente previsto en el Reglamento 44/2001. En consecuencia, en España, el recurso de casación se interpone ante el TS. Se sustancia con arreglo a lo previsto en la LEC, de modo que si no se verifican los «presupuestos» regulados en la LEC para interponer el recurso de casación, éste será inadmitido. Ello es preocupante, porque la casación exige un «mínimo montante» del pleito (art. 477.2.2º LEC: la cuantía del proceso debe exceder de 600.000 euros), o el muy famoso «interés casacional» (art. 477.2.3º LEC). Si éste no concurre, el TS inadmite el recurso de casación. Ello supone inadmitir el recurso de casación por moti-

<sup>129</sup> STJCE 2 julio 1985, *Genossenschaftsbank*, 148/84, *Rec.*, p. 01981, comentada por H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 1986, pp. 345-348; P. MORI, «Sulla impugnabilità del provvedimento che concede l'exequatur secondo la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Giustizia civile*, 1986, I, pp. 3012-3013.

<sup>130</sup> STJCE 23 abril 2009, *Draka NK Cables Ltd, AB Sandvik international, VO Sembodja BV et Parc Healthcare International Limited/Omnipol Ltd.*, C-167/08, *Rec.*, p. I-03477, comentada por R. BONATTI, «L'autonomia del diritto dell'Unione come cavallo di Troia per una nuova stagione di integrazione processuale: il caso della 'nozione di parte'», *Int'l Lis*, 2010, pp. 69-73; L. IDOT, «Notion de 'partie' dans le cas d'une action oblique», *Europe*, 2009 Juin, Comm. n° 264, pp.43-44; D. MARTEL, «Quand tous les principes cèdent devant l'impératif de célérité de l'exequatur», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2009, n° 43, pp. 35-39; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «El concepto de partes del artículo 43.1 del Reglamento 44/2001 en el recurso contra la resolución que otorga el exequatur: Comentario a la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, *Draka NK Cables Ltd*, que interpreta el art. 43.1 del Reglamento 44/2001», *La Ley*, 2009, n° 7207, pp. 10-13; E. PATAUT, *RCDIP*, 2009, pp. 573-580; H. ROTH, «Das Verfahren über die Zulassung der Zwangsvollstreckung nach Art. 38 ff. EuGVVO als geschlossenes System», *IPRax*, 2010, pp. 154-155; S. SALEH/J. SPINELLI, *Gazette du Palais*, 2009, n° 240-244, I, Jur., pp. 9-12.

<sup>131</sup> AAP La Rioja 21 mayo 2003.

<sup>132</sup> ATS 21 enero 2003, ATS 4 octubre 2005, ATS 14 octubre 2008 (casación contra auto), ATS 21 abril 2009, ATS 14 abril 2009, ATS 14 abril 2009 (*exequatur* de sentencia italiana).

<sup>133</sup> ATS 6 octubre 2009.

<sup>134</sup> Acuerdo TS (Sala Primera) de 30 diciembre 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

vos no recogidos en el Reglamento 44/2001. Además, el TS sigue un entendimiento ritualista y formalista de este concepto. En efecto, dice el TS que basta no con una «mera invocación», en el recurso, del «interés casacional». Si el interés casacional es «meramente nominal, artificioso o instrumental», el TS inadmite de plano el recurso de casación<sup>135</sup>.

3º) *Objeto del recurso*. El objeto del recurso es la resolución dictada por la Audiencia Provincial en el que se resuelve el *exequatur*<sup>136</sup>. En el recurso se examinarán los motivos para el rechazo del *exequatur* previstos en los arts. 34-35 R. 44/2001. Los autos dictados por las Audiencias en el procedimiento de *exequatur* pero que no resuelven dicho *exequatur*, no pueden ser recurridos en casación ante el TS<sup>137</sup>.

4º) *Legitimación*. Los «terceros interesados» no pueden interponer este recurso de casación<sup>138</sup>.

**87.** No cabe admitir un «recurso de queja» contra la resolución que se pronuncia sobre el *exequatur*. Tampoco cabe un «recurso extraordinario por infracción procesal»<sup>139</sup>. Tales recursos no se encuentran previstos en el Reglamento 44/2001.

### 3. Reglamento 44/2001. Ejecución material de la resolución extranjera exequaturizada en España con arreglo al Reglamento 44/2001

**88.** El Reglamento 44/2001 no regula la ejecución material en cada Estado miembro de la resolución extranjera exequaturizada. Al respecto cabe introducir determinadas observaciones previas.

1º) *Instancia de parte*. La ejecución de la resolución extranjera no se acuerda, en ningún caso, de oficio, sino a instancia de parte. Una vez obtenido el *exequatur* con arreglo al Reglamento 44/2001, y firme dicho *exequatur*, si el condenado no cumple voluntariamente lo prescrito en la resolución judicial extranjera, el demandante puede solicitar la ejecución material del contenido de la resolución extranjera.

2º) *Normativa aplicable a la ejecución material*. La ejecución material de la resolución extranjera no se rige por el Reglamento 44/2001. Se regula por lo dispuesto en el Derecho procesal del Estado miembro requerido<sup>140</sup>. En ciertos Estados miembros es preciso, con arreglo a su Derecho procesal nacional, que antes de pasar a la ejecución material propiamente dicha, se lleve a cabo un previo «registro» de la resolución extranjera exequaturizada<sup>141</sup>. Ello no se exige en España, país en el que, una vez obtenida la resolución de *exequatur*, se puede solicitar directamente la apertura de un proceso de ejecución de la resolución extranjera previamente exequaturizada.

**89.** Cuando se insta en España la ejecución material de la resolución extranjera que ha obtenido el *exequatur* con arreglo al Reglamento 44/2001, deben tenerse presentes estos aspectos.

1º) *Demanda ejecutiva*. Debe presentarse una «demanda ejecutiva» a través de la cual se insta el despacho de la ejecución (art. 549 LEC).

2º) *Título ejecutivo*. El título ejecutivo es un «título compuesto» (F.F. GARAU SOBRINO). Lo forman tanto la resolución judicial extranjera, como la decisión del órgano jurisdiccional español que otor-

<sup>135</sup> ATS 17 mayo 2005.

<sup>136</sup> STJCE 27 noviembre 1984, *Brennero*, 258/83, *Rec.*, p. 03971, comentada por A. DI BLASE, «Esecuzione di sentenze straniere e provvedimenti provvisori in base alla Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968», *Giustizia civile*, 1986, I, pp. 319-320; T. HARTLEY, «Enforcement Procedure: Provision of Security», *Eur.L.Rev.*, 1986, pp. 95-96; A. HUET, *JDI Clunet*, 1985, pp. 173-178; H. LINKE, «Rechtsbehelf gegen die Zulassung der Zwangsvollstreckung nach dem EuGÜbk und Sicherheitsleistung», *RIW*, 1985, pp. 237-238; P. SCHLOSSER, «Grenzüberschreitende Vollstreckung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im EuGVÜ-Bereich», *IPRax*, 1985, pp. 321-322.

<sup>137</sup> ATS 14 abril 2009.

<sup>138</sup> STJCE 4 octubre 1991, *Dalftsén*, C-183/90, *Rec.*, p. I-04743.

<sup>139</sup> ATS 6 septiembre 2011, ATS 15 septiembre 2009, AAP Madrid 8 mayo 2009, ATS 14 abril 2009 (*exequatur* de sentencia italiana), ATS 21 abril 2009 (sentencia gibraltareña), ATS 25 marzo 2008 (sentencia inglesa y Reglamento 44/2001), ATS 12 marzo 2002, ATS 21 enero 2003, ATS 4 octubre 2005, ATS 17 enero 2006, ATS 4 noviembre 2008, ATS 14 octubre 2008.

<sup>140</sup> STJCE 2 julio 1985, *Genossenschaftsbank*, 148/84, *Rec.*, p. 01981, FD 18; STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, 145/86, *Rec.*, p. 00645, FD 27; STJCE 3 octubre 1985, *Capelloni*, 119/84, *Rec.*, p. 03147, FD 16; STJUE 13 octubre 2011, as. C-139/10, *Prism Investments*, FD 40.

<sup>141</sup> Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 142 en DOUE 13 diciembre 2009.

ga el *exequatur*. El juez competente para despachar la ejecución debe controlar la regularidad de ambos documentos como parte del «título ejecutivo».

3º) *Tribunal competente para la ejecución*. En España, la precisión del concreto tribunal competente para despachar la ejecución constituye un asunto muy controvertido. Debe aplicarse el art. 545.3º LEC, de modo que es competente para ejecutar el fallo contenido en la resolución extranjera, alternativamente, a elección del solicitante de *exequatur*<sup>142</sup>: (a) El Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a los arts. 50 y 51 LEC; (b) El Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, o el correspondiente al lugar donde se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados.

4º) *Tratamiento legal del auto que despacha la ejecución*. El ejecutado podrá oponerse al auto que despacha la ejecución en los términos de los arts. 556, 559 y 560 LEC<sup>143</sup>. El ejecutado no puede apelar el auto que despacha la ejecución con arreglo a la Ley procesal española. El art. 43 R. 44/2001 es inaplicable en este caso, y no permite plantear recurso contra tal auto<sup>144</sup>.

5º) *Imposibilidad de ejecución de las resoluciones extranjeras hasta que se resuelva la apelación contra el auto de exequatur en España*. Con arreglo al art. 47 R. 44/2001, en el caso de recurso de apelación contra el auto de concesión del *exequatur* en España, el tribunal puede adoptar medidas cautelares para proteger los derechos del demandante. En consecuencia, *a contrario sensu*, debe indicarse que la resolución judicial extranjera no puede ser objeto de ejecución material en España hasta que se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el auto de *exequatur*.

6º) *Ejecución de las resoluciones extranjeras y pendencia del recurso de casación contra el auto de exequatur en España*. Con arreglo al art. 47 R. 44/2001 *a sensu contrario*, la cuestión de saber si la interposición de un recurso de casación contra la decisión de la Audiencia Provincial sobre el recurso contra el auto de *exequatur* impide la ejecución provisional de la sentencia extranjera *exequaturizada*, depende del Derecho Procesal español. En Derecho Procesal español, y salvo casos extraordinarios, la interposición de un recurso de casación no produce efectos suspensivos de la resolución recurrida, de modo que ésta podrá ejecutarse aunque todavía no se haya resuelto el recurso.

**90.** Resulta perfectamente posible ejecutar materialmente en España una resolución judicial no firme dictada en un Estado miembro que ha obtenido un auto de *exequatur* en España siempre que dicho auto no se haya recurrido en apelación<sup>145</sup>. El Reglamento 44/2001 asume, de modo implícito pero muy claro, que puede solicitarse su ejecución material (art. 46 R. 44/2001 *a contrario sensu*). En efecto, si se solicita el *exequatur* en España de una resolución judicial extranjera no firme, el tribunal puede suspender el procedimiento (art. 46.1 R. 44/2001) pero también puede no suspenderlo y conceder el *exequatur* previa la «*constitución de una garantía que él mismo determinará*» (art. 46.3 R. 44/2001). Significa ello que el Reglamento 44/2001 acepta que dicha resolución no firme puede ser *exequaturizada* y materialmente ejecutada, pero que, precisamente por ello, la garantía constituida podrá servir para salvaguardar los derechos del ejecutado en el supuesto de que la resolución extranjera sea revocada en el Estado miembro de origen. Por eso mismo no resulta aplicable, en estos casos, el art. 525.2 LEC, precepto que indica que «*tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España*», ya que el Reglamento 44/2001 admite, como se ha visto, dicha posibilidad.

**91.** Nada en el Reglamento 44/2001 impide que una misma resolución judicial trate de ser ejecutada en el Estado miembro donde se ha dictado y también en otro Estado miembro donde existan bienes del ejecutado. Para evitar supuestos de «doble ejecución de la misma deuda», debe procederse a una oposición a la ejecución mediante el art. 556 LEC, que permite alegar «*el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente*»<sup>146</sup>.

<sup>142</sup> AAP Navarra 15 enero 2002, AAP Baleares 13 octubre 2005.

<sup>143</sup> AAP Girona 23 enero 2012 (resolución judicial alemana).

<sup>144</sup> AAP Madrid 22 marzo 2010 (ejecución de sentencia italiana).

<sup>145</sup> Con confusión, AAP Madrid 26 marzo 2010 (ejecución provisional de sentencia francesa).

<sup>146</sup> Con criterio muy dudoso, AAP Madrid 26 marzo 2010 (ejecución provisional de sentencia francesa).

**92.** Resulta indispensable localizar y cuantificar los bienes del demandado en el Estado miembro requerido condenado en virtud de sentencia dictada en otro Estado miembro que ha obtenido el *exequatur* en España. La UE carece de instrumentos legales específicos al respecto. Por ello, debe acudir a los medios procesales existentes en fase de ejecución de la sentencia en cada concreto Estado miembro. En Derecho español existen diversos medios para averiguar el patrimonio del ejecutado.

1º) *Manifestación de los bienes del demandado*. El art. 589 LEC dispone que el 1. Salvo que el ejecutante puede señalar bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, pero que si no lo hiciera, «*el Secretario judicial requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título*». La desobediencia a tal requerimiento puede acarrear sanciones para el demandado (art. 589.2 y 3 LEC).

2º) *Investigación de los bienes del demandado por la Oficina Judicial*. Con arreglo al art. 590 LEC, a instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, «*el Secretario judicial acordará, por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia*». Se trata de una intervención supletoria, pues sólo procede si el ejecutante no pudiera obtener tales datos por sí mismo.

3º) *Deber de colaboración de terceros*. Indica el art. 591 LEC que el ejecutante puede solicitar al Secretario que requiera la colaboración de «*todas las personas y entidades públicas y privadas*» para que presten su colaboración y entreguen al Secretario judicial encargado de la ejecución cuantos documentos y datos tengan en su poder. Si tales terceros se niegan, el tribunal, previa audiencia de los interesados, puede imponer multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración requerida.

**93.** La UE carece de instrumentos legales específicos para localizar los bienes del demandado en los Estados miembros<sup>147</sup>. Se ha propuesto la utilización del Reglamento 1206/2001 de 28 mayo 2001 (obtención de pruebas en materia civil o mercantil). El objetivo de este Reglamento no es averiguar el patrimonio del demandado, si bien se ha propuesto interpretar el concepto de «prueba» en sentido amplio para incluir peticiones de información del patrimonio del demandado. Otra posibilidad es recurrir al Convenio de La Haya de 18 marzo 1970 (obtención de pruebas en el extranjero), cuyo art. 1 permite expedir una comisión rogatoria con destino a un tribunal de otro Estado parte, con el objetivo de que éste proceda a la «*realización de otras actuaciones judiciales*», entre las que se podría considerar incluida la práctica de diligencias de averiguación del patrimonio del demandado en el Estado requerido.

<sup>147</sup> Vid. M. CASADO ABARQUERO, «La investigación del patrimonio del deudor ejecutado en el extranjero», *AEDIP*, T. IX, 2009, pp. 463-477.

# LAS DEFINICIONES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

AMELIA CASTRESANA  
*Catedrática de Derecho Romano*  
*Universidad de Salamanca*

Recibido: 27.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

**Resumen:** La armonización jurídica en Europa en materia contractual, y, en particular, el contrato de compraventa reclama una semasiología uniforme de todos aquellos términos que explican conceptos jurídicos fundamentales. Esa deseable semántica unívoca de la lengua del derecho contractual de la UE debe asentarse en la cultura jurídica europea que compartimos y que, por ello, podemos comprender y reconocer más fácilmente. En este artículo se explica la historia retrospectiva de algunas de las palabras claves que figuran en el catálogo de definiciones de la Propuesta de Reglamento europeo. Y esa historia retrospectiva de las palabras nos descubre todos los detalles del proceso de formación de la semántica jurídica que hoy se propone en Europa.

**Palabras clave:** Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, definiciones, contrato, buena fe contractual, pérdida, condiciones generales de contratación.

**Abstract:** Legal harmonization in the field of contracts within the European Union and, particularly, the contract of sales, requires a uniform semasiology of fundamental legal concepts. This unambiguous semantics of European Contract Law should be based on the European legal culture that we share and, therefore, we can easily understand and recognise. This article presents a retrospective analysis of different definitions provided by the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law. The abovementioned retrospective analysis shows us in detail how legal semantics is being constructed nowadays.

**Key words:** Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, definitions, contract, good fair and fair dealing, loss, standard contract terms.

**Sumario:** I. Algunas consideraciones previas. II. La historia retrospectiva de las palabras. 1. Contrato. 2. Buena fe contractual. A) El deber de corrección y la sanción del silencio. B) Los debates ciceronianos. C) Buena fe contractual y deber de información. 3. Pérdida. 4. Condiciones generales de contratación.

## I. Algunas consideraciones previas

1. Nadie discute hoy el extraordinario interés que ha despertado entre los iusprivatistas la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea<sup>1</sup>. Es más, parece que entre los mismos iusprivatistas- que han comentado el texto de

---

<sup>1</sup> Vid., últimamente, los comentarios de ZIMMERMANN sobre la integración de esta Propuesta relativa a la normativa común de compraventa europea en el proceso de ordenación del Derecho civil europeo, con un completo análisis crítico en el que se señalan los avances y también los retrocesos de los distintos instrumentos normativos para la armonización del Derecho pri-

la Propuesta que vio la luz el 11 de Octubre de 2011- hay confianza en su posible aprobación definitiva este mismo año 2013. No pretendo levantar una voz crítica respecto de los contenidos jurídicos concretos que aparecen regulados en tal Propuesta europea. No me corresponde hacer tal cosa. Si quiero abrir una reflexión en alta voz sobre la oportunidad de una normativa unificadora como instrumento de armonización jurídica en Europa. Y para ello debo empezar por las palabras que expresan conceptos, categorías y principios generales del derecho. Porque la terminología técnica -de la que nos servimos los juristas europeos- en materia contractual se conforma en la Propuesta de Reglamento como un ámbito deseable de armonización jurídica. De ahí que el art.2 de la misma establezca un catálogo de definiciones a modo de preámbulo integrador en el que se asigna a cada uno de los términos seleccionados un valor unívoco. Y la pregunta no se hace esperar: ¿qué camino de armonización jurídica toma en este punto la normativa común de compraventa europea? Las definiciones del art.2 de la Propuesta ¿son precisiones semánticas que pretenden armonizar la lengua del derecho, y, por esta vía, uniformar el derecho contractual europeo?

2. Ya TOMÁS Y VALIENTE<sup>2</sup> advertía desde la premisa incontestable de que «Europa no es un producto natural, ni un supuesto geográfico...sino una creación de la historia y, por tanto, un fenómeno cultural», de la necesidad actual de ordenar realidades diversas bajo principio unitarios. «La dialéctica jurídica tendrá que ordenar –en la elaboración del *ius commune europaeum* de hoy- lo propio con lo común y por eso renace con vigor un viejo texto del Digesto que sirve para iluminar y entender nuevas realidades, aquel texto en el que Gayo decía: *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur*»<sup>3</sup>.

3.Y es que el interés por el Derecho romano como factor de la unidad jurídica europea no tiene que ver con la existencia de «micromodelos» –institutos singulares que en el ámbito de la argumentación histórica han servido para acceder a una solución dogmática satisfactoria-. Son los «macromodelos» o «modelos históricos de integración», como muy bien ha señalado GIARO<sup>4</sup>, los únicos que deben utilizarse para delimitar las vías de armonización del Derecho privado europeo. Y entre estos modelos figura el *ius gentium*, de factura exclusivamente romana, y una de las piezas maestras de aquella experiencia jurídica<sup>5</sup>. El *ius gentium* enseña que la nueva ordenación común no tiene por qué eliminar multiplicidades, sino que debe reordenar realidades diversas bajo principios unitarios. Éste fue el criterio inspirador de la *reductio ad unum* de TOMÁS DE AQUINO, y también la guía de DANTE cuando un siglo más tarde habla de la *humana universitas* en el *de Monarchia*.

4. En este sentido el proceso de armonización jurídica en Europa ha de encontrar justificación- *ad exemplum iuris gentium*-en aquellos referentes culturales que tienen un sentido unívoco transnacional y por lo mismo un valor operativo –contrastado históricamente- en la afirmación del derecho de la comunidad de los pueblos europeos. Tiene razón TOMÁS Y VALIENTE<sup>6</sup> cuando insiste en que «el jurista

vado. R.ZIMMERMANN, «Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristische Blätter*, nº 134, 2012, pp.2-22. Igualmente vid. F.GÓMEZ POMAR-M.GILI SALDAÑA, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Enero, 2012, pp.1-26; S.SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa y el Derecho internacional privado», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº11, 2011, pp.35-61.

<sup>2</sup> «El *ius commune europaeum* de ayer y de hoy», en *Obras Completas V*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.4709-4711.

<sup>3</sup> Con este texto-que ha pasado también al Digesto y a las Instituciones de Justiniano-inicia Gayo sus *Institutiones*, un buen Manual de Derecho-simple y esquemático-en el que el *ius gentium* toma el valor de un derecho establecido para todos los pueblos a través de la *naturalis ratio*.

<sup>4</sup> «Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa», *Ius commune*, nº22, 1995, p.15. Indicaciones que ha reiterado el mismo autor en «Comparemus! Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei», *Rivista critica del Diritto Privato*, nº19, 2001, p.541.

<sup>5</sup> L.LABRUNA, «Principi giuridici, tradizione romanistica e «humanitas» del diritto tra Europa e America Latina», *Labeo*, nº50, 2004, pp.22-28, habla de un patrimonio jurídico común a todos los hombres que la *naturalis ratio* reconoce y que se dice *ius gentium*, derecho universal, sin adscripción nacional.

<sup>6</sup> Op.cit. loc.cit.



como intérprete y la interpretación como lectura creativa a partir de unos textos dotados de prestigio casi mítico, constituyen el protagonista y el método de un naciente y expansivo *ius commune*<sup>7</sup>. Hoy se hace necesario individualizar reglas fundadas en valores universalmente aceptados, y es aquí donde pueden adquirir protagonismo principios de nuestra tradición jurídica que hunden su raíz en el Derecho romano en tanto *ars boni et aequi*. Y aunque no siempre ha habido acuerdo sobre los caminos a seguir para la armonización jurídica, me inclino, desde luego, a favor de la formación de una jurisprudencia común –que hace uso de unos principios generales del derecho fraguados en la experiencia histórica<sup>7</sup>. La Historia del Derecho «debe proceder del momento actual hacia atrás, es decir, como historia de precedentes y no de subsiguientes: una historia retrospectiva», como sugiere con razón GUZMÁN BRITO<sup>8</sup>, que, a mi modo de ver, ha de empezar por la historia de las palabras. Porque la constitución del derecho entre quienes no participan de un mismo universo jurídico nacional se produce a través de palabras expresivas de una comunidad de ideas universalmente admitidas. Esas palabras son algunas de las que integran el catálogo de definiciones de la Propuesta europea, y, entre todas ellas, descubrimos una expresión fundamental: «buena fe contractual». Ahora, en la nueva afirmación jurídica transnacional, estas palabras expresan la convicción universal de que las relaciones humanas –y también las relaciones jurídicas- se deben regir por la lealtad y la confianza mutua de quienes intervienen en el tráfico, porque lo hacen con honradez y franqueza. La *fides* y la *fides bona* –con todos sus matices y en todas sus variantes de uso- conforman los valores universales de compromiso jurídico y la garantía suficiente de cumplimiento de pactos y contratos. Así lo fija la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea en su preámbulo integrador, y así lo descubrimos en nuestra mirada retrospectiva a la experiencia jurídica romana.

5. Por eso debo empezar por las palabras. Y lo hago siguiendo una recomendación certera de MIGUEL DE UNAMUNO<sup>9</sup> que quiero hacer mía en el presente escrito:

«escudriñad la lengua, porque la lengua lleva ...el sedimento de los siglos, el más rico aluvión del espíritu colectivo; escudriñad la lengua. ¿Qué os dice?»

## II. La historia retrospectiva de las palabras

6. Las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Propuesta europea pretenden uniformar el valor semántico de ciertos términos fundamentales en materia contractual para facilitar así la uniformidad en la comprensión, interpretación y aplicación de los mismos. La ley uniforme exige una doctrina jurídica uniforme y una jurisprudencia uniforme. Pero también exige una semasiología común que sirva para entender de manera unitaria los conceptos jurídicos claves que expresan las palabras de la lengua del derecho. El Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea propone como factor de unidad jurídica una semántica uniformizada que haga realidad la unidad de la lengua del derecho de la comunidad. Y en la formación de tal semasiología es deseable –para paliar en parte lo que podemos llamar el déficit cultural de la integración europea- echar la vista atrás y descubrir en nuestra mirada retrospectiva la experiencia jurídica que se encuentra en la tradición.

7. La historia retrospectiva de los términos seleccionados en el art.2 de la Propuesta-y la semasiología de los mismos- remiten inevitablemente a un elemento clave de la cultura jurídica europea, que

<sup>7</sup> Vid. últimamente J. ADAME GODDARD, «La unificación del Derecho Privado según Álvaro d'Ors», en *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, Lima, Dupla editores, 2012, pp.177-181. La unificación requiere en todo caso de una doctrina jurídica común en la interpretación de leyes uniformes, y es la formación de juristas independientes el ámbito en el que se aprecia-según ADAME GODDARD- el valor del Derecho romano que reconoció una doctrina jurídica creada por la *auctoritas* de los juristas, y no por la *potestas*.

<sup>8</sup> «De la stipulatio romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos códigos civiles», en S. SCHIPANI (Coord.), *Mundus novus: unità del Continente Latinoamericano*, Roma, 2007, pp.43-49.

<sup>9</sup> «La fe», en *Ensayos I*, Madrid, Aguilar, 1945, p. 260.

es el derecho romano, y, en particular, la jurisprudencia clásica. Son los juristas –y también en alguna medida los magistrados jurisdiccionales– quienes conforman la historia de las palabras que dan vida al *ars boni et aequi*. El jurista crea el término como vehículo de expresión de un contenido jurídico: *obligationem contrahere, conventio, fides, fides bona, fides mala, dolus, culpa, damnum*...son solo algunos ejemplos muy relevantes de la obra de la jurisprudencia. Y esta experiencia intelectual basada en la tradición sapiencial que se apoya en la creación original y «autorizada» de los grandes juristas romanos puede explicar las definiciones de la Propuesta europea.

Analicemos la historia de algunas palabras claves.

## 1. Contrato

8. Dice el apartado a) del art.2: «se entenderá por «contrato» un acuerdo destinado a generar obligaciones u otros efectos jurídicos».

9. El Derecho romano no conoció nada semejante a lo aquí enunciado. «Los romanos solo tuvieron doctrinas particulares, que a veces aplicaban a un determinado y concreto acto típico, y a veces a algún género de actos típicos, cuando varios aparecen sometidos a un mismo régimen jurídico, de guisa de poderse hablar, por ejemplo, de una doctrina de los contratos de buena fe»<sup>10</sup>.

10. Los juristas romanos explican en cada caso el carácter del contrato que comentan. Así lo hace Paulo (D.17,1,1,pr.-2) cuando afirma que la obligación del mandato toma consistencia del consenso, y que por ello puede contraerse el negocio por medio de un *nuntius*, o por carta, y usando cualesquiera palabras. También Ulpiano (D.18,1,7,2) declara que la compraventa es de derecho de gentes y que por ello se perfecciona por el mero consentimiento, y que puede celebrarse entre ausentes, por medio de un *nuntius* o por carta. Y una vez más Paulo (D.19,2,1) afirma que el arrendamiento – en tanto contrato de derecho natural y derecho de gentes– no se celebra mediante palabras solemnes, sino por el consentimiento, como la compraventa. Ni siquiera «Gayo se atrevió a formular doctrinas generales. Aunque utilizó una noción amplia y unificadora de *contractus*, que estaba en desacuerdo con el uso más restringido que hacía de esta palabra la jurisprudencia clásica conectada con Labeón. Lo mismo cabe decir de Justiniano, que siguió muy de cerca la sistematización expositiva de las Instituciones de Gayo»<sup>11</sup>.

11. Y es que la historia retrospectiva de *contractus* en la experiencia romana enseña tanto la formación misma de la palabra como la tecnificación del término con una determinada semántica de contenidos jurídicos propios. El sustantivo *contractus* procede de la forma verbal *contrahere* que expresa la celebración misma, la conclusión de un acto bilateral en el que ambas partes quedan recíprocamente obligadas; *contrahere* refiere el establecimiento de la relación obligatoria bilateral, la celebración de un acto del que resultan obligaciones –*obligationem contrahere*– para las dos partes que intervienen en el mismo. El uso de la forma verbal no nos sorprende: los juristas romanos solían utilizarlas con preferencia a los sustantivos. La semántica jurídica propia de *contrahere* se anuncia ya en Quinto Mucio Escévola (D.46,3,80) cuando el jurista establece una correspondencia entre *contrahere* y *solvere*, de manera que el primer término toma el valor de constitución de vínculos obligatorios. De ahí la idea de contrato como fuente de obligaciones, que sigue siendo una idea viva en la Propuesta europea, en la definición de contrato: «acuerdo destinado a generar obligaciones...». Y es que esta propuesta semántica unívoca y común de «contrato» tiene historia romanista.

12. Queda aún por explicar la identificación de contrato como «acuerdo» que propone en su definición el Reglamento europeo. Y también en este punto la historia retrospectiva del término *con-*

<sup>10</sup> Son palabras de A. GUZMÁN BRITO, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p.83.

<sup>11</sup> A. GUZMÁN BRITO, op.cit., p.84. Más adelante el autor nos descubre ya en DOMAT y POTHIER la práctica sinonimia entre convención y contrato: el contrato es una especie de convención destinada a formar una obligación.

*tractus* nos descubre la formación jurisprudencial-en la experiencia jurídica romana- de la semasiología propuesta hoy en Europa.

13. La forma verbal *contrahere* da paso a la forma participial sustantivada *contractum* que utiliza Labeón. Es cierto que la obra labeoniana ha merecido siempre una valoración positiva por la creatividad de su pensamiento que se concreta en no pocas innovaciones originales. De entre todas ellas la más destacada es, sin duda, la doctrina labeoniana de *contractus*. En D.50, 16, 19-bajo la sugerente rúbrica «sobre la significación de las palabras» Labeón introduce una reflexión sobre tres términos, *actus*, *gestum* y *contractum*. Dice SCHIAVONE<sup>12</sup> que el jurista no estaba interesado en «el significado literal de estos términos, sino en la relación ontológica entre las formas identificadas». En todo caso *contractum* refiere la relación, y no el acuerdo que está en la base del vínculo y que expresan los términos *conventio* y *pacisci*. Porque la ontología de *contractum* habla de una relación fundada en la bilateralidad; ahora bien, «la nuda bilateralidad de la relación –que identifica el término griego *synallagma*-para hacerse *contractum*, debía predicarse de ambos lados-*ultra citroque*- a través de un vínculo constitutivo de obligación»<sup>13</sup>. Está claro que Labeón define el *contractum* a través del *ultra citroque obligari*<sup>14</sup> que es realmente el elemento identificador de la esencia del contrato, es decir, la bilateralidad de las obligaciones recíprocas, y no el consensualismo.

14. Un siglo más tarde, ya en el siglo II d.C., Aristón (D.2,14,7,2) hace suya la idea labeoniana, si bien la extiende a actos convencionales, negocios que no tienen nombre propio de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, y en los que el jurista reconoce el nacimiento de una obligación. La causa del contrato ya no se identifica con la función económico-social que pueda cumplir el mismo, sino con la *conventio*: una parte asume la obligación de la otra, y ésta la obligación de la primera.

15. Con Gayo la idea de contrato va a reflejar, en buena medida, las claves del progreso semántico del término en la experiencia jurídica romana. En principio, el contrato no se identifica con el acto constitutivo de carácter convencional, sino, más bien, con el acto jurídico lícito, generador de obligaciones. Así puede leerse en *Institutiones* 3,88: «pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división abarca dos clases. Pues toda obligación o nace de contrato o nace de delito». Pero lo cierto es que Gayo observa a propósito del pago de lo indebido (= *indebitum solutum*)- en el que hay *contrahere* y *obligationem contrahere*-, «que esta especie de obligación no recibe su consistencia de un contrato, porque quien da con entendimiento de pagar, más quiere distraer un negocio que contraerlo»<sup>15</sup>. Por ello el pago de lo indebido no parece ser un contrato, porque no basta con que surja objetivamente la obligación; hace falta el entendimiento recíproco de las partes sobre tal efecto. Y esto exige el «acuerdo de las partes» dirigido a producir obligación. El cambio semántico sustancial del término *contractus* –que ya aparece insinuado claramente en las reflexiones anteriores-se hace realidad en las *Res cottidianae*<sup>16</sup>, porque Gayo percibe la trascendencia jurídica que en el ámbito de las obligaciones va adquiriendo el consenso de las partes como acto convencional constitutivo. Ahora la esencia del contrato descansa en el acuerdo de voluntades que fija y expresa el acto convencional. Y así queda ya conformada la semántica de contrato como acuerdo generador de obligación, que es la misma semántica propuesta en la definición de contrato del Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. En todo caso, no acaba aquí la impronta romanista del catálogo de definiciones de la Propuesta europea; esa impronta se hace aún más visible si avanzamos en dicho catálogo y descubrimos la inmediata preocupación del legislador europeo, que no es otra que aclarar la semántica unívoca de la buena fe contractual. Parece que en la mente del

<sup>12</sup> Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi editore, 2005, pp.282-283.

<sup>13</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., p.285.

<sup>14</sup> A.D'ORS, recensión a WUNNER, *Contractus, Studia et documenta historiae et iuris* n°32, 1966, pp.428-432, califica el intento de Labeón de reducir *contractus* al *ultra citroque obligari* como «una abrupta tecnificación del concepto que estaría en contradicción con el uso de la época».

<sup>15</sup> *Gai Institutiones* 3, 91.

<sup>16</sup> Sobre la autoría de Gayo respecto de esta obra vid., por todos, J.M.COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1996.

legislador se ha producido una inmediata conexión entre la idea de contrato y la necesidad de la buena fe. Y es que la semántica del término contrato no queda plenamente conformada si no se incorpora a ella la semasiología de *fides*, y de *fides bona*. Continuemos con nuestra historia retrospectiva de las palabras.

## 2. Buena fe contractual

16. Dice el apartado b) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «buena fe contractual»: una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión»<sup>17</sup>.

17. La convencionalidad nace en la experiencia jurídica romana estrechamente ligada a la *fides bona* como fundamento jurídico del acto bilateral, consensuado: «¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar lo que los hombres pactaron entre sí?» se pregunta Ulpiano (D.2,14,1pr.) inmediatamente antes de descubrirnos el significado de *conventio*: «convención es una palabra general que se refiere a todo aquello en que consienten los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción, pues así como se dice que convienen los que llegan y se reúnen en un mismo sitio, procedentes de distintos lugares, así también se dice de los que movidos por diversas intenciones consienten en algo, es decir, confluyen en una opinión. De tal modo, «convención» es una denominación general que, según dice elegantemente Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación que no encierre en sí una convención...»(D.2,14,1,3).

18. Y es que el término *fides* forma parte de «una constelación relativamente amplia de términos a través de los cuales la inteligencia romana –entre los siglos III y II a.C.-representaba la conexión entre política y ética civil»<sup>18</sup>. La *fides* adquiere fuerza jurídica operativa, es decir, valor instrumental, «de manera completamente homogénea al estilo de los juristas romanos que en su actividad profesional se colocan siempre sobre la realidad de su tiempo, teniendo presente los valores corrientes de la sociedad romana»<sup>19</sup>.

19. En este sentido el Derecho romano va a empezar a conocer la formalización de ciertos actos convencionales propios del tráfico jurídico al amparo de una *fides* reinterpretada por la jurisprudencia: es la *fides bona*. Es probable que en todos estos casos se haya tenido inicialmente en cuenta el valor semántico nuclear del término *fides* que explica muy bien Cicerón como *fit quod dicitur* (=cumplir la palabra dada)<sup>20</sup>, y que expresa «la lealtad a la palabra dada» como valor ético de conducta. Y este valor

<sup>17</sup> En el considerando 31 de la Propuesta europea el principio de buena fe se consagra como «principio-guía» a la hora de decidir la forma en que han de cooperar las partes. Y el art.2.1(Anexo 1) de la normativa común de compraventa europea establece: «cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual».

M. BIANCA, «Buona fede e Diritto Privato europeo», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, (L.GAROFALO coord.), Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, I, Milano, Cedam, 2003, pp. 201-205 comenta a propósito de la buena fe (y de la recepción de este principio en la versión inglesa de una Directiva comunitaria 93/13) que se trata de un «principio que convierte en regla de derecho el precepto de la honradez contractual, madurado en la conciencia social en términos de solidaridad y consideración». Vid. también F.D.BUSNELLI, «Note in tema di buona fede ed equità», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit., pp.225-253. BUSNELLI describe la buena fe como el «common core» del Derecho comunitario. Critica la fórmula del Código civil holandés de 1992 que recoge como expresiones de la buena fe la razonabilidad y la equidad, lo cual no deja de ser cierta «desnaturalización de la buena fe». Y añade: «Ahora tal vez lo más importante sea navegar en el agua no contaminada del Derecho romano para depurar el concepto de buena fe de toda la escoria que lo ha dejado desnaturalizado y recuperar la plena conciencia de contenidos irrenunciables del núcleo destinado a convertirse en ese «common core».

<sup>18</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* cit., nota 31 a p.126.

<sup>19</sup> Son palabras de M.TALAMANCA, «La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Studi in onore di A. BISCARDI, Padova, Cedam,2003, pp.310-311.

<sup>20</sup> El concepto de *fides* se extrae de la propia etimología del término. Así lo hace Cicerón en *de re publica* 4,7,21: «me parece que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice». Una idea reiterada en *de officiis* 1,7,23: «osemos, sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que *fides* se ha llamado así porque se hace lo que se dice». También Isidoro de Sevilla reitera estas mismas ideas en *Origenes* 8,2,4: «se

mantenido en las relaciones humanas- y también en las relaciones jurídicas- como «norma habitual de conducta» determina «un estado de confianza» entre quienes se relacionan, transigen o negocian respecto del sujeto, titular de esa *virtus* que se llama *fides*, y que es el «hombre de palabra», «el que cumple sus compromisos»<sup>21</sup>. Ahora bien, cuando ese valor ético del comportamiento individual de las personas aparece en el escenario internacional de los negocios, el motor de las innovaciones jurídicas ya no es la *fides* sino la *fides bona*. Y va a ser la jurisprudencia romana la que explique la semasiología de este nuevo término, uno de los más trascendentes-e innovadores- en el mundo de los negocios y en materia contractual. En este sentido la Propuesta europea muestra sensibilidad histórica y jurídica al ocuparse en el catálogo de definiciones de este concepto jurídico indeterminado. Y también acierto, como vamos a ver, desde nuestra perspectiva histórica, cuando delimita el concepto: «buena fe contractual»; y cuando fija taxativamente los valores que conforman la semántica del concepto definido: honradez, franqueza y solidaridad.

20. Está fuera de toda duda que el adjetivo *bona* en su incorporación a la fórmula *fides bona* produce una nueva semántica que, en ocasiones, determina el magistrado jurisdiccional como creación procesal propia<sup>22</sup>; y, en otros casos, los más trascendentes, la jurisprudencia.

21. Conviene empezar recordando un texto de Cicerón: «el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos»<sup>23</sup>. Es cierto que el Arpinate utiliza aquí el término *fides* y no la fórmula *fides bona*, pero en la referencia a aquélla hay, a mi modo de ver, una alusión directa a ésta.

En realidad, «buena fe» y su término marcado «mala fe» aparecen desde el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española referidos a los contratos y a las transacciones comerciales: el primero como indicativo de veracidad, falta de doblez, buena intención, sin malicia; mientras que el segundo implica la negación de los valores anteriores. En la documentación medieval aparece con frecuencia *sine studio* o *sin engien* con el significado de no actuar espontáneamente sino buscando la manera de engañar al otro. «De buena fe» es una construcción adverbial respecto de la que algunos Diccionarios, como el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española han extraído para su componente –fe- un significado como «la seguridad del buen proceder y la verdad entre los que tratan o comercian». Lo que lleva a una esfera distinta de las relaciones personales de lealtad o fidelidad y nos sitúa en las de los tratos comerciales. Y es que hay una diferencia de campo entre fidelidad o lealtad y buena fe: el de las dos primeras es el de las relaciones personales<sup>24</sup>; el de la tercera el de los negocios.

---

ha dado el nombre de *fides* cuando se ha llevado a cabo totalmente lo que se ha dicho o prometido, y por eso se ha llamado *fides*, porque se hace aquello que se acordó entre uno y otro...».

<sup>21</sup> Vid. mis reflexiones en torno a la semántica unívoca del término *fides* en A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp.13-14.

<sup>22</sup> Es el *oportere ex fide bona* que sanciona determinadas relaciones jurídicas y que ante un conflicto *inter partes* faculta para fijar el contenido y la extensión de las obligaciones en orden al cumplimiento de las mismas, «ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione»; y en caso de incumplimiento servirá para exigir responsabilidades.

C. BEDUSCHI, «I profili giudiziali della fides», en L.PEPPE (COORD.), *Fides, fiducia, fidelitas, Studi di Storia del Diritto e di semantica storica*, Padova, Cedam, 2008, p. 33 afirma que la *bona fides* no es tanto una regla de conducta como el límite al que debe someterse la pretensión del actor. El adjetivo *bonus* no asume contenidos arbitrarios gracias a la llamada al sentido común que cada una de las partes está obligada a adoptar para hacer plausible su propia argumentación.

Vid., en contra de la calificación de la buena fe como principio ético introducido por el pretor en el mundo del derecho, R.FIORI, «Storicità del Diritto e problema di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva», en L.GAROFALO (COORD.), *Scopi e metodi della Storia del Diritto e formazione del giurista europeo*, Napoli, Jovene editore, 2007, pp.25-49. Según FIORI fueron los juristas, y no el pretor, quienes desarrollaron el *oportere ex fide bona* y fue la *interpretatio* de los *prudentes* la que determinó todos los deberes que –conforme al valor objetivo de la *bona fides*-se reconducen al vínculo típico.

<sup>23</sup> *De officiis* 1,7,3.

<sup>24</sup> Fidelidad se define desde el Diccionario de Autoridades de 1732 como «la observancia de la fe que uno debe a otro por ser su superior», definición que se mantiene hasta la última edición del diccionario académico (2001), solo que desprendida de ser superior. En casi tres siglos los diccionarios han explicado fidelidad etimológicamente a través de la palabra fe que es su base de derivación, una de cuyas acepciones en latín es precisamente lealtad. Y lealtad remite en el Diccionario de Autoridades a fidelidad: «la fidelidad con que se hace alguna cosa...y siempre reside en el inferior respecto del superior o en el igual respecto del igual, porque siempre consiste en la observancia de la fe que se debe». Y, aunque transformado, sigue siendo éste el sentido que le da la última edición del diccionario académico a lealtad: «cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y del honor y hombría de bien».

22. Como ya hemos comentado, en las relaciones comerciales transfronterizas o plurinacionales la *fides* se transforma en *fides bona*<sup>25</sup>: lo que ha de exigirse ahora es honradez, franqueza, buena intención, ausencia de malicia, es decir, corrección en las transacciones comerciales, y también en los contratos que dan cobertura jurídica a aquellas. La semántica de la fórmula *fides bona* se completa en la lengua del derecho con la acuñación de su «término marcado», *fides mala*, *dolus malus*, que expresa la incorrección de conducta con los elementos que tipifican la contravención de la buena fe: la falta de veracidad, la malicia o el engaño<sup>26</sup>. Así lo ha explicado recientemente LAMBRINI<sup>27</sup> cuando afirma que «el dolo nace como elemento subjetivo intelectual, pero muy pronto pasa a indicar, sobre todo, el comportamiento ilícito con resultado dañoso», sin consideración al intento fraudulento. Según LAMBRINI el dolo es contrario a la *bona fides* e implica un comportamiento incorrecto. Las raíces históricas-al menos por lo que hace al Derecho romano- no justifican la intencionalidad como elemento característico del dolo. Pero lo que sí es evidente es el vínculo entre el dolo y la regla de corrección: la equidad, la lealtad y la fe hacen que el cumplimiento de la palabra dada esté protegido; una violación del mismo está sancionada, y es también dolosa<sup>28</sup>.

### A) El deber de corrección y la sanción del silencio

23. Todas estas precisiones lingüísticas y jurídicas determinan el campo semántico y funcional propio de la *fides bona*. Nuestra historia retrospectiva de las palabras ha descubierto un principio sancionador de conductas incorrectas que causan daño a la contraparte, y cuyos valores integradores son la veracidad, la falta de doblez, la honradez, la ausencia de malicia y la consideración de los intereses de la otra parte.

24. No podía haber más coincidencia entre la tradición jurisprudencial romana y la proclama de la Propuesta europea en orden a la semántica jurídica de la «buena fe contractual». Pero las coincidencias no se agotan aquí. Es evidente que el principio de buena fe sanciona la corrección de cuantas conductas desarrollen las partes contratantes, también en la fase previa a la celebración del contrato. Y hoy en Europa preocupa especialmente a juristas y legisladores las posibles violaciones de la buena fe a través de comportamientos precontractuales incorrectos<sup>29</sup>. La reacción no se ha hecho esperar: los distintos instrumentos

<sup>25</sup> G.GROSSO, s.v. "buona fede (premesse romanistiche)", en *ED*, nº5, Milano, 1959, p. 662 advertía del itinerario de la *fides* hacia la *bona fides*: de un concepto de atadura a un concepto de corrección comercial gracias a la cualificación ética del adjetivo *bona*; una corrección que regía el mundo del comercio.

<sup>26</sup> M.KASER-R.KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19 Auflage, Heidelberg, Verlag C.H. Beck, 2010, p.196, hablan de *dolus malus* como «Gegenbegriff» de la *bona fides*: un comportamiento engañoso consciente que implica la violación de la buena fe. También R.ZIMMERMANN, «Diritto Romano, Diritto contemporaneo, Diritto Europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)», *Rivista Diritto Civile*, nº 47, 2001, p.753, advierte que en el Derecho romano el opuesto de la *bona fides* es el *dolus*. Y siempre que la conducta de una parte no seguía el modelo de la buena fe, se concedía la *actio doli* o la *exceptio doli*.

W. DAJZAK, «La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del Diritto Romano», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit., pp.415-417, descubre tres significados diferentes de la expresión *bona fides* en las fuentes literarias: en Plauto refiere, en unos casos, la verdad de las circunstancias, y, en otros, el crédito o aprecio social de la persona; en el *de agri cultura* de Catón toma el valor de «estricto cumplimiento de un deber» (hay aquí concordancia con el jurista Labeón). Y en pp.421-423 explica que a partir de Africano- y también en Escévola y Ulpiano-, la cláusula de buena fe permite a los juristas el trato favorable a la parte que se comporta con corrección, y sanciona al que actúa con dolo. En la valoración de la diligencia con la que actúa la parte que concluye el contrato, la *bona fides* se contrapone al *dolus*, al *fraus* y al *metus*; en la valoración de la ejecución del contrato la *bona fides* puede significar lo contrario a la negligencia.

<sup>27</sup> *Dolo generale e regole di correttezza. Il giurista europeo. Percorsi formativi* nº8, Padova, Cedam, 2010, pp. 93 y 121.

<sup>28</sup> Vid. A.WACKE, «Sul concetto di dolus nell'actio de dolo», *IURA*, nº28,1977, pp.10ss. Y la reciente recensión de P.LAMBRINI en *INDEX*, nº39, 2011, pp.151-154. En mi opinión debe mantenerse la diferenciación semántica y funcional –que ya hemos apuntado- entre *fides* y *fides bona*. La *fides*-bien explicada desde el *fit quod dicitur* ciceroniano- como lealtad a la palabra dada en las relaciones interpersonales por un lado, y, por otro, la *fides bona* –bien explicada desde la *constantia et veritas* ciceroniana- como veracidad, falta de doblez, ausencia de engaño o malicia en los tratos.

<sup>29</sup> En España, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación en 2009 señala en su art.1245.2: «en la negociación de los contratos las partes han de actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe». No cabe duda de que este precepto se inspira directamente en los PECL que en su art.1:102

normativos europeos regulan de manera minuciosa- tal vez, excesivamente minuciosa - los deberes pre-contractuales de las partes *ex fide bona*, y sancionan –de distinto modo según los casos-la violación de la buena fe en la formación del contrato y el consiguiente incumplimiento de aquellos deberes.

25. Se produce una conducta contraria a la buena fe en la fase previa a la celebración del contrato cuando se inician y continúan negociaciones sin intención alguna de alcanzar un acuerdo. Y también -y esto quiero subrayarlo- cuando se induce dolosa o negligentemente a error a la otra parte sobre las características o términos del contrato y cuando, con carácter general, se violan los deberes de información. Así parece considerarlo la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea cuya rúbrica de la Sección 4 no deja lugar a dudas: «deber de garantizar la corrección de la información facilitada»<sup>30</sup>; y en el art.28.1 la Propuesta europea exige que la «parte que facilite información antes de que un contrato se haya celebrado o durante su celebración...deberá comportarse con una diligencia razonable que garantice que la información facilitada es correcta y no engañosa».

26. La literalidad de este precepto remite a un código de conducta que identifica «corrección» con «ausencia de engaño» en la información facilitada. Es fácil hacer ya una lectura romanista de los términos aquí utilizados, y también es fácil descubrir en la historia retrospectiva de los mismos una semántica unívoca que integra el futuro de Europa con el pasado. Y esa unidad semántica refiere el *bonum*(=corrección) que califica jurídicamente la conducta del *bonus vir*<sup>31</sup> y que sanciona la *fides bona*(=franqueza, ausencia de engaño, falta de doblez).

27. Es evidente que la cultura jurídica europea no es ajena a estos principios. Unos años antes de la promulgación de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, utilizaba un código de conducta similar para determinar la corrección de las prácticas comerciales y para sancionar las prácticas engañosas. En el considerando 14 señalaba: «es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente». Y lo mismo podía leerse en la Sección 1 bajo la rúbrica «Prácticas comerciales engañosas» en el art.6.1: «se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad, o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado»<sup>32</sup>.

28. Lo que no parece que esté todavía claro hoy en Europa es el campo de aplicación de la buena fe contractual. De qué está hablando propiamente la Propuesta europea, ¿del deber de corrección *ex*

---

consagra el principio de buena fe como principio rector de las negociaciones previas a la celebración del contrato. Y también en otros instrumentos normativos del llamado moderno Derecho de contratos existen normas muy similares. Así en los arts.2.1.15 y 2.1.16 de los Principios Unidroit, y en los arts.II-3:301, II-3:302 y II.-3-501 del DCFR. Vid. los comentarios sobre el principio de buena fe en los instrumentos normativos citados y el análisis comparativo de fuentes jurídicas romanas en G.LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Bologna, 2006, pp.44ss.y 115ss.

<sup>30</sup> Sobre la formulación de los deberes de información en la Propuesta europea vid. últimamente los comentarios críticos de R.ZIMMERMANN, «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristen Zeitung*, nº6, (67.Jahrgang), 16.März.2012, pp 276-277.

<sup>31</sup> R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, Jovene editore, 2011, pp.125-129. El autor analiza las conexiones del *bonus vir* con el *vir sapiens*, y el *bonum* con la *modestia* y la *iustitia*. El *bonus vir* es el ciudadano que vive conforme a las reglas de la república. Y, más adelante, en pp.130-131 habla de *veritas* como exigencia de la *bona fides*, y de su término marcado, *dolus/calliditas*.

<sup>32</sup> Para un estudio detallado de concordancias y diferencias en la regulación de la formación del contrato en los principales instrumentos del Derecho contractual europeo vid., últimamente, N.JANSEN y R.ZIMMERMANN, «Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules», *Oxford Journal of Legal Studies*, nº31, 4, 2011, pp.626-662.

*fide bona*, o del deber de información como deber precontractual *ex lege*? ¿Es la buena fe contractual el criterio sancionador del silencio, o, por el contrario, es la ley la que sanciona la falta de información veraz, completa y precisa como incumplimiento contractual?

29. MORALES MORENO<sup>33</sup> nos ofrece una primera respuesta a estos interrogantes. El incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual canalizado a través del dolo (causal o incidental), el error o la culpa *in contrahendo* con efectos diversos; y este tratamiento-advirtiendo MORALES MORENO- no es el más adecuado, dado que la información precontractual se proyecta sobre el objeto y el contenido del contrato y genera problemas de incumplimiento, de manera que lo más razonable es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad.

30. La Propuesta relativa a una normativa común de compraventa europea parece combinar ambos tratamientos jurídicos, lo cual lejos de clarificar las dudas antes planteadas, viene a complicar la interpretación de algunos preceptos. Por una parte, dicha Propuesta en su art.49 señala que «la ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error». Y además precisa que, «para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, deberá atenderse a todas las circunstancias...»(art.49.3). En definitiva, el deber de información es una manifestación más de los deberes de corrección- honradez y veracidad- que sanciona la buena fe contractual; y el silencio o la falta de información completa y veraz son conductas incorrectas con violación de la buena fe contractual, en las que se aprecia falta de veracidad, malicia, engaño, dolo.

31. Pero, por otra parte, la Propuesta europea atiende también a la consideración de que en no pocas ocasiones la defectuosa información precontractual acarrea genuinos incumplimientos contractuales, especialmente por falta de conformidad. Así lo expresa el art.29 que habla de «incumplimiento de los deberes de información» y fija los remedios ante tal incumplimiento: «una parte que haya incumplido cualquier deber (de información)... responderá de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento». Y esto es así, como explica FENOY PICÓN<sup>34</sup>, porque en la nueva construcción del incumplimiento, las cualidades que debe tener el objeto según el contrato, aquellas que pueden producir un error relevante se han incorporado al deber de prestación del deudor con independencia de que la obligación sea específica o genérica. Para estos casos el art.29.3 de la Propuesta europea señala: «los remedios contemplados en caso de incumplimiento de los deberes de información se entenderán sin perjuicio de cualquier otro remedio que pudiera estar disponible en virtud del art. 42.2, y los arts. 48 o 49 (sobre el error y el dolo).

32. El debate que hoy se mantiene en Europa sobre la sanción *ex fide bona* de conductas precontractuales, o sobre la sanción *ex lege* del incumplimiento de deberes precontractuales puede verse retrospectivamente, en versión original, en no pocos autores clásicos. Porque también a ellos les preocupó especialmente la «incorrección» de ciertas conductas que empezaban a producirse-y a reproducirse- en los mercados y fuera de los mercados. Y no dudaron en utilizar la semántica de honradez y veracidad de la buena fe contractual en la construcción histórica del deber de información.

## B) Los debates ciceronianos

33. La primera preocupación del Arpinate tiene que ver con la «posible y también deseable» represión del silencio del vendedor en el que se aprecia cierta incorrección *ex fide bona*, que podemos identificar-parafraseando la definición de la Propuesta europea-con la «no consideración de los intereses de la otra parte de la transacción».

<sup>33</sup> *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, p.90.

<sup>34</sup> «El sistema de protección del comprador», Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 202.



34. Cicerón trae a escena –en este primer pasaje<sup>35</sup>– la disputa de dos estoicos, Diógenes de Babilonia y Antipatro de Tarso<sup>36</sup> a propósito del siguiente caso: un hombre honrado-*bonus vir*–ha llegado a Rodas con un importante cargamento de trigo. El precio del grano es elevadísimo en ese momento, si bien el comerciante tiene información de que otros muchos mercaderes han salido de Alejandría hacia Rodas- a cuyo puerto arribarán próximamente- con importantes cantidades de trigo. El hombre bueno no advierte de esta circunstancia a los rodianos, sino que guarda silencio, omite esa información–que queda oculta– para obtener mejor precio en la venta de su trigo.

35. El silencio recae sobre determinadas circunstancias que conoce el vendedor y que van a afectar a las condiciones objetivas del mercado en el que aquel opera; pero el vendedor calla en provecho propio, y no informa al comprador<sup>37</sup>. La incorrección de tal conducta y la consiguiente violación de la buena fe contractual consiste en la «falta de franqueza» del vendedor que calla lo que sabe en beneficio propio, y, especialmente, en la «falta de solidaridad» del vendedor que no toma «en consideración los intereses de la otra parte de la transacción»<sup>38</sup>. Aunque, como advierte con toda razón SCHERMAIER, el debate planteado en este caso por Cicerón sigue hoy vivo: ¿sobre qué está permitido callar y sobre qué hay que hablar?, ¿dónde radica la diferencia entre la explotación autorizada de una situación ventajosa y la prohibición de una maquinación? Y es que no es fácil fijar los límites de la corrección de conducta en el mundo de los negocios. Cicerón nos presenta en este caso enfrentados a maestro y discípulo. Diógenes de Babilonia considera moralmente justificado atenerse a la propia utilidad del vendedor, porque esto obedece al instinto de conservación innato en el hombre; sin embargo, su discípulo, Antipatro de Tarso defiende la solidaridad humana y sostiene que hay que superar el egoísmo que reside en el individuo para no dañar a los semejantes. Se trata de cumplir la acción moralmente correcta que es la que conduce a la verdadera utilidad y a la realización de la justicia. Para Diógenes solo habrá silencio antijurídico y éticamente reprochable cuando con él se viole una norma. Por eso pregunta sorprendido: *¿qui fit iniuria?* El único reproche que se puede hacer al vendedor es que quiere vender su mercancía en las mejores condiciones posibles. Para Antipatro, en cambio, la norma ética debe prevalecer sobre la regulación jurídica y, por tanto, aún a falta de una prescripción jurídica, callar lo que se sabe, omitir determinadas circunstancias es éticamente reprochable. Y en este caso silenciar la llegada inminente a Rodas de muchas naves cargadas de trigo es un engaño que traiciona el principio de solidaridad humana. La réplica de Diógenes discute la sinonimia de «engañar» y

<sup>35</sup> *De officiis* 3,12,50ss. R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp. 9-11, sostiene que esta obra se escribe probablemente en los últimos meses del año 44a.C. y que es contemporánea a la 1ª Filípica, y algo posterior a la redacción de otras obras como el libro de gloria y el de amistad. Cicerón atravesaba momentos muy críticos de su vida política.

Por su parte, M.BRUTTI, «Cicerone, dalla virtù al Diritto», *SDHI*, n° 77, 2011, p.13, explica que el *de officiis* es una obra compleja y desordenada, fruto de amplias meditaciones precedentes, e insiste en que está escrita a propósito de diversos conflictos que atraviesan la vida de Cicerón. Se compone de tres libros que contienen preceptos dedicados a su hijo: casi una «herencia» en la que se adaptan al tiempo presente enunciados y esquemas teóricos procedentes del mundo griego.

<sup>36</sup> Son dos figuras del llamado «estoicismo nuevo». La parte más conocida del estoicismo es la ética basada en una eudaimonia que no consiste en el placer, sino en el ejercicio constante de la virtud, en la propia autosuficiencia que permite al hombre desasirse de los bienes materiales. Diógenes de Babilonia fue discípulo de Crisipo, le sucedió en la dirección de la escuela, pero no inmediatamente, pues antes la gobernó Zenón de Tarso. Fue enviado a Roma, lo que favoreció la difusión del estoicismo entre los romanos. Define el bien como «lo que es perfecto según la naturaleza», y para el hombre lo encuentra en el cumplimiento de su naturaleza racional. Antipatro de Tarso vive en el siglo II a.C. Fue discípulo de Diógenes de Babilonia–al que sucede en la dirección de la escuela (probablemente a partir del año 150a.C.)– y maestro de Panecio. Asume la diferenciación ya hecha entre verdaderos bienes y valores relativos que no son necesarios para la eudaimonia y que conforman pequeñas sombras frente a la luz del sol que es la virtud, el bien moral. Vid., por todos, M.POHLENZ, *La Stoa. Storia de un movimento spirituale* 1, Firenze, La Nuova Italia, 1967, pp.380-383; A.ERSKINE, *The Hellenistic Stoa political thought and action*, London, University Press, 1990, p.153.

<sup>37</sup> Como explica R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp. 270-280– se aborda el tema de la *iustitia* y de su posible desdoblamiento en *sapientia* y *utilitas*: el *vir sapiens* puede resultar *vir malus*; el *vir bonus* puede aparecer como *stultus*. Diógenes defiende la *sapientia* como valor que no contradice la *iustitia*: el *vir sapiens* puede perseguir su propio interés, y con ello no viola el *ius civile* ni genera *iniustitia*.

Vid. las consideraciones que hace sobre el debate filosófico entre Diógenes de Babilonia y Antipatro de Tarso, R.CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, 2ªed., Torino, Giappichelli, 2010, p.31.

<sup>38</sup> M.SCHERMAIER, «Bona fides im römischen Vertragsrecht», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* III, cit., pp.413-414.

«silenciar”: «una cosa es engañar”-dice el estoico- y «otra cosa distinta callar”, como si este silencio del vendedor no formara parte de la semántica de honradez y veracidad de la buena fe contractual<sup>39</sup>.

**36.** En el segundo debate<sup>40</sup> Cicerón presenta el silencio del vendedor que calla-en provecho propio-ciertos defectos de la cosa vendida. Se trata de la venta de una casa *pestilens* por sus condiciones insalubres-en numerosas alcobas de la casa aparecen serpientes- y por ciertas deficiencias de construcción que afectan a la estructura de la casa con la consiguiente amenaza de ruina. El vendedor omite estas informaciones a los compradores con la finalidad de obtener un precio más alto en la venta de la casa. Y la pregunta no se hace esperar: ¿la conducta silenciosa del vendedor es *iusta* o *iniusta*? Cicerón advierte que las deficiencias de la casa pueden catalogarse propiamente como «vicios ocultos” y que éstos eran desconocidos por todos, con lo que hay que excluir una posible negligencia del comprador en orden a no haberse informado de las características de la mercancía que pretende comprar. Diógenes vuelve a insistir en que no puede quedar obligado el vendedor por lo que no ha dicho. Es más, exigir en este caso que el vendedor informe con total veracidad de los detalles de insalubridad de la casa es una hipótesis, según el estoico, ridícula. ¿Cómo puede siquiera imaginarse que alguien en el momento de negociar la venta de su casa va a anunciar «vendo casa insalubre”, o va a dar información veraz y completa sobre los aspectos negativos de la casa? Semejante comportamiento es inimaginable en el tráfico jurídico.

**37.** En el escenario consensual de la compraventa la buena fe exige corrección en el comportamiento de las partes y tiene que sancionar la falta de franqueza y la insolidaridad del vendedor que omite informaciones que interesan a la otra parte de la transacción, porque conforman la consistencia y la calidad de la cosa vendida. Pero Cicerón duda de que todo silencio implique una conducta contraria a la buena fe contractual. Sólo cuando el vendedor se sirve del silencio para crear una falsa realidad que produce error en el comprador y que traiciona la confianza de éste en la «verdad” de una apariencia, el silencio deviene jurídicamente relevante. Si bien Cicerón cree que esto no basta para asegurar la aplicación completa de la semántica de la buena fe contractual. La conducta silenciosa del vendedor es una conducta incorrecta, por inveraz e insolidaria, y viola la buena fe contractual, por lo que debe ser sancionada como tal dentro del juicio de compra. La propuesta ciceroniana es clara: el derecho tiene que formular un deber de información como manifestación singular del deber de corrección-veracidad, honradez y solidaridad- propio de la semántica jurídica de la buena fe contractual.

**38.** El tercer debate ciceroniano hace realidad la formulación del deber de información a cargo del vendedor de bienes inmuebles: el vendedor está obligado a informar al comprador de cuantos vicios de la cosa tenga conocimiento.

**39.** Cicerón narra un caso concreto<sup>41</sup>: Claudio Centumalo pone en venta una casa –situada sobre el monte Celio-sobre la que pesaba una orden de demolición de un parte de la misma, porque la altura

<sup>39</sup> R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., p.300, llama la atención sobre la justificación que emplea aquí Diógenes justo al final de la exposición de su doctrina: *aliud est celare, aliud tacere*. Es una justificación que no aparece, sin embargo, en el caso siguiente en el que también interviene el mismo filósofo. Y es que la tutela del comprador tiene que ver con la presencia de *fraus venditoris*.

<sup>40</sup> *De officiis* 3,13,54.

<sup>41</sup> *De officiis* 3,16,66. Valerio Máximo-8,2,1-reproduce este mismo caso que debió ser muy conocido en el siglo II a.C.

R.CARDILLI, «La «buona fede” como principio di diritto dei contratti. Diritto Romano e America Latina”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* cit.I, pp.330-332, advierte que se persigue la conducta dolosa del vendedor que ocultó la demolición de la casa ordenada por los augures. Aquí no hay un problema de invalidez del contrato; de ahí la reclamación de una indemnización que podría llegar a integrar el interés positivo del comprador de integridad espacial de la casa. Se recoge en este caso un ejemplo del papel judicial del principio de buena fe, lo que Cicerón interpreta, sin embargo, como el establecimiento judicial de un nuevo deber de información a cargo del vendedor gracias al principio de buena fe: el incumplimiento de tal deber es fuente de responsabilidad.

Vid. la lectura que hace FIORI de este caso- que no coincide con la interpretación de CARDILLI-, en R.FIORI, *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* cit., pp.322ss. FIORI observa acertadamente, en mi opinión, que en este caso no se habla de *dolus* sino de *scientia*, es decir, conducta negligente. Y es que el parámetro de referencia de la reticencia no es el dolo sino la *bona fides*: el actor quiere demostrar que el demandado conocía el «vicio”, pero no pretende probar que lo haya silenciado dolosamente.

impedía la correcta observación de los augurios. El vendedor no dijo nada al comprador, Calpurnio Lanarius. Omitió la información sobre la demolición de la casa, que terminó cumpliendo, por orden de los augures, el mismo comprador. Éste reclamó *ex fide bona* daños y perjuicios. El caso fue juzgado por M. Catón que dictó la siguiente sentencia: el vendedor-que conocía la orden de los augures- debió informar al comprador; pero habiendo omitido la información, quedaba obligado a resarcir los daños ocasionados al comprador. Porque es exigencia de la buena fe contractual que el comprador sea informado por el vendedor de cuantos vicios presente la cosa y el vendedor conozca.

40. Cicerón se pregunta sobre la equidad de esta sentencia. En caso afirmativo-dice-si estamos ante una sentencia justa, los dos ejemplos que hemos visto anteriormente deben ser reconsiderados a la luz de la sentencia de Catón. Porque omitir informaciones sobre circunstancias conocidas por el vendedor –y que interesan o pudieran interesar al comprador- y ocultar ciertos defectos de la cosa vendida parecen casos de reticencia injusta por la falta de franqueza y la insolidaridad del vendedor que guarda silencio.

41. Y a continuación relata un nuevo ejemplo de venta de inmuebles: Mario Gratidiano había revendido una casa a Sergio Orata a quien se la había comprado algunos años atrás. La casa tenía una servidumbre que Mario no había declarado en la venta. El caso se llevó a juicio. El letrado defensor de Orata utilizó el derecho, la norma aplicable al caso, interpretada en su literalidad: «el vendedor estaba obligado a informar al comprador de todos los vicios de la cosa que conociera». Ante la omisión de tales informaciones el derecho prescribía a cargo del vendedor el resarcimiento de daños y perjuicios. El letrado defensor de los intereses de Gratidiano fundó su contestación a la demanda en razones de equidad: la servidumbre no era desconocida para Orata, ya que el mismo había vendido antes la casa. No era necesario dar esta información a un comprador enterado, ni semejante omisión podía conducir al descubrimiento posterior de la servidumbre por un supuesto comprador engañado. El comprador conocía bien las cargas de la casa de la que había sido antes propietario.

42. Y es que siempre preocupó la persecución del fraude-argumenta el Arpinate-y siempre se reprimió la falta de honradez, la falta de veracidad, la malicia y el engaño de quienes silenciaban informaciones en provecho propio sin tomar en consideración los intereses de la otra parte de la transacción. Porque el principio-guía que gobierna la conducta de las partes en los tratos comerciales es la buena fe contractual. Y este principio funda el deber de corrección y exige franqueza, honradez y solidaridad. Conductas como el silencio o la falta de información veraz y completa forman parte del catálogo de conductas incorrectas sancionadas por la buena fe contractual. Y en dicho catálogo no se limitan los contenidos de estas posibles incorrecciones: corresponderá al juez apreciar y sancionar las desviaciones (*ex fide mala*) del modelo de corrección (*ex fide bona*).

43. El silencio cuya relevancia jurídica preocupa al Arpinate es el silencio del vendedor en tanto supone ausencia de palabras donde debería haberlas por razón de la franqueza y la solidaridad que reclama la buena fe contractual. Y es que los usos del tráfico enseñaban a los comerciantes a guardar un «prudente silencio», a no decir nada sobre posibles deficiencias de la cosa, a ocultar datos o informaciones que pudieran resultar desfavorables durante las negociaciones-aunque interesaran a la otra parte de la transacción. Los vendedores evitaban las palabras, porque sabían bien que las palabras conducen inevitablemente al compromiso. Y evitar las palabras era una forma sencilla de evitar compromisos. Pero el Derecho debe cuidar la corrección de los comportamientos humanos y no puede permanecer indiferente ante un silencio que traiciona la buena fe contractual. En mi opinión, lo relevante y lo verdaderamente innovador-desde el punto de vista jurídico-del debate ciceroniano es la valoración de la conducta silenciosa como comportamiento contrario a la buena fe. Pueden quedar algunas dudas sobre el alcance jurídico del deber de información, pero no hay dudas sobre el fundamento del mismo que no es otro que la buena fe contractual. Porque es contrario a la buena fe que el vendedor oculte lo que sabe de la cosa; y es conforme a la buena fe que el vendedor informe de todo lo que sabe al comprador, teniendo en cuenta los intereses de éste.

### C) Buena fe contractual y deber de información

44. Tal vez-como venimos comentando-se vive hoy en Europa cierta confusión entre el deber de corrección de las partes y el deber de información. Mientras la buena fe contractual gobierne los tratos comerciales, la honradez, la veracidad y la solidaridad serán las reglas de conducta a cumplir por quienes intervengan en esas transacciones. El silencio o la falta de información veraz y completa son desviaciones del deber de corrección de conducta y tendrán que ser sancionadas como tales. Creo que no es necesario configurar *ex lege* el deber de información<sup>42</sup>. Solo en el caso de que no contáramos con la protección de la buena fe como principio-guía de cooperación entre las partes en los tratos comerciales, la ley tendría que cubrir ese vacío y garantizar-mediante la conformación de deberes específicos –la corrección de conducta de las partes. Pero si esto fuera así, no procedería ya la apelación a la buena fe como principio conformador de un modelo de corrección, ni procedería la sanción *ex fide bona* del silencio malicioso que calla informaciones de interés para la otra parte. Sería la ley, y únicamente la ley, la que fundara el deber de información, y sería la misma ley la que sancionara el incumplimiento de una obligación. Así sucedió en la Historia, y así lo explica la experiencia jurídica romana.

45. Los ediles curules introdujeron-en el siglo II a.C.- gracias a las prescripciones del Edicto el deber de información del vendedor como deber precontractual<sup>43</sup>. Claro está que dicha regulación nace con las limitaciones propias de la competencia jurisdiccional de los ediles; pero aun así supone una novedad jurídica absoluta en el campo de los deberes de información. La regulación edilicia prescinde de la buena o mala fe del vendedor a la hora de exigir la responsabilidad del mismo por defectos no declarados de los que tendría que haber informado al comprador. El vendedor responde por el hecho silencioso objetivamente considerado. Lo ediles no entran en valoraciones subjetivas de la conducta silenciosa del vendedor, por lo que no tienen trascendencia alguna la malicia, la falta de veracidad, o el dolo como posibles causas de imputación de responsabilidad.

46. Creo que el deber de información del vendedor se formula en el Edicto de los ediles curules como mecanismo de represión del silencio. Ahora bien, el hecho silencioso se reprime mediante la prescripción de un deber específico de información a cargo de los comerciantes de animales y esclavos, y además limitado a ciertos vicios ocultos de la cosa. La *fides bona* no es el criterio sancionador de la conducta silenciosa, porque el deber de información es ajeno al deber de corrección. Otra cosa distinta es que en el ánimo de los ediles-cuando fijan por ley el deber- pesara la necesidad de erradicar, o, al menos, la conveniencia de contener la práctica comercial del vendedor que calla lo que sabe<sup>44</sup>. Pero tal

<sup>42</sup> ZIMMERMANN explica que la responsabilidad por *dolus* o por *dicta vel promissa* –en caso de vicios- formaba parte de las exigencias *ex fide bona* en el Derecho Romano. En cambio, «hoy esas normas han alterado su función: son desviaciones particulares del régimen normal de responsabilidad y han conducido a resultados insatisfactorios». R.ZIMMERMANN, «Diritto romano, Diritto contemporaneo, Diritto europeo cit.», p.717.

Vid. también las advertencias de G.A.BENACCHIO, «La buona fede nel Diritto Comunitario», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* cit. I, p.196. Igualmente C.BEDUSCHI, «I profili giudiziali della fides» cit., nt.20 a p.13.

Y también son interesantes las observaciones críticas de ZIMMERMANN sobre los deberes de información en *El nuevo Derecho alemán de obligaciones Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. de E. Arroyo i Amayuelas, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 246-247; la idea en principio es excelente, pero se está produciendo un exceso en los niveles de información exigidos, y esta sobrecarga no siempre asegura transparencia para el consumidor. «En las últimas décadas se ha producido una expansión significativa de distintos deberes de información agrupados bajo la rúbrica de la culpa *in contrahendo*» que en última instancia se inspiran en una creciente sensibilidad hacia los requisitos de la buena fe”.

<sup>43</sup> «De un primer explícito «deber precontractual de información» identificado en la particular forma de responsabilidad, impuesta a los vendedores del edicto de los ediles curules, por los vicios ocultos de esclavos o animales vendidos y comprados en los mercados» habla A.PETRUCCI, «Breves consideraciones sobre la formación del contrato a la luz del Draft Common Frame of Reference y de la precedente tradición jurídica europea. Un estudio sobre los fundamentos del derecho contractual europeo», *Observatorio de Derecho Civil*, nº 7, 2011, pp.246-247.

<sup>44</sup> Sobre este punto vid. M.J.SCHERMAIER, «Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition», en *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, R. Sefton-Green ed., 2005, p.43. SCHERMAIER habla de la necesidad de reprimir prácticas comerciales fraudulentas como justificación de la formulación del primer deber de información del vendedor. Lo cual recuerda la rúbrica de la Sección 1 de la Directiva 2005/29 CE de 11 de

reflexión forma parte del programa político-jurisdiccional de los ediles, y de una «deseable» promoción social de corrección de los mercados.

47. Fuera de la regulación edilicia no hay deber precontractual de información. El juicio de buena fe es todavía completamente ajeno a la sanción jurídica del silencio. Ahora bien, la conducta silenciosa del vendedor empieza a preocupar a la jurisprudencia en tanto posible desviación del modelo de corrección exigible según la buena fe contractual a las partes. De ahí que la discusión de la jurisprudencia se centre en la intervención o no del dolo (= *fides mala*) en esos silencios, y en el tipo de tutela jurisdiccional que procede en estos casos. El deber de corrección que funda la *fides bona* exige la valoración de la conducta del vendedor, también cuando la modalidad de conducta elegida es el silencio. Sin embargo, no hay una valoración unívoca de la conducta silenciosa del vendedor entre los juristas, lo que obliga a la jurisprudencia a abrir una indagación casuística-notablemente diversificada- sobre los elementos que integran tal comportamiento. El tipo de responsabilidad del vendedor, la medida de la misma y el instrumento procesal para hacerla valer varían en función de la interpretación que cada jurista hace del silencio. A juzgar por las informaciones que nos suministran las fuentes el contraste de opiniones en la jurisprudencia clásica fue notable y debe ser tenido en cuenta en nuestra historia retrospectiva de la buena fe contractual.

48. Ulpiano nos refiere la doctrina innovadora de Juliano que hace una distinción en la condena por acción de compra entre aquel que vende una cosa conscientemente(=*sciens*), y aquel otro que lo hace con ignorancia(=*ignorans*); pues dice Juliano que quien me vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, responderá solo de aquella cantidad en que lo habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si se calló a sabiendas y engaño al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen para él. Así pues, si la casa se derrumbaba por defecto de la viga, responderá por el valor de la casa; si el ganado perece por contagio del animal enfermo, habrá de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas (D.19,1,13pr.).

49. Todo parece indicar que a Juliano le preocupa el silencio del vendedor en tanto maniobra fraudulenta que crea una apariencia engañosa en la que ha confiado el comprador. La valoración *ex fide bona* de la «corrección de conducta» *versus* la «incorrección» exige la indagación subjetiva sobre la posible *scientia venditoris*. Nace así la contraposición *venditor ignorans-venditor sciens*, dos justificaciones distintas de la conducta silenciosa, que el jurista utiliza única y exclusivamente para matizar la medida de la responsabilidad del vendedor, en ningún caso para fundar dicha responsabilidad. Porque el fundamento de la responsabilidad por vicios es ajeno al juicio de corrección de la conducta silenciosa del vendedor. Y el deber de información limitado a vicios ocultos es una de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, de manera que el incumplimiento de la misma produce en todo caso responsabilidad contractual. El comprador puede ejercitar la acción contractual contra el hecho silencioso, si bien la medida de la responsabilidad del vendedor va a depender del control de corrección de la conducta silenciosa. En caso de silencio «malicioso»-contrario a la *fides bona*-(=*venditor sciens*) el *quantum* de la reclamación se fija en el interés negativo del comprador, es decir, la acción tiene función resarcitoria. En el caso de silencio no malicioso, sin contravención de la *fides bona* (=*venditor ignorans*) la acción tiene función estimatoria y persigue la reducción de precio por la diferencia entre el precio pagado y el que hubiera pagado el comprador de conocer el defecto.

50. En Juliano el deber de corrección *ex fide bona* no funda el deber de información, ni el juicio de incorrección de la conducta silenciosa del vendedor justifica la responsabilidad contractual por vicios de la cosa. La información sobre vicios es un deber del vendedor cuyo incumplimiento por silencio produce responsabilidad contractual.

51. Un nuevo texto de Marciano(D.18,1,45) nos informa de la existencia de dos corrientes jurisprudenciales distintas, una sostenida por Trebacio, Labeón y Pomponio, y la otra defendida por

---

Mayo sobre «prácticas comerciales engañosas», si bien en este caso el engaño refiere la falsedad de las informaciones facilitadas y no el hecho silencioso.

Juliano. «Escribe Labeón que alguno hubiese comprado vestidos usados por nuevos, Trebacio opinaba que debía indemnizarse el interés al comprador, si hubiera comprado sin saber que eran vestidos usados. Esta opinión la aprueba también Pomponio y concuerda en ella Juliano, el cual dice que, si el vendedor ciertamente ignoraba que los vestidos eran usados, está obligado a indemnizar el interés, pero que si lo sabía, lo está además por el perjuicio causado».

**52.** Los tres primeros juristas citados -Trebacio, Labeón y Pomponio- admiten el ejercicio de la acción contractual (al *id quod interest*) por el comprador que ha adquirido vestidos usados creyéndolos nuevos.

**53.** Los tres juristas contemplan exclusivamente el escenario de compra y la posición del comprador que cae en un error. No sabemos si incurre espontánea y unilateralmente en tal error, o si son las circunstancias objetivas en las que tiene lugar la compra las que provocan dicho error. Lo cierto es que estos juristas no dicen nada sobre cuál ha sido el comportamiento del vendedor en este caso, ni tampoco hacen valoración jurídica alguna sobre la posible incorrección del mismo. Probablemente el vendedor ha estado callado y no ha informado al comprador de las particulares condiciones del mercado y del tipo de mercancías que se vendía en él. Ha habido silencio, pero no parece que este silencio infrinja el deber de información de vicios ocultos de la cosa; no estamos en el ámbito de la responsabilidad por vicios. Aquí el silencio del vendedor recae sobre las condiciones propias del mercado, de las que el comerciante no ha informado al comprador que cree adquirir vestidos nuevos. El vendedor ha creado un escenario de venta que le es favorable y que deja en el aire-sin precisar, gracias al silencio- algunas de las circunstancias objetivas de contratación. ¿Es éste silencio del vendedor una conducta incorrecta?; ¿viola este silencio del vendedor la franqueza, la honradez y la solidaridad exigibles según la buena fe contractual? Creo que sí, y en ese caso la valoración de la conducta del vendedor se hace conforme al modelo de corrección que señala la buena fe contractual. No hay incumplimiento del deber de información del vendedor, sino incorrección en la conducta de una parte por la presencia de *fides mala* (=dolo?<sup>45</sup>) en la conformación genérica de las condiciones de contratación. El comprador ha incurrido en un error, quizás inducido por las características «simuladas» del mercado en el que ha adquirido la ropa usada. La conducta silenciosa del vendedor es una suerte de *prius* genérico que en este caso concreto conduce inevitablemente al resultado descrito: el comprador compra vestidos usados creyéndolos nuevos. Y desde esta premisa necesaria se aprecia el error del comprador y se señala el alcance de la tutela del mismo.

**54.** En todo caso la compraventa queda válida, si bien la incorrección del vendedor (*fides mala*=¿dolo o, tal vez, solamente culpa?<sup>46</sup>) funda la responsabilidad *ex fide bona* y legitima la pretensión resarcitoria del comprador.

<sup>45</sup> Casi tendríamos que hablar aquí de la presunción de dolo con el valor de «incorrección» (=falta de honradez, falta de veracidad, malicia, engaño).

<sup>46</sup> Muy interesantes me parecen las indicaciones de H.HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium .Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, C.H. Beck, 1969, pp. 93-94, a propósito del supuesto de hecho descrito en este texto: la práctica de vender como nuevos vestidos usados debía ser relativamente frecuente, y añade «a lo mejor se habían adquirido vestidos usados en un comerciante que habitualmente solo vendía vestidos nuevos». Aunque HONSELL concluye que la responsabilidad tiene que ver en este caso con el dolo del vendedor, en mi opinión la descripción del supuesto no lo deja tan claro; como el propio HONSELL reconoce, cabría pensar que ese vendedor ofrece habitualmente vestidos nuevos, lo que ha llevado al comprador a considerar su compra una adquisición muy ventajosa, a buen precio, sin intervención alguna del vendedor ni para falsear la realidad ni para ocultar una información que habría podido suministrar si se la hubiera requerido el comprador.

A mi modo de ver no cabe descartar que el jurista Trebacio haya considerado aquí la conducta silenciosa del vendedor como mera «pasividad o inactividad»: el comerciante evita hacer declaraciones y prefiere guardar silencio, porque esto le permitirá manejar con más facilidad la negociación del contrato con el comprador. Y esta «pasividad» o «inactividad» del vendedor que no dice nada y que omite una deseable y completa información sobre las circunstancias objetivas de la venta, es la que sancionarían los juristas.

P. APATHY, «Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung vom Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht», ZSS, nº 111, 1994, pp. 117-118, cree que no hay que descartar que Trebacio, Labeón y Pomponio fijen la obligación de indemnizar a cargo del vendedor aun cuando no tuviera conocimiento de que se trataba de vestidos usados. APATHY interpreta la doctrina de Juliano como una reacción frente a la de los juristas anteriores: con la distinción *ignorans-sciens* Juliano limita extraordinariamente la responsabilidad del vendedor *ignorans*. Y es que la buena fe protege la confianza de un comprador honrado; pero también añade APATHY- exige que la obligación de indemnizar esté orientada a la concreta responsabilidad del vendedor.

55. La solución de Juliano-como era de esperar - matiza la respuesta que han dado los juristas anteriormente citados. Juliano califica el silencio como infracción del deber de información del vendedor. Así las cosas, la valoración jurídica de la conducta silenciosa tendrá que hacerse siempre desde el lado del vendedor, y en el escenario de la responsabilidad por vicios de la cosa; en definitiva, un incumplimiento contractual cuyo *quantum* indemnizatorio dependerá del juicio de corrección *versus* incorrección que hagamos de la conducta silenciosa: el que calla porque nada tiene que decir, ya que ignora la falta de cualidad de los vestidos, queda obligado a indemnizar el interés positivo; sin embargo, el que sabe que se trata de vestidos usados y oculta esta información al comprador, responde de todos los perjuicios causados (=interés negativo).

56. La doctrina de Juliano –seguida por otros juristas, como Africano y Marciano-hace responsable al vendedor de su silencio<sup>47</sup>. Y aunque la medida de la responsabilidad varía según el tipo de vendedor- *ignorans* o *sciens*<sup>48</sup>- ante el que estemos, la posible interposición de la acción contractual también contra el *venditor ignorans* hace del deber de información un deber específico del contrato de compraventa, independiente del deber de corrección de conducta *ex fide bona*. Y esto implica una considerable ampliación del contenido de la obligación del vendedor relativa al *rem praestare*.

57. De los textos leídos podemos extraer dos doctrinas jurisprudenciales distintas en la interpretación del deber de información del vendedor. Una primera corriente de opinión aprecia el deber de información como una manifestación más del deber de corrección. En la infracción del deber de información mediante silencio, los juristas valoran la corrección *versus* la incorrección de la conducta silenciosa conforme al modelo de corrección que proporciona la buena fe contractual. Y en dicho control de corrección no se limitan los posibles contenidos del silencio del vendedor. La falta de información se sanciona en la medida que suponga incorrección de conducta por falta de veracidad, malicia, o engaño (=fides mala). Evidentemente si el vendedor ignora determinadas informaciones-aun cuando éstas puedan ser de interés para la otra parte- dicha falta de información no puede calificarse como infracción del deber de corrección y, por ello, no tiene sanción *ex fide bona*. El «*venditor ignorans*» no puede cumplir una conducta incorrecta, aunque guarde silencio y no informe al comprador. El deber de información del vendedor no existe como deber específico del contrato de compraventa para este grupo de juristas. Existe, en cambio, el deber de corrección *ex fide bona* para los silencios y las informaciones del vendedor.

58. Frente a esta doctrina, Juliano se presenta como principal exponente de lo que parece una nueva formulación del deber de información del vendedor en el contrato de compraventa: deber precontractual que sanciona la responsabilidad contractual del vendedor por vicios de la cosa. El jurista empieza a reconocer abiertamente la infracción objetiva del deber de información que cumple el *venditor ignorans* en el que no se aprecia incorrección de conducta, pero sí incumplimiento de una obligación. Y además Juliano limita los posibles contenidos del deber de información del vendedor: solo los defectos de la cosa, o las características de la misma y las condiciones de uso podrán conformar el objeto del deber de información. Lo cual se justifica bien por la nueva configuración que hace Juliano del deber de información del vendedor, en el que ya no hay un juicio de corrección sobre cualesquiera contenidos de la conducta silenciosa del vendedor. Ahora el deber de información implica un control de legalidad sobre el cumplimiento de la obligación que fija la forma y los contenidos de la información.

---

<sup>47</sup> Juliano admite la responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa no solo en caso de silencio, sino también en el de declaraciones falsas. El vendedor es responsable cuando de buena fe afirmaba inexistentes deficiencias que en realidad presentaba la cosa vendida, o bien cuando declaraba ciertas cualidades que en verdad no tenía la cosa vendida. Juliano advierte que no hay gran diferencia entre el que conoce el defecto y lo silencia-cuando tendría que haber advertido de él al comprador- y el que hace fácilmente una indicación temeraria sobre las cualidades de la mercancía para conseguir un mejor precio de venta. Juliano responde así a un caso de venta de un esclavo ladrón, en el que el vendedor había aseverado las buenas costumbres y la lealtad del esclavo (D.19,1,13,3).

<sup>48</sup> Los términos *ignorans/sciens* califican en Juliano la posición del vendedor e implican una indagación subjetiva sobre las posibles justificaciones de la conducta silenciosa. Pero el jurista-como ya hemos dicho- prescinde del juicio de corrección o incorrección de conducta en la presentación del deber de información. Por ello Juliano aprecia la infracción objetiva del deber de información aun cuando no haya habido incorrección de conducta (=fides mala) en el vendedor.

59. No podemos descartar que la regulación edilicia haya ejercido cierta influencia sobre la doctrina de Juliano: la presentación de la responsabilidad por infracción del deber de información con el desdoblamiento de las reclamaciones –cada una con su *quantum* indemnizatorio-puede recordar la responsabilidad edilicia por vicios ocultos. Aunque la redhibitoria del Edicto no se traduce en Juliano en la resolución del contrato, sino en una considerable elevación de condena que no es fácil justificar. Tal vez, el jurista quiere agravar la responsabilidad del vendedor cuya infracción del deber de información se produce mediante una conducta maliciosa que implica además una nueva infracción del deber de corrección *ex fide bona*.

60. De resolución del contrato de compraventa sí habla un texto de Ulpiano (D.19,1,11,5) que refiere un caso ciertamente singular en la experiencia jurídica romana: «si alguno creyese que compraba una esclava virgen, habiéndosele vendido una mujer, y el vendedor dejó a sabiendas que el comprador errara, no hay ciertamente redhibición por este motivo; pero compete la acción contractual para resolver la compraventa, de modo que restituido el precio, se devuelva al mujer».

61. El texto ha producido un interesante *ius controversum* entre los especialistas. Unos niegan la autenticidad del mismo; otros, en cambio, afirman el carácter excepcional de la solución de este caso, un caso aislado, prácticamente único en la doctrina común de la jurisprudencia clásica. Y, más recientemente, hay quienes sostienen que Ulpiano se atreve a dar aquí un paso en el alcance de la buena fe contractual como principio regulador de las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa. Aunque lo hace apoyado en la *auctoritas* de quienes con anterioridad ya habían marcado el nuevo rumbo que debía seguir la responsabilidad contractual del vendedor por vicios de la cosa en caso de silencio. Según VACCIA<sup>49</sup> la solución de Ulpiano está fundada en la doctrina de Juliano que concedía la acción contractual al comprador que había caído en un error unilateral no inducido por el dolo del vendedor que se encontraba *sciens*. Y no faltan voces que ligan el remedio de la resolución del contrato a la tutela sinalagmática del mismo y, por tanto, a un aspecto objetivo del mismo. La singularidad del caso que comentamos radica en que la condición de mujer de la esclava se considera cualidad relevante sobre la determinación causal del contrato-y no sobre la fijación del precio-; y un error de este tipo afecta a la satisfacción de intereses que el comprador creía consolidar a través de la celebración de esa compra<sup>50</sup>.

62. A mi modo de ver, el jurista en la descripción del caso insiste más en el error en el que incurre el comprador que en el silencio del vendedor que deja oculta tal error. Es la posición del comprador que yerra la que motiva la respuesta del jurista, aunque en ella se decida sobre la responsabilidad del vendedor que guarda silencio y no informa al comprador de su error. El *sciens* en este caso expresa el conocimiento del vendedor, pero conviene fijarse bien en cuál es el objeto de tal conocimiento: ¿la condición real de la esclava?; no parece. Y ¿la circunstancia del error mismo del comprador? Creo que sí, y este matiz es importante, pues puede decidir la lectura correcta del fragmento. Porque no estaríamos hablando de la relevancia jurídica del silencio del vendedor a propósito de la responsabilidad contractual por vicios. La conducta silenciosa del vendedor no incide sobre defectos de la cosa que el vendedor conoce pero no declara. Aquí lo que sabe el vendedor y calla es el error en el que ha incurrido el comprador. El vendedor no descubre tal error, de manera que la conducta silenciosa del mismo es una «suerte de inactividad» o «pasividad» que sirve para mantener o consolidar una situación que ya parece conformada de antemano por el comprador. No es el vendedor el que crea una falsa realidad, una apariencia. Más bien, ha sido el comprador el que ha confiado-ante la «pasividad» del vendedor- en esa falsa realidad. No creo que el silencio del vendedor sea un silencio doloso. Y si esto es así ¿qué calificación jurídica merece la conducta silenciosa del vendedor? En mi opinión, probablemente la misma que el error del comprador; en ambos casos se trata de una conducta negligente o imprudente que habría

<sup>49</sup> «Risoluzioni e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica», en *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*. Aristec Ginevra 24-27 settembre 1997, Torino, 1999, p.51.

<sup>50</sup> Vid. fundamentalmente N.DONADIO, «Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nella emptio venditio. Il problema di un giusto equilibrio tra prestazioni delle parti», en L.GAROFALO (coord.) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, Cedam, 2007, pp.492-493.



podido evitarse. Ulpiano aprecia culpa *in contrahendo* en la «pasividad» del vendedor y también en la «inactividad» del comprador; una culpa recíproca que impide a cada una de las partes contratantes exigir de la otra el cumplimiento de su respectiva obligación. Y, en este caso, la misma acción contractual sirve para solicitar el cese de los efectos del negocio; por tanto, como muy bien dice el jurista Ulpiano, procede el ejercicio de la acción contractual para resolver la compra. Y la pretensión del comprador no podrá ser resarcitoria no estimatoria, sino restitutoria.

63. Ojala la explicación suficiente del pasado de la *fides bona* obtenga inevitablemente, como consecuencia de esta sola prueba, la presidencia del futuro de la buena fe en el proceso de armonización jurídica del Derecho Privado europeo<sup>51</sup>.

### 3. Pérdida

64. Dice el apartado c) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «pérdida»: pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento, excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute».

65. La historia retrospectiva de este término nos explica la semasiología de *damnum*, sobre la que todos los diccionarios etimológicos se han pronunciado. ERNOUT-MEILLET<sup>52</sup> traduce el término *damnum* por «daño, pérdida, disminución», con referencia a la lengua del derecho «daños e intereses», y, por extensión, «multa o pena». DE MIGUEL<sup>53</sup> acepta la etimología que para *damnum* nos ofrece Varrón y traduce el término por «daño, pérdida, detrimento, multa, confiscación». Y cita varios ejemplos muy interesantes-entresacados de la literatura latina-para descubrir y llegar a conocer la primera semántica de *damnum*. Solo voy a citar aquí algunos de ellos, los más significativos para nuestra historia retrospectiva de la palabra «pérdida» según la definición de la Propuesta europea. En Ovidio *damnum contrahere* toma el valor de «caer enfermo», una semántica que puede explicar una de las definiciones que propone el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea: la «pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento». En Plauto *damnum capere* tiene el sentido de «experimentar una pérdida», una clara referencia semántica a la «pérdida económica» de la Propuesta europea. Y en la lengua jurisprudencial clásica *damnum capere* significa «salir agraviado», una semántica que integra el valor «sufrimiento». Creo que debemos descartar la derivación de Varrón para *damnum* desde *demptio*, así como la explicación de Isidoro de Sevilla que relaciona *damnum* con *deminutio*, no porque sean erróneas, que no lo son, sino porque no explican la primera semántica del término, que es más amplia y no se limita exclusivamente al valor «disminución patrimonial» o «pérdida económica». El término *damnum* integra otros valores, «sacrificio», «lo que se ha sustraído de una propiedad por la fuerza», «pérdida de dinero», «gasto no recuperable al que alguien ha sido obligado por condiciones de justicia», y fundamentalmente «daño sufrido». El Derecho de la Ley de las XII Tablas configura la expresión *damnum decidere* con el valor «llegar a un acuerdo sobre la pérdida experimentada», semántica en la que aún no cabe diferenciar la pena privada de la indemnización de daños y perjuicios. Y es que tiene razón D'ORS<sup>54</sup> cuando habla del «dinamismo semántico» del término *damnum*: «es propiamente la pérdida que sufre el propietario por detrimento de una cosa que le pertenece, lo que se puede traducir aceptablemente por «daño»; pero también significa «la pérdida que debe imponerse como pena al autor del delito».

66. El Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea muestra-una vez más-cierto sensibilidad histórica en su propuesta de semántica unívoca: el término «seleccionado» en

<sup>51</sup> Hemos parafraseado las palabras de A.COMTE en su *Discours sur l'esprit positif* escrito en 1844 con las que ORTEGA Y GASSET concluye su ensayo *Historia como sistema* en 1941(*Obras Completas*, VI, 3ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1955, p.50).

<sup>52</sup> *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, Paris, 1967, v. *damnum*.

<sup>53</sup> *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1908, v.*damnum*.

<sup>54</sup> *Derecho privado romano*, 10ªed. revisada, Pamplona, Eunsa, 2004, nt.1 a p.457.

el catálogo de definiciones es precisamente «pérdida», y la semasiología del mismo se explica a partir de la unidad semántica «pérdida», como semántica nuclear que admite dos matizaciones: «económica» *versus* «no económica». Dos valores presentes en nuestra historia retrospectiva de la palabra.

67. Es cierto que el reconocimiento jurídico de la esclavitud –ya desde la República romana- va a determinar en buena medida la historia semántica de *damnum* en las leyes de la ciudad y también en la interpretación de la jurisprudencia. El dolor y el sufrimiento de un esclavo herido es una pérdida que sufre el propietario del esclavo; y es una pérdida económica por el detrimento de la cosa que pertenece al dueño. La tecnificación jurídica de *damnum* tiene que ver fundamentalmente con el ingreso de este término en la *Lex Aquilia de damno* del año 286 a.C. *Damnum* toma una semántica unívoca con el valor «pérdida», y, más exactamente, «pérdida económica» en la medida que las acciones materiales de daño previstas en la ley afectan a cosas cuyo dolor o sufrimiento no se reconoce jurídicamente como «pérdida no económica», sino como destrucción o detrimento de cosas, y, por tanto, como «pérdida económica» para el dueño. Los daños morales, los daños no patrimoniales, las pérdidas no económicas conforman históricamente el ámbito jurídico de la *iniuria*, por lo que no sirven para explicar la semasiología de *damnum*. *Damnum facere* es matar, herir de muerte, golpear, destruir, corromper y alterar la sustancia de las cosas, en tanto acciones materiales de daño que producen pérdida económica. *Damnum dare* es la colocación de un cosa en situación de daño con producción del resultado lesivo. El daño patrimonial tiene aquí su causa en una acción u omisión injustificadas que producen finalmente el detrimento de la cosa, esto es, la pérdida económica. Estamos hablando de la responsabilidad aquiliana o responsabilidad extracontractual que conforma la jurisprudencia clásica gracias a sus lecturas extraordinariamente innovadoras de los preceptos de la *lex Aquilia*. Estamos fuera de la semántica de contrato y de la responsabilidad contractual. La tecnificación del término *damnum* en el ámbito jurídico extracontractual puede explicar el desdoblamiento semántico que identifica la Propuesta europea: «pérdida económica»-«pérdida no económica». Basta salir del esclavismo que reduce la condición jurídica de personas a simples cosas, para que el sufrimiento y el dolor de estas mismas personas –ahora sujetos de derecho- produzcan «pérdidas no económicas». Pero la huella histórica queda en esta propuesta semántica unitaria para Europa en la explícita exclusión de «otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida de disfrute», valores que no formaron parte nunca-como hemos visto- de la historia retrospectiva del término *damnum*. Porque la semántica del término «pérdida» está ligada a la destrucción o detrimento de la cosa, y no a la pérdida de disfrute de una cosa subsistente, no alterada. Y la semántica de *damnum* refiere también el sufrimiento y el dolor en tanto detrimentos inherentes a la misma cosa, a la misma persona incurso en *damnum dare*. El «deterioro de la calidad de vida» debe quedar fuera de la semántica unitaria del término «pérdida», por cuanto es una suerte de «daño colateral» subsiguiente al daño que efectivamente produce en la misma cosa o en la misma persona el dolor o sufrimiento. Y tales daños colaterales o subsiguientes que no ingresaron en la semasiología retrospectiva del término *damnum*, quedan también hoy excluidos de la propuesta semántica europea.

#### 4. «Condiciones generales de contratación»

68. Dice el apartado d) del art.2 de la Propuesta europea: «se entenderá por «condiciones generales de la contratación»: cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea».

69. Y el artículo 7.1 aclara: «se considerará que una cláusula contractual no ha sido negociada individualmente si ha sido impuesta por una de las partes y la otra parte no ha podido influir en su contenido».

70. La semántica unitaria de la expresión «condiciones generales de la contratación» que propone en su catálogo de definiciones el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea es una semántica antigua, casi «vieja» y «en desuso» en nuestra historia retrospectiva de las pa-

labras. Es cierto que el Derecho romano descubre esta expresión y adjudica a la misma un valor semántico que puede identificarse prácticamente con la descripción explicativa de la Propuesta europea. La expresión *lex contractus* se conforma jurídicamente a finales del siglo III a.C. y en la primera mitad del siglo II a.C. en una sociedad políticamente ordenada por la *Res publica*, y con una incipiente economía de mercado basada fundamentalmente en la propiedad de la tierra, (pequeñas o medianas extensiones de tierra) y en las actividades agropecuarias inherentes a la explotación del fundo. En esa economía agraria el propietario de la tierra se esfuerza por obtener el máximo rendimiento económico de su explotación. Y ello va a implicar el descubrimiento de ciertos instrumentos jurídicos útiles para minimizar el gasto y maximizar el beneficio optimizando los recursos de la granja. Y uno de esos instrumentos es precisamente las condiciones generales de la contratación.

71. El escenario jurídico en el que aparecen y se conforman tales condiciones generales es un escenario contractual en el que aún no están bien definidos los tipos contractuales. Pero, pese a tal indefinición, las variantes admitidas oscilan entre dos contratos, arrendamiento y compraventa. Debemos empezar, por tanto, señalando que la formación misma de la expresión «condiciones generales de la contratación» tiene su historia retrospectiva ajustada a una «contratación indiferenciada» o «intercambiable», todavía no sujeta a modelos cerrados y típicos, que aspira a modelarse o tipificarse en parte gracias a esas condiciones generales. Estamos casi ante un ensayo histórico de ordenación jurídica del intercambio de obra por renta, de trabajo por salario, y de mercancía por precio. Y en este ensayo hay un único actor con innegable protagonismo social, económico y también jurídico: es el propietario, el dueño de la tierra y de la explotación, quien gobierna la granja, dirige la actividad económica y ordena-económica y jurídicamente- los trabajos, las obras y las ventas de productos. No tiene que negociar nada de lo suyo; tan solo tiene que fijar unilateralmente las condiciones de venta de los productos del campo, las condiciones de adjudicación de las obras, o las condiciones de la prestación de trabajo. Y lo hará en función de sus exclusivos intereses; todos los demás son actores secundarios. La posición jurídica preeminente del propietario-simplemente por su condición de tal en tanto titular del poder más fuerte que es el derecho de propiedad- justifica en buena medida su protagonismo en la contratación: Así se explica la «unilateralidad» de las condiciones generales de la contratación, y también el carácter vinculante e imperativo de las mismas: quienes estén interesados en celebrar un contrato con el dueño de la explotación tendrán que hacerlo respetando, asumiendo y cumpliendo al pie de la letra las condiciones de la contratación fijadas unilateralmente por el dueño.

72. Con esta mirada retrospectiva podemos entender bien la semántica unitaria que propone hoy el Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea cuando explica el valor de «cláusulas contractuales no negociadas individualmente»: «si han sido impuestas por una parte y la otra parte no ha podido influir en su contenido».

73. Pero, como decía antes, el escenario jurídico histórico que produce esta semántica no es un universo contractual bien formado, consolidado y perfeccionado por los juristas clásicos. Más bien, representa la prehistoria de los contratos consensuales en el Derecho romano. Y quien mejor nos informa de los avatares de esta prehistoria es Marco Porcio Catón en su Manual de Derecho agrario, el libro *de agri cultura*<sup>55</sup>. Catón- que pretende con este libro enseñar a los jóvenes las habilidades propias del «buen agricultor»-, advierte que entre esas habilidades figura el conocimiento de ciertas reglas básicas del Derecho, lo cual faculta al propietario para celebrar cuantos negocios jurídicos aseguren la máxima rentabilidad propuesta. Probablemente Catón no persigue una corrección jurídica máxima cuando escribe uno de los capítulos más importantes de la historia del Derecho contractual romano. Tan solo quiere mostrar a los jóvenes las condiciones de contratación más ventajosas para el propietario de la granja en la adjudicación de obras o en la venta de productos agrícolas. Y además instruye a los jóvenes sobre la necesaria inclusión en esas condiciones de contratación de ciertas garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte de la transacción, o que sirven para minimizar las pérdidas en caso de incumplimiento.

<sup>55</sup> Vid. MARCO PORCIO CATÓN, *De agri cultura*, Estudio preliminar, traducción y notas de A. CASTRESANA, Madrid, Tecnos, 2009, pp.LXXVIII-XCI.

**74.** No hay duda de que en algunos capítulos del libro Catón se convierte en un avezado jurista y formula las condiciones generales de contratación que darán contenido jurídico concreto a cuantos negocios celebre el propietario de la explotación. Catón emplea sistemáticamente el término latino *lex* que toma el valor de «condiciones del negocio» en tanto condiciones generales de contratación que el propietario fija unilateralmente para dar contenido a ese contrato cuantas veces lo celebre y con quienes como contraparte lo haga. La *lex* se convierte en derecho vigente, de obligado cumplimiento para las partes, y es la determinación unilateral de los pormenores del contrato: el contenido de las prestaciones, el término de ejecución previsto para las mismas, las garantías adoptadas, el foro ante eventuales incumplimientos, etc.

**75.** En definitiva, está claro que la semántica de la *lex* catoniana explica perfectamente la definición de la Propuesta europea: condiciones generales de contratación son «cláusulas previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes».

**76.** Y termino con una conclusión evidente: no hay mejor explicación de la semántica unívoca que hoy se está proponiendo en Europa a propósito de la normativa común de compraventa europea que la historia retrospectiva de las palabras.

# COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN DEFECTO DE PACTO EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EUROPEOS: EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL REGLAMENTO 44

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Abogada*

Recibido: 13.01.2013 / Aceptado: 21.01.2013

**Resumen:** Con frecuencia, los operadores europeos ponen en marcha relaciones de distribución comercial sin formalización previa por escrito en un contrato propiamente dicho. Lo anterior implica, que, en caso de conflicto surgido de dicha relación, será necesario aplicar las normas del Reglamento 44 previstas para el defecto de pacto de sumisión, pudiendo el demandante optar entre el foro general del domicilio del demandado y el foro especial en materia contractual del 5.1. Este artículo prevé distintos foros en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos, no existiendo consenso a cerca de la calificación del contrato de distribución a efectos del mismo. En este artículo, tras analizar distintos criterios, se defiende su consideración como un contrato de prestación de servicios a efectos del citado artículo 5.1, lo que implica que el foro se desplegará en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios de distribución.

**Palabras clave:** materia contractual, contratos de distribución, competencia judicial internacional en defecto de pacto de sumisión, Reglamento 44/2001, Reglamento de Bruselas I, lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, prestación de servicios.

**Abstract:** European operators use to launch distributorship agreements without prior written execution of a contract itself. This implies that, in case of conflict arising from this relation, it is necessary to apply the rules of Brussels I Regulation provided for the absence of a choice by the parties. As a result, the plaintiff shall choose between the general forum of the defendant's domicile and the special forum regarding to contracts, set out in article 5.1. The aforementioned article establishes a regime of different forums, depending on the kind of contract. In this paper, after analyzing the different possibilities, we support the consideration of the distributorship agreement as a contract for the provision of services within the meaning of article 5.1. As a consequence, the plaintiff shall be able to sue the other party of a distributorship agreement in the Courts of the place where, under the contract, the services were provided or should have been provided.

**Key words:** matters relating to contract, distributorship agreement, jurisdiction in the absence of a choice, Regulation 44/2001, Brussels I Regulation, place of performance of the obligation, provision of services.

**Sumario:** I. Introducción. 1. El pacto de sumisión expresa como foro "natural" de los contratos internacionales. 2. Supuestos de falta de pacto de sumisión expresa en los contratos de distribución internacional. II. Foros aplicables al contrato de distribución internacional en defecto de pacto en el ámbito europeo. 1. El foro general del domicilio del demandado. 2. El foro especial en materia contractual del 5.1 del R. 44/2001. III. Calificación de los contratos de distribución a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001. 1. Criterios de calificación. A) Criterio de la obligación principal. B) Criterio de la finalidad económica. 2. La prestación de servicios como finalidad económica del contrato de distribución. 3. Evaluación de la calificación efectuada en clave de eficiencia. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

### 1. El pacto de sumisión expresa como foro «natural» de los contratos internacionales

1. La sumisión expresa es el foro de aplicación «natural» a los contratos internacionales: las partes no suelen dejar sin determinar el órgano que dirimirá las controversias que puedan surgir del contrato, ya que son ellas quienes más información tienen sobre su relación contractual, y por consiguiente quienes están en mejores condiciones para designar a los tribunales más adecuados para conocer de dichas controversias. Esta designación les evita, o al menos les reduce notablemente, las incertidumbres sobre el tribunal competente, y además les sirve para prevenir conductas estratégicas posteriores (*forum shopping*). Así, fijar *ex ante* la competencia judicial internacional evita que, una vez surgida una controversia, las partes elijan litigar ante los tribunales donde les resulte más conveniente situar el pleito, pudiendo hacer que la balanza se incline hacia su lado únicamente haciendo un estudio previo sobre qué ley va a aplicar el Tribunal ante el que planteen la demanda.

Es además común la utilización de estas cláusulas como mercancía en la negociación de los contratos, de forma que las partes hagan concesiones en esta materia (por ejemplo, que sea una de ellas la única que asuma el riesgo de internacionalidad jurisdiccional) a cambio de otras prestaciones. En otras ocasiones, las partes preferirán que el litigio sea resuelto por un foro neutral a ambas, o bien por un foro experto en ese tipo de relaciones contractuales o litigios (por ejemplo, la jurisdicción británica en el sector financiero)<sup>1</sup>. Las decisiones a este respecto dependerán de cada negociación en concreto.

2. Esta prevalencia de los pactos de sumisión expresa a los tribunales es aún mayor en el ámbito de la Unión Europea, en que los operadores tienen mayor confianza en los tribunales de otros Estados miembros, principalmente debido a que dichos operadores son conscientes de que los tribunales europeos han de cumplir con un estándar mínimo de independencia e imparcialidad<sup>2</sup>. A ello se suma el fuerte aliciente a la elección del foro que supone el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil (en adelante, «Reglamento 44» o «R. 44/2001»), regulador de la competencia judicial internacional en los casos «conectados» con la Unión. Un ejemplo de ello sería que dicho Reglamento permite tanto la sumisión expresa de las partes a los tribunales de un Estado (caso en que únicamente se determinaría por el mismo la competencia judicial internacional) como la sumisión a los tribunales de un territorio dentro de dicho Estado (caso en quedaría también determinada la competencia territorial)<sup>3</sup>.

3. Los contratos de distribución no constituyen una excepción en este aspecto. Así, cuando nos encontramos ante un contrato de distribución internacional (*International Distributorship Agreement*) formalizado por escrito, es poco probable que éste no contenga una cláusula atributiva de competencia (*Jurisdiction Clause*). La inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato de distribución internacional se hace de manera casi automática, y, de hecho, las cláusulas de «jurisdicción» se encuentran con frecuencia en los modelos ofrecidos por los organismos internacionales<sup>4</sup>, a los que los actores comerciales recurren con frecuencia puesto que les reportan ahorro de tiempo y dinero, a lo que se añade la confianza y seguridad que ofrece la repetida práctica de los mismos en el comercio internacional<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 158.

<sup>2</sup> La Unión Europea tiene establecidos mecanismos de control de la independencia judicial y de la corrupción, previendo sanciones tan trascendentes como la retirada del voto en el Consejo Europeo a los países incumplidores. El último de los países en ser reprendido a este respecto ha sido Rumanía, en julio de 2012 (vid. [http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/18/union\\_europea/1342626871.html](http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/18/union_europea/1342626871.html)).

<sup>3</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé* (Tome II), Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 259.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, el modelo ofrecido por la Cámara Internacional de Comercio, en <http://www.iccwbo.org/>.

<sup>5</sup> A. DURÁN AYAGO, «Contratos de distribución internacional» en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, p. 333-361.

## 2. Supuestos de falta de pacto de sumisión expresa en los contratos de distribución internacional

4. ¿Qué papel tienen entonces las normas para la falta de pacto de las partes del Reglamento 44, cuando estamos ante un contrato internacional, y en especial ante uno de distribución? Por lo expuesto, podríamos pensar que su aplicación quedaría relegada a una mera anécdota. Pero no es así. Estas normas difícilmente se aplicarán a los contratos de distribución formalizados expresamente por escrito, pero no podemos olvidar que no todas las relaciones de distribución se plasman de tal forma.

5. Una cantidad bastante significativa de los contratos de distribución se perfecciona verbalmente entre los empresarios, por el simple concurso entre oferta y aceptación en ferias, muestras o exhibiciones, reuniones, conversaciones telefónicas, o incluso por escrito, mediante el intercambio de emails, sin que se llegue a la suscripción de un documento *ad hoc*. En todos estos casos, la cadena de distribución se pone en marcha sin que se haya previsto por las partes mucho más que la forma de entrega de las mercancías, el margen del distribuidor y otras cuestiones que determinarán el grado de integración del distribuidor en la red del empresario principal (autorización para el uso de derechos de propiedad intelectual, mecanismos de control o notificación de ventas...).

6. La falta de formalización por escrito de los contratos de distribución es mucho más prolifera que la de otros contratos internacionales. Esto se debe a que los acuerdos de distribución son instrumentos con los que los empresarios se encuentran muy familiarizados, ya que constituyen la manera más fácil que tienen éstos de internacionalizar una red comercial: a través de un contrato de distribución, el empresario asume un coste y un riesgo mucho menor que el que conllevaría su establecimiento en un nuevo mercado por sus propios medios, en un contexto económica y jurídicamente desconocido para él. Este fenómeno se acrecienta aún más en el ámbito europeo, gracias a la creación del mercado único y la inexistencia de «fronteras» (*cross-border implications*) como consecuencia del reconocimiento de la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales del Tratado de la Unión Europea, que aumentó la confianza de los operadores y por lo tanto las relaciones comerciales entre ellos.

7. En estos casos, para determinar qué tribunales serán competentes para conocer de las controversias que surjan de un contrato de distribución, habrán de aplicarse las normas que regulan dicha cuestión en ausencia de pacto. El objeto de este artículo es el estudio de dichas norma cuando el instrumento aplicable es el Reglamento 44.

## II. Foros aplicables al contrato de distribución internacional en defecto de pacto en el ámbito europeo

8. Tal y como indicábamos en el epígrafe anterior, la competencia judicial internacional para conocer de las controversias derivadas de los contratos internacionales conectados con la Unión Europea se rige, en Derecho Internacional Privado de los países europeos, por el Reglamento 44<sup>6</sup>.

En materia de un contrato como el de distribución, en que no concurren foros de competencia exclusiva, y partiendo de la hipótesis de que no exista pacto de sumisión expresa, o que el mismo no tenga alcance exclusivo, los tribunales de un Estado miembro aplicarán el Reglamento 44 para declararse competentes o incompetentes únicamente cuando el demandado tenga su domicilio<sup>7</sup> en un Estado miembro de la Unión<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Éste se aplica a todos los Estados miembros de la UE, incluido Dinamarca, en virtud de acuerdo bilateral de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca. De esta forma, ya no se aplicará lo dispuesto los Considerandos 21 y 22 del citado Reglamento en relación a este país.

<sup>7</sup> En cuanto a la forma en que se determina dicho domicilio, habrá de estarse, si el demandado se trata de una persona física, al art. 59 del mismo Reglamento, y si se trata de una persona jurídica, a su artículo 60.

<sup>8</sup> También podrán declararse competentes basándose en este Reglamento en el caso en que una de las partes del contrato demande a la otra en un Estado Miembro, y la otra parte conteste a la demanda sin alegar ninguna excepción a dicha competen-

9. Así, en los casos en que el futuro demandado tenga su domicilio en la Unión Europea, el demandante sólo podrá plantear su demanda ante los tribunales de un Estado miembro si así se lo permite el Reglamento 44. Desde el punto de vista de la práctica comercial internacional, esto implica que, la parte con intención de demandar habrá de llevar a cabo un juicio previo sobre qué tribunales podrían declararse competentes en virtud de alguno de los foros que reconoce el citado Reglamento a falta de pacto de sumisión expresa.

Estos foros que permitirán a los tribunales de dicho Estado declararse competentes para conocer del caso son (i) el foro general del domicilio del demandado, por el cual los tribunales españoles serán competentes cuando el demandado tuviere su domicilio en España (art. 2 R. 44/2001) y (ii) el foro especial del art. 5.1 de dicho Reglamento.

10. Esta duplicidad de foros permite a las partes optar por el Tribunal que le sea más conveniente, que normalmente será el que se encuentre en el lugar más próximo al de los hechos litigiosos. Este Tribunal será, en la mayoría de los casos, el resultante del foro especial, ya que, tal y como nos dicen D. BUREAU / H. MUIR WATT<sup>9</sup>, «*está fundado sobre la idea de una buena administración de Justicia, en el sentido de que el conocimiento por un tribunal más próximo al lugar de los hechos litigiosos facilita notablemente las medidas de instrucción y de búsqueda de pruebas*». En este mismo sentido, el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones<sup>10</sup>.

La elección de uno u otro foro por parte del actor se puede fundamentar en muy diversas razones. Dentro de las que el demandante puede entrar a valorar para decidir dónde accionar, existen tanto razones procesales (vinculación fáctica con el objeto del proceso: lugar en que han de practicarse las pruebas, o donde podrá ejecutarse posteriormente la sentencia) como sustantivas (voluntad de sujetar al deudor a los órganos jurisdiccionales del lugar donde debe cumplir su obligación)<sup>11</sup>.

## 1. El foro general del domicilio del demandado

11. En virtud de este foro, los tribunales de un Estado miembro serán competentes para conocer de un litigio surgido de un contrato de distribución cuando el demandado tuviere su domicilio en dicho Estado miembro. Como ya sabemos, el domicilio es un concepto autónomo del Reglamento 44, que ha de determinarse conforme a las normas contenidas en el mismo. Así, cuando el demandado sea una persona jurídica (el supuesto más común en relaciones de distribución internacional), su art. 60 permite considerar como tal cualquiera de las tres localizaciones siguientes: (i) el domicilio estatutario; (ii) la administración central o (iii) el centro de actividad principal.

12. Pocas o ninguna especialidad reviste este foro cuando se aplica a los contratos de distribución. Aun así, es relevante señalar dos cuestiones:

La primera, que el mismo presenta una ventaja sustancial frente al foro especial en materia contractual, y es que éste se extiende tanto la materia contractual como extracontractual. De este modo, el foro del domicilio del demandado atribuye competencia también en caso en que el objeto de la reclamación no sea considerado como directamente derivado del contrato (reclamaciones interpuestas por terceros perjudicados por el contrato, así como casos de boicot o violación de las reglas sobre competencia

---

cia, por el foro de sumisión tácita previsto en el artículo 24 R. 44/2001. No entramos a analizar esta cuestión en este artículo, ya que el mismo se enfoca desde el punto de vista de las posibilidades de éxito que, a priori, puede tener plantear una demanda ante un Tribunal determinado, sin que ello dependa de la conducta que ante ello pueda adoptar el demandado.

<sup>9</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé* (Tome II), Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 283.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la STJCE 11 enero 1990, en que indica que los foros de competencia especial «*están fundados sobre la existencia de un nexo particularmente estrecho entre el litigio y otras jurisdicciones distintas a las del domicilio del demandado, que justifican la atribución de competencia a las mismas por razones de buena administración de Justicia y de organización útil del proceso*».

<sup>11</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters (Legal) Ltd, 2009, p.479.



desleal, reclamaciones derivadas de relaciones precontractuales<sup>12</sup>...), lo que da seguridad al demandante de la admisión a trámite de su demanda.

La segunda, la poca conveniencia de la elección del mismo en los casos en que el demandado no tenga patrimonio en el país del foro elegido, caso en que este foro se convierte en ineficiente para el demandante, generando un «*privilège de jurisdiction*» para el demandado, y un alto coste de litigación para el demandante<sup>13</sup>.

## 2. El foro especial en materia contractual del 5.1 del R. 44/2001

**13.** El art. 5.1 del R. 44/2001 abre un foro contractual especial, alternativo al foro del domicilio del demandado, en el lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Este foro alternativo al foro general del domicilio del demandado es un foro especial por razón de la materia, puesto que está previsto para «*materia contractual*», y su tenor literal es el siguiente:

«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 tratase de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;
  - cuando se tratase de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;
- c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)».

**14.** Como puede apreciarse de su redacción, el artículo recoge distintas opciones, en función de la calificación que se otorgue a cada contrato internacional, que podrá ser considerado una prestación de servicios, una compraventa de mercaderías, o una especie distinta de las anteriores. Las consecuencias de la imbricación de un contrato en uno u otro apartado del artículo son considerables, ya que el artículo 5.1 contiene dos reglas muy distintas:

*a. Regla general.* Conforme al artículo 5.1.a, la obligación relevante sería la que sirve de base a la demanda, manteniéndose la redacción del Convenio de Bruselas, precedente del Reglamento 44. Esta solución responde a un «principio de separabilidad»<sup>14</sup>, que implica que, si un contrato comporta obligaciones que tienen previstos lugares de cumplimiento distintos, habrá que atender únicamente al lugar de cumplimiento de la obligación que invoca el demandante como fundamento de su acción. En consecuencia, la competencia del juez únicamente alcanzaría a conocer en relación a esa obligación (o a la de otras con el mismo lugar de cumplimiento).

*b. Regla especial.* Conforme al 5.1.b no es relevante la obligación que sirve de base a la demanda, sino que el propio Reglamento determina, salvo pacto en contrario, cómo se ha de fijar el tribunal

<sup>12</sup> La exclusión de este tipo de reclamaciones basadas en tratos preliminares ha presentado ciertas dificultades a nivel europeo, dada la diferencia de tratamiento de la misma en los Estados miembros (considerándose, por ejemplo, materia extracontractual o delictual en Francia y materia contractual en Alemania), decantándose finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión por considerarlas como materia extracontractual en el asunto *Tacconi* (STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*). En opinión de ciertos autores, esta desvinculación de la regulación contractual es cuanto menos incoherente, si tenemos en cuenta que la ruptura abusiva de las negociaciones puede llevar en algunos ordenamientos a la obligación de suscribir el contrato (P. RÉMY-CORLAY, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du Droit européen des contrats*, Dalloz, Themes et Commentaires, 2003, p. 53). Sin embargo, y dada la armonía que ha de existir entre los instrumentos europeos que rigen la competencia judicial internacional y la Ley aplicable, entiendo que este posicionamiento del Alto Tribunal es adecuado, o, al menos, conforme con este principio de armonía, puesto que el Reglamento 593/2008 de 17 de junio, regulador de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales («R. Roma I»), excluye formalmente de su ámbito de aplicación «*las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato*» (art. 1.2.i).

<sup>13</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2012, p.229.

<sup>14</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 230.

competente en todas las reclamaciones que se deriven de los tipos de contratos que contiene. Esta opción responde por tanto a un «principio de concentración»: en los casos en que se aplique esta letra b, todo el contencioso contractual se concentrará ante los tribunales de un solo Estado miembro; el precepto «*persigue el objetivo de atribuir competencia a un solo tribunal para conocer de todos los litigios que surjan de un mismo contrato*» (cfr. H. GAUDEMET-TALLON)<sup>15</sup>.

Esta regla especial se convierte por la letra c) del precepto analizado en la primera opción que habrá de aplicarse, quedando la regla general como regla subsidiaria para el caso en que el contrato no encaje en ninguno de los apartados de la regla especial. De este modo, si un contrato no es encuadrable en la regla especial, es decir, si no puede considerarse como una prestación de servicios o como una compraventa de mercaderías, habrá que estar a lo dispuesto en la regla general.

Tal y como nos indica, entre otros autores, H. GAUDEMET-TALLON<sup>16</sup>, el establecimiento de esta regla especial es la solución adoptada por el Reglamento 44 a los problemas planteados por la configuración anterior de este foro en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, antecedente al citado Reglamento, y a su interpretación por el entonces TJCE en el caso *De Bloos*<sup>17</sup>. La simplificación operada por esta modificación es considerable y bienvenida<sup>18</sup>, de forma que, en los casos encuadrables en esta regla especial, ya no será necesario aislar la obligación litigiosa, pero la misma suscita un nuevo tipo de dificultades: las dificultades de calificación.

### III. Calificación de los contratos de distribución a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001

**15.** Para determinar cuáles serán los tribunales competentes para conocer de una reclamación basada en un contrato de distribución, cuando las partes no han pactado nada al respecto en dicho contrato, es necesario efectuar una calificación de los contratos de distribución a efectos de situarlos en uno u otro apartado del 5.1.

**16.** Las distintas posibilidades pasan por considerar el contrato de distribución (i) como un contrato de compraventa de mercaderías servicios (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.b.inciso primero); (ii) como un contrato de prestación de servicios (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.b.inciso segundo) o (iii) como ninguno de los anteriores (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.a).

Los criterios de clasificación que han sido utilizados por la doctrina a la hora de determinar cómo clasificar un contrato a efectos del 5.1 han sido principalmente dos: el de la obligación principal y el de la finalidad económica, los cuales expondremos a continuación.

#### 1. Criterios de calificación

##### A) Criterio de la obligación principal

**17.** Los autores que siguen este criterio toman como punto de partida que la clasificación de un contrato como de prestación de servicios o de compraventa a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001 ha de efectuarse en función de cuál sea su «centro de gravedad», «obligación principal» o «elemento dominante»<sup>19</sup>. Entre estos autores, P. MANKOWSKI, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y J.J. FORNER DELAYGUA<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p.453.

<sup>16</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2002, p. 147.

<sup>17</sup> STJCE 6 octubre 1976, as. 14/76, *De Bloos vs. Bouyer*, *Recueil*, 1976, pp.1497-1520.

<sup>18</sup> A. HUET, «Règlement Bruxelles I (matières civile et commerciale)», *Répertoire de Droit International*, Dalloz, junio 2010, nm. 146.

<sup>19</sup> P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 132.

<sup>20</sup> P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 132.

18. La consecuencia principal de este criterio es que los contratos de distribución se considerarán compraventa de mercaderías o prestación de servicios según el caso concreto<sup>21</sup>, ya que ese elemento principal puede variar en función del peso que le den las partes en un contrato concreto. Así, estos autores se basan en la consideración del contrato de distribución como un contrato mixto en que confluyen elementos propios de la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios, cuyo peso puede variar de un caso a otro. Esta es la teoría seguida por la jurisprudencia francesa<sup>22</sup>.

19. La aplicación de esta teoría al contrato de distribución se traduce, según P. MANKOWSKI, en tener que inclinar la balanza a favor de considerarlo una prestación de servicios, una compraventa mercantil o ninguna de ambas, caso por caso, en función del «grado y cantidad» de actividades que el contrato atribuye al distribuidor<sup>23</sup>.

20. Pero los contratos de distribución, al menos cuando nos referimos a este término en sentido estricto<sup>24</sup>, al que nos vamos a circunscribir para el presente análisis, son contratos muy complejos, en que el número de prestaciones que se intercambian las partes es muy elevado, y el peso de dichas prestaciones es muy similar.

21. De forma resumida, y siguiendo a R. ALONSO SOTO<sup>25</sup> y a F. VICENT CHULIÁ<sup>26</sup>, las prestaciones que generalmente suelen estar presentes en un contrato de distribución, tanto a nivel interno como internacional son las siguientes:

El proveedor se compromete básicamente a otorgar al distribuidor un derecho de comercialización de sus bienes o servicios, lo que conlleva la obligación de suministrarle los mismos, así como la facultad de organizar ciertos aspectos accesorios de la venta final de dichos bienes o servicios, como pueden ser la estrategia de venta, la publicidad, el precio, las ofertas y la garantía o el servicio postventa. El proveedor también puede otorgar al distribuidor un derecho de uso sobre ciertos derechos de propiedad intelectual de los que sea titular, como sus logos, marcas o rótulos.

El distribuidor, por su parte, se compromete a adquirir y a revender esos bienes (en ocasiones, con un pacto de compra o reventa mínima). Ello implicará un compromiso de promoción de los productos y de la «marca» del proveedor. El distribuidor también se obliga a acatar las instrucciones del proveedor en los aspectos antes mencionados. De forma adicional, puede comprometerse a prestar asistencia a los adquirentes de los productos. Además de comprometerse a todo lo anterior, el distribuidor pagará una retribución al empresario principal, que vendrá normalmente determinada en función de las unidades de producto que éste le suministre<sup>27</sup>. En ese precio se entiende incluida todas las prestaciones del empresario principal. El distribuidor obtendrá su beneficio en la diferencia de precio entre esas unidades y el precio a que las revenda.

---

hers, 2007, p. 133 y ss; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229 y ss y en *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 90 y ss; y FORNER DELAYGUA en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 311-319.

<sup>21</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 91.

<sup>22</sup> Sent. Cass. Francia 5 marzo 2008, Sent. Cour Cass. Francia 23 de enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, entre otras, reacias a la consideración del contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios.

<sup>23</sup> P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 133.

<sup>24</sup> En el lenguaje coloquial, la expresión distribución comercial es utilizada para designar la fase que se sitúa entre la fabricación de un producto y su puesta a disposición de los consumidores finales. Ésta puede llevarse a cabo a través de diversas figuras jurídicas. En este trabajo nos circunscribiremos únicamente a los contratos de distribución en sentido estricto, que reúnen unas características muy singulares y reciben un tratamiento homogéneo desde el punto de vista internacional privatista.

<sup>25</sup> R. ALONSO SOTO, «Contratos de colaboración empresarial» en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629.

<sup>26</sup> F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 16ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 683.

<sup>27</sup> En caso de distribución de servicios (piénsese en casos de seguros, o asistencia legal), la retribución se suele calcular conforme a otros criterios, como puede ser el volumen de facturación.

Además, el distribuidor se compromete a quedar dentro del ámbito de control del fabricante. Se integra «en el seno de una estructura organizada denominada canal o red de distribución, dentro de la cual actuarán con independencia aunque sometidos a unos mismos criterios y restricciones impuestos por el productor o fabricante» (R. ALONSO SOTO)<sup>28</sup>. La integración en esta red permite, por un lado, que el fabricante mantenga cierto grado de control sobre la distribución sin necesidad de utilizar sus propios recursos, y por otro, que los distribuidores participen del buen nombre y de la clientela del fabricante.

**22.** Todas estas prestaciones se intercambian en la totalidad de contratos que consideramos como de distribución, tanto en los de distribución selectiva, como en los de distribución en exclusiva. La especialidad de estos últimos reside en que en ellos el principal delimita una parcela del mercado para que el distribuidor lleve a cabo la reventa sin competir con otro distribuidor del mismo empresario, es decir, le concede un derecho de «exclusiva» en relación a dicha parcela (generalmente un territorio, pero también un sector de la población, por ejemplo).

A cambio de lo anterior, el distribuidor se compromete a una vinculación mayor con el empresario, que generalmente se manifiesta en la asunción por su parte de mayores obligaciones en relación a la postventa de los productos (se puede comprometer, por ejemplo, a prestar asistencia técnica a los compradores). El empresario principal podría también exigir al distribuidor, a cambio de conceder dicha exclusiva, la inclusión en el contrato de una cláusula de exclusiva en sentido inverso. Como resultado de ello, el distribuidor se comprometería a comprar exclusivamente la totalidad de la mercancía que vaya a destinar a la reventa a ese empresario principal (a esta última obligación se le conoce como «compra en exclusiva»).

**23.** Si aplicamos a lo expuesto el criterio de la obligación principal, según el cual, la obligación dominante del contrato será la que tenga mayor peso específico en el contrato, obtenemos como resultado que dicha obligación podría ser cualquiera de las expuestas.

Así, podría considerarse como la obligación principal el suministro de los productos por parte del empresario principal al distribuidor, o la recíproca obligación de pago del distribuidor por dichos productos. En ese caso, el contrato sería calificado como una compraventa de mercaderías a los efectos del Reglamento 44, siendo aplicable el foro del lugar del Estado miembro en que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías.

También podría considerarse como la obligación principal la obligación del distribuidor de seguir las instrucciones del empresario principal, o la de su contribución, mediante actos de promoción, al conocimiento y prestigio de la marca. En este otro caso, el contrato sería calificado como una prestación de servicios a efectos del 5.1 R. 44/2001, siendo aplicable el foro del lugar en que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Por último, podría considerarse que la obligación principal sería de cesión del uso los derechos incorporeales del empresario principal al distribuidor (marcas, logos...), caso en que consideraríamos que el foro sería el del lugar en que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, al no ser calificable el contrato como una compraventa de mercaderías, ni como una prestación de servicios, a efectos del citado artículo 5.1.

**24.** Pero, dado el grado de complejidad de las prestaciones intercambiadas en estos contratos, tal y como ha quedado expuesto, podemos afirmar que la determinación de la relevancia de una de estas obligaciones sobre las demás, hasta el punto de considerarla la «obligación principal» se nos presenta como una cuestión irresoluble. Todas las obligaciones mencionadas parecen tener un peso específico relevante en el contrato.

La referencia al caso concreto tampoco arroja ninguna luz sobre la cuestión, puesto que (i) en todos los contratos que podemos calificar como de distribución se intercambian todas las prestaciones expuestas y (ii) no queda claro cuál es el criterio que nos ha de servir de guía para determinar, caso por caso, la prevalencia de unas obligaciones frente a otras (¿en base a la longitud de las cláusulas que regulan cada

<sup>28</sup> R. ALONSO SOTO, «Los contratos de colaboración comercial», en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629.

una, según el orden en que se encuentran dispuestas, según la importancia económica de la obligación en el conjunto de la relación contractual?). En nuestra opinión, la expresión «habrá que estar al caso concreto», parece ser la salida fácil, pues no da una solución a la calificación del concreto, sino que la evita.

Además, este criterio de la obligación principal nos recuerda mucho al debate que, en sede de Ley aplicable, se vivió en relación a la prestación característica de ciertos contratos, entre ellos el contrato de distribución, que, como sabemos, tiene difícil solución<sup>29</sup>. En relación al mismo, mientras que los tribunales franceses e italianos estimaban que dicha prestación era la del empresario principal<sup>30</sup>, los tribunales belgas indicaban que ésta correspondía al distribuidor. Podríamos incluso afirmar que, si bien esta discusión se zanjó en materia de Ley aplicable, con la determinación directa de dicha Ley aplicable a los contratos de distribución en el Reglamento 593/2008 de 17 de junio (en adelante, «Reglamento Roma I»), sigue vigente de forma «encubierta» en la medida en que los autores se esfuerzan por determinar cuál sería la «obligación principal» del contrato de distribución<sup>31</sup>.

Por último, una determinación del foro caso a caso no puede ser regla sino excepción, ya que generaría gran inseguridad jurídica, y podría suponer que las partes se vieran sometidas a un tribunal que en un principio no podían haber previsto. Tampoco parece acorde cuando los contratos internacionales suelen ser «contratos tipo», con una forma suficientemente uniforme en la práctica comercial internacional como para que su calificación como compraventa o prestación de servicios haya de llevarse a cabo caso a caso.

## B) Criterio de la finalidad económica

25. Por todo lo expuesto hasta ahora, presentamos como una propuesta alternativa al criterio de la obligación principal otro criterio distinto, que ya ha sido defendido por numerosa doctrina (entre otros, J-M JACQUET<sup>32</sup>): el criterio de la finalidad económica. Según el mismo, un contrato habrá de ser calificado a los efectos del artículo 5.1 del R.44/2001 como prestación de servicios, compraventa de mercaderías, o ninguno de ambos, en función de su finalidad económica.

26. Esta finalidad económica es un concepto que se identifica con el objetivo económico para el cual el contrato se haya suscrito, de modo que, para calificar el contrato a los efectos del Derecho Internacional Privado Europeo habrá que estar a la causa o razón económica de dicho contrato, y no a las distintas prestaciones u obligaciones que se intercambian en el mismo.

Así, un contrato será caracterizado a efectos del 5.1 como:

- (i) un contrato de prestación de servicios, siempre que su finalidad económica sea la prestación de un servicio de una parte a la otra<sup>33</sup>, es decir, la realización de una actividad que consiste en dar, hacer, o no hacer una cosa a título oneroso, gratuito o lucrativo (cfr. P. BERLIOZ<sup>34</sup>).

<sup>29</sup> En tiempos de la vigencia del Convenio de Roma I de 1980, antes de la entrada en vigor del Reglamento 593/2008 de 17 de junio (Reglamento Roma I), el contrato se regía por la Ley del país con el que presentara los «vínculos más estrechos». El art. 4.2 CR contenía una presunción general, por la que el contrato presentaría los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tuviera su residencia habitual la parte del contrato que debiera proporcionar la «prestación característica» del contrato. A pesar de que existía una corriente que intentaba imponer su aplicación a todos los contratos, muchos autores defendían que la «prestación característica» presentaba un alcance limitado, puesto que sólo sería operativa en relación con los contratos que implican un intercambio básico de *cosas o servicios* por dinero, supuesto en el que no se encuadraría el contrato de distribución (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*, Ed. Colex, 2005, p. 349-370).

<sup>30</sup> Véanse, entre otras las Sent. Corte Cass. Italia 23 enero 2007 y 14 septiembre 1999 y las Sent. Cour Cass. Francia 5 marzo 2008, 23 enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007.

<sup>31</sup> Algunos autores incluso indican directamente que la calificación de los contratos a efectos del Reglamento 44 ha de efectuarse a la luz de su «prestación principal o característica» (véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 91).

<sup>32</sup> J. M. JACQUET / P. DELEBECQUE / S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, «Précis», Paris, Dalloz, 2007, p. 192.

<sup>33</sup> P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 131.

<sup>34</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p.458.

- (ii) un contrato de compraventa de mercaderías, cuando su finalidad económica sea la transmisión de la propiedad de unos determinados productos de una parte a la otra, o
- (iii) como ninguno de los anteriores, cuando se considerara que el contrato tiene una finalidad distinta.

27. Esta solución es la más acorde con la interpretación amplia que ha de darse a los contratos recogidos en la regla especial contenida en el art. 5.1.b, necesaria para que todo el artículo 5 alcance su «efecto útil»: «la interpretación amplia del apartado b frente al apartado a concuerda, además, con el sentido y fin del precepto, ya que permite evitar la dispersión de los foros de competencia en los supuestos más habituales o comunes del comercio internacional»<sup>35</sup>.

Además, al optar este criterio por calificar el contrato en abstracto, se adopta una solución válida para cada «tipo» contractual, de forma que no habría que estar al caso concreto para determinar el tipo de contrato. Esto genera una mayor seguridad jurídica, porque permite a las partes una mayor previsibilidad del foro al que pueda verse sometida su controversia. Lo anterior se alinea también con la solución de primer grado para fijar directamente la Ley aplicable a los contratos en el art. 4.1 del Reglamento de Roma I, establecida partiendo de la consideración de que la teoría del caso concreto es siempre complicada y ralentiza la fijación tanto del tribunal competente, como de la Ley aplicable.

28. En adición a lo expuesto, este criterio parece el más adecuado porque (i) es más acorde con la solución adoptada en materia de Ley aplicable, que establece un listado de contratos «tipo», y la Ley aplicable a cada uno sin que haya que distinguir caso a caso; (ii) sigue la postura del TJCE, que se pronunció sobre esta cuestión en su STJCE *Falco*<sup>36</sup> (sobre un contrato de concesión o licencia de derechos de propiedad intelectual), a la que también se hace referencia en el caso *Rehder*<sup>37</sup>; (iii) no implica ninguna toma de postura acerca de la prestación principal del contrato de distribución, cuestión que, como hemos argumentado, nos parece irresoluble.

29. Hemos de añadir que la toma de partido por este criterio no implica que la calificación de un contrato haya de hacerse siempre y en cualquier contexto conforme a su finalidad económica, cuestión que no es, ni mucho menos, objeto de este artículo, sino que se trataría de una regla autónoma, que implicaría una calificación a efectos exclusivos de Derecho Internacional Privado, y en concreto, en relación al Reglamento 44.

## 2. La prestación de servicios como finalidad económica del contrato de distribución

30. Tomando como base este criterio, quedaría pues por determinar cuál es la finalidad económica del contrato de distribución (la adquisición de la propiedad de los productos por parte del distribuidor, la prestación del servicio de comercialización de esos productos, o ninguna de ellas).

Como puede observarse de lo expuesto hasta el momento, cabría afirmar que la finalidad económica, en el contexto del Derecho Internacional Privado, podría ser en cierto modo equivalente a lo que, en Derecho Civil español, se conoce como «causa del contrato». Así, la finalidad económica de un contrato normalmente coincidirá con lo que nosotros, en Derecho español, conocemos como «causa», criterio que nos puede servir de guía a la hora de determinar cuál puede ser la finalidad económica del contrato de distribución.

31. Los contratos de distribución se celebran para comercializar los productos del empresario principal, cuya intención es que éstos lleguen a los consumidores de una manera estable<sup>38</sup>. Así, los con-

<sup>35</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229.

<sup>36</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

<sup>37</sup> STJCE de 9 de julio de 2009, asunto C-204/08, *Rehder*.

<sup>38</sup> Cfr. A. DURÁN AYAGO en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p. 550.

tratos de distribución crean una «corriente» de comercio hacia un mercado determinado, de la que se benefician tanto empresario como distribuidor. De lo anterior podemos concluir que la finalidad económica del contrato de distribución es esa comercialización por el distribuidor al empresario principal<sup>39</sup>.

Esta finalidad del contrato de distribución, encaja perfectamente con lo que ha de entenderse por prestación de servicios, concepto que ha de interpretarse de forma autónoma y amplia<sup>40</sup>, que no hemos de confundir con el «arrendamiento de servicios», es decir, el simple intercambio de un servicio por dinero, sino que, tal y como ha indicado el TJUE<sup>41</sup>, se refiere a la realización de una actividad. Esta caracterización también se ajusta a la definición de prestación de servicios del art. 57 TFUE (antiguo artículo 50 TCE)<sup>42</sup>, así como de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

**32.** Hemos de indicar que, entendemos que la finalidad económica del contrato de distribución no es la transmisión de los bienes del proveedor al distribuidor, puesto que ello no agota la razón por la que se celebró dicho contrato. En consecuencia, entendemos que no podría calificarse dicho contrato como una compraventa de mercaderías.

Es cierto que en el marco de un contrato de distribución se puede producir también la transmisión de la propiedad de dichos bienes al distribuidor (por el suministro de los productos al distribuidor para su posterior reventa), pero esa no es la finalidad económica de este contrato, porque el principal no se despreocupa, ni mucho menos, del destino que da el distribuidor a los bienes adquiridos, sino que suele imponer ciertas obligaciones al respecto, como objetivos mínimos de ventas, o alguna medida de control, como la obligación de notificación periódica de las ventas realizadas. Estas obligaciones son de tal trascendencia que, en caso de ser incumplidas, podrían conllevar la resolución del contrato. Así, esa transmisión de propiedad que se produce es siempre «accesoria» y transitoria, pues el destino de esos bienes es su adquisición por el consumidor final.

En consecuencia de lo anterior, y ello pese a la valiosa aportación que algunos autores han realizado defendiendo esta postura<sup>43</sup>, con la que compartimos la necesidad de encuadrar el contrato de distribución en el apartado b del artículo 5.1 y que no se puede dejar que el mismo se sujete al apartado a, que ha de actuar en todo caso como excepción, entendemos que el encuadre del contrato de distribución en el apartado primero del 5.1.b (compraventa de mercaderías) no nos parece el más adecuado.

**33.** Aun debemos considerar una tercera opción, que es que la finalidad del contrato de distribución no sea ni la transmisión de la propiedad ni la prestación de un servicio. En ese caso, habría que estar al apartado a del 5.1., y por lo tanto a la obligación concreta en que se base la reclamación para poder determinar el tribunal competente.

¿Qué otra finalidad podría tener un contrato de distribución que no fuera la de la comercialización de los productos, o la transmisión de la propiedad? Podríamos preguntarnos si esa finalidad podría ser la transmisión de derechos de carácter incorporeal, ya que el TJCE, en su Sentencia 23 abril 2009, asunto *Falco*<sup>44</sup>, puso de manifiesto que este tipo de cesiones de derechos no eran encuadrables en el 5.1.b. Es cierto que en los contratos de distribución se pueden producir este tipo de cesiones (uso de la marca del principal o de sus signos identificativos), pero no se trata de un elemento definitorio de

<sup>39</sup> R. ALONSO SOTO, «Contratos de colaboración empresarial» en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, pp.459.

<sup>40</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2002, p. 147.

<sup>41</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

<sup>42</sup> «Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

*Los servicios comprenderán, en particular: (i) actividades de carácter industrial; (ii) actividades de carácter mercantil; (iii) actividades artesanales; (iv) actividades propias de las profesiones liberales».*

<sup>43</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229.

<sup>44</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

este tipo de contratos. Además, no podemos olvidar que hemos de resolver esta cuestión a la luz de la finalidad para la cual las partes convienen en celebrar un contrato de distribución, y no a la luz de las obligaciones que se intercambian individualmente consideradas. Y la finalidad para la cual se celebra un contrato de distribución no es la transmisión de esos derechos incorporales.

Ello, unido a que, como hemos indicado, el apartado 5.1.b ha de intentar abarcar el mayor número de supuestos posibles, ya que sólo así tendría un efecto útil, nos hace descartar esta última opción.

**34.** Optamos por lo tanto por calificar el contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios, encuadrable en el art. 5.1.b, inciso segundo, del R. 44/2001. Es importante señalar que la prestación de servicios sea la función económica del contrato no significa que sea su obligación principal, sino que, como hemos expuesto en el apartado anterior, la complejidad de las obligaciones que asumen los contratantes, además de ser muy alta, es muy similar.

**35.** Esta calificación es además la más acorde con el Derecho Internacional Privado Europeo. En concreto, se ajusta al Considerando 7 y 17 del Reglamento Roma I, que, por mucho que sea discutido, considera los contratos de distribución, junto con los de franquicia, como de prestación de servicios a efectos del Reglamento 44.

**36.** También es la postura seguida por cierta jurisprudencia europea<sup>45</sup>, y en concreto con el tratamiento jurisprudencial que se da en España a los contratos de distribución (véanse por ejemplo las STS de 26 de julio y 16 de noviembre de 2000, 5 febrero 2004, 26 octubre, 2 y 16 diciembre 2005).

También existe alguna sentencia española que se ha pronunciado específicamente sobre la cuestión. Así, la SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, en la que se resuelve sobre la indemnización dimanante de un contrato de distribución en exclusiva no formalizado por escrito entre las partes, suscrito entre un fabricante holandés de bicicletas y un distribuidor español, que se resuelve unilateralmente por el fabricante al considerar roto el pacto de compra en exclusiva. Esta Sentencia atiende a la finalidad del contrato para su calificación como un contrato de prestación de servicios, indicando que: «*se circunscribe a la reventa de los productos del concedente*» (F.J.III), y que ha de considerarse el territorio español como el lugar de ejecución y cumplimiento *del contrato*<sup>46</sup>». A pesar de lo anterior, esta sentencia, encuadra sorprendentemente el contrato en el 5.1.a.

**37.** Por último, la calificación por la que optamos, es decir, fijar que el contrato de distribución es en todo caso un contrato de prestación de servicios, implica además establecer un concepto autónomo del mismo a nivel europeo, lo que es una ventaja, porque evita el *forum shopping* que se produciría si el concepto se interpretara de modo distinto por los tribunales de cada Estado miembro (cfr. A. HUET, F. SALERNO)<sup>47</sup>.

### 3. Evaluación de la calificación efectuada en clave de eficiencia

**38.** Dejando de lado los distintos criterios expuestos para determinar la calificación del contrato de distribución, podemos preguntarnos si la consideración del contrato de distribución como de prestación de servicios, y, por lo tanto, la apertura de un foro en el lugar en que tiene lugar la distribución de los productos, es la solución más eficiente para las partes, entendiendo por solución más eficiente aque-

<sup>45</sup> En la práctica extranjera, Sent. Trib. Cass. Italia 17 diciembre 1990, que aleja la concesión de la compraventa, Sent. Trib. Comm. Liège 13 enero 1993, que se refiere a la distribución como un cuadro de relaciones continuadas y organizadas, basado en una participación económica y comercial del concesionario, y Sent. Corte Reg. de Tesalónica (Grecia) 11862/2004, esta última citada en P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), Brussels I Regulation, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 131.

<sup>46</sup> Y no de la obligación.

<sup>47</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, pp.457- 458.



lla que les concede la posibilidad de escoger en mayor número de ocasiones, frente al foro del domicilio del demandado, un foro más próximo al litigio (por ejemplo, al lugar de los hechos o al lugar en que habrá de ejecutarse una posible sentencia).

Y es que los foros especiales contenidos en el art. 5 del R. 44/2001, pretenden conferir competencia a los tribunales de un Estado distintos de los del domicilio del demandado. La elección corresponderá al demandante, siendo la base de esta libertad de elección la constatación de que en muchísimas ocasiones, existía una relación próxima entre el litigio y los tribunales de otro Estado distinto de aquél en que el demandado tenía su domicilio, siendo conveniente la posibilidad de acudir a estos tribunales para una administración de justicia más eficiente<sup>48</sup>.

**39.** Tomando esto en cuenta, la consideración del contrato de distribución como de prestación de servicios es la solución más acorde con la *ratio legis* del artículo 5.1 del R. 44/2001, ya que foro del lugar de la prestación de los servicios puede tener una relación más próxima al litigio que el tribunal del domicilio del demandado, sobre todo cuando el demandante es el distribuidor, tal y como argumentaremos más adelante.

**40.** Si consideráramos el contrato de distribución como un contrato de compraventa de mercaderías (lo que implicaría además ignorar de forma indolente el Reglamento Roma I) ello significaría la desactivación de este foro en la mayoría de los supuestos. Si siguiéramos esa hipótesis, los tribunales competentes serían los del lugar en que se hayan entregado las mercaderías. Tal y como indicó el antes TJCE en su sentencia *Car Trim*<sup>49</sup>, el lugar en el que «hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías» habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato, y si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega (lo que ocurrirá en los casos que nos planteamos, en que el contrato no se haya formalizado por escrito), dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la 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, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato.

Este lugar de entrega suele ser el de la sede del empresario principal (dicho empresario pone los productos a disposición del distribuidor en su propia fábrica, o en un puerto cercano a dicha fábrica)<sup>50</sup>; de manera que si se considerara el contrato de distribución como una compraventa de mercaderías, el 5.1 no ofrecería al distribuidor ninguna alternativa al foro general del domicilio del demandado.

**41.** Esta consideración del contrato de distribución como un contrato de compraventa de mercaderías sólo ofrecería alternativa al empresario principal, en el caso en que este fuera el demandante, ya que éste podría atraer el litigio a los Tribunales de su propio domicilio. Pero este *forum actoris* del empresario principal no casa con la tendencia protectora del distribuidor que se observa en materia de Ley aplicable en el ámbito europeo (en el Reglamento de Roma I se establece como Ley aplicable en defecto de pacto la Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual<sup>51</sup>).

Podemos concluir, por lo tanto, que la consideración del contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios sí que da sentido a este foro si se interpreta a la luz del resto de Derecho Internacional Privado Europeo, y en concreto, del ya referido Reglamento Roma I, que tal y como se ha expuesto, da cierto trato de favor al distribuidor.

**42.** Sólo entendiendo el contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios el foro del 5.1 se contempla como una alternativa al foro del domicilio del demandado, cuando el deman-

<sup>48</sup> P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 89.

<sup>49</sup> STJCE de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GMBH*

<sup>50</sup> Cuando existe pacto por escrito, estos contratos suelen contener un INCOTERM 2010 en este sentido, siendo los más utilizados en relación a los contratos de distribución EXW, CIF y CIP.

<sup>51</sup> Y ello independientemente de la opinión que nos merezca esta forma de establecer la ley aplicable, y de otras consideraciones desde la perspectiva de *lege ferenda*.

dante es ese distribuidor. Podemos decir que éste es el foro «por excelencia» del contrato de distribución cuando el demandante es el distribuidor, pues le permite atraer el pleito a sus tribunales (siempre que su domicilio coincida con el lugar de cumplimiento de la obligación, lo que suele ocurrir con frecuencia, dado que los proveedores suelen elegir distribuidores afincados en el mercado a conquistar, que tengan un mayor conocimiento del funcionamiento de dicho mercado).

Este efecto se consigue además sin desfavorecer al empresario principal de manera excesiva, puesto que se trata de un foro que tanto éste como el distribuidor pudieron prever (el del lugar en que se distribuyen los productos), por mucho que, cuando el demandante sea el empresario principal, este foro quedará la mayoría de las veces inhabilitado: el domicilio del demandado suele coincidir con el lugar de ejecución de la obligación. En los casos en que no sea así (caso, por ejemplo, de un distribuidor afincado en un país de Europa del Este que se dedique a distribuir a toda la zona), le permitirá abrir una alternativa permitiéndole demandar no sólo en el lugar en que dicho distribuidor esté domiciliado sino también donde se produzca la distribución de los productos que haya dado lugar a la controversia.

**43.** De las tres, la opción menos eficiente sería la de considerar que no serían de aplicación ninguno de los supuestos de la letra b) del 5.1. En el caso de que se aplicara la letra a) del citado artículo, habría que estar a cada caso concreto para poder saber qué Tribunales habrían de conocer de la cuestión. Si la obligación incumplida fuera la de reventa, por ejemplo, siendo el demandante el principal, el foro también quedaría inhabilitado. Si la obligación incumplida fuera la de la entrega de los productos, siendo el demandante el distribuidor, este foro también quedaría inhabilitado en la mayoría de los casos, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente. Uno de los pocos casos en que este foro podría activarse sería el de que la obligación incumplida fuera la del pago de los productos por parte del distribuidor, y ello dependiendo de dónde se considerase efectuado el pago.

#### IV. Conclusiones

**44.** Al estudiar la cuestión de la competencia judicial internacional a falta de pacto de sumisión, el contrato de distribución ha sido el paradigma de contrato complejo utilizado por los autores para estudiar la calificación de los contratos internacionales en el art. 5.1 del R. 44/2001.

Para efectuar dicha calificación se ha defendido como criterio el de la búsqueda de la obligación principal de dichos contratos. Pero dicha búsqueda no tiene solución. No resulta posible determinar cuál es la obligación principal de estos contratos, como tampoco lo era determinar su prestación característica.

**45.** El criterio que ha de determinar la calificación de un contrato a efectos del 5.1 ha de ser el de la finalidad económica de dicho contrato, que es más acorde con la jurisprudencia del TJCE/TJUE y garantiza una mayor seguridad jurídica tanto para el tribunal como para las partes, ya que evita la calificación caso por caso, que ha de quedar para casos muy excepcionales.

**46.** A la luz de este criterio de la finalidad económica, el contrato de distribución ha de considerarse un contrato de prestación de servicios, ya que su finalidad económica no es otra que la prestación del servicio de la reventa de los productos por parte del distribuidor al empresario principal.

En consecuencia de lo anterior, serán competentes para conocer de un litigio derivado de un contrato de distribución los tribunales del lugar del Estado miembro en el que hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

**47.** Esta solución es, además, la que da al foro un sentido más acorde al tratamiento de favor que recibe el distribuidor a nivel europeo, y en concreto en materia de Ley aplicable, siendo además la más eficiente para las partes, pues es la que habilita este foro, generalmente más próximo al objeto litigioso, y por lo tanto, menos costoso para ambas partes, en un mayor número de supuestos.

# ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ELSA DIAS OLIVEIRA

*Professora auxiliar da Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa*

Recibido: 05.01.2013 / Aceptado: 11.01.2013

**Resumo:** As obrigações extracontratuais que decorram da “violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação” foram excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, nos termos previstos no seu art. 1.º, n.º 2, al. g). Esta disposição suscita dificuldades que se prendem, desde logo, com a interpretação do conceito de “direitos de personalidade” e, consequentemente, com a determinação do âmbito real desta exclusão.

A diversidade de regimes conflituais, *maxime* a multiplicidade de diplomas legais, de origem europeia e de origem nacional, cujos âmbitos de aplicação nem sempre se revelam claros, complexifica o processo de determinação da lei competente, colocando em causa a sua previsibilidade.

Neste artigo propomo-nos apreciar se as soluções consagradas no Regulamento Roma II devem ser consideradas adequadas para regular as situações em que estão em causa obrigações extracontratuais que decorram da violação de direitos de personalidade, analisando o regime existente, mas também sugerir, *de iure condendo*, propostas que possam contribuir para o debate de um tema tão atual.

**Palavras-chave:** lei aplicável, obrigações extracontratuais, violação de direitos de personalidade, Regulamento Roma II.

**Abstract:** The non-contractual obligations arising out of “violation of privacy and rights relating to personality, including defamation” were excluded from the scope of the Regulation Rome II, according to article 1.º, n.º 2, g). This provision raises difficulties concerning the interpretation of the concept of “rights relating to personality” and, therefore, the real scope of this exclusion.

The diversity of conflict-of-law rules, *maxime* the multitude of legal acts from different sources, whose scopes are not always clear, renders the process of determining the applicable law more complex, contrary to the desired predictability of the outcome of litigation.

In this article we propose to assess if the solutions laid down in Regulation Rome II should be considered suitable to regulate the situations related to non-contractual obligations arising out of personality rights violation. In order to do it, we will analyze the existing regime, but we will also suggest, *de iure condendo*, proposals that may contribute to the debate of such a relevant subject.

**Key words:** applicable Law, non-contractual obligations, violation of personality rights, Regulation Rome II.

**Sumário:** I. Introdução. II. Âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II – o conceito de direitos de personalidade. III. Apreciação crítica acerca da adequação das regras do Regulamento Roma II à determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da violação de direitos de personalidade. IV. Norma de conflitos especial. V. Reserva de ordem pública internacional. VI. A violação de direitos de personalidade através da Internet. VII. Conclusão.

## I. Introdução

1. Nos vários ordenamentos jurídicos nacionais o elenco, o conteúdo e as formas de tutela dos direitos de personalidade apresentam variações muito significativas.

Estas divergências não são de estranhar se se tiver presente que os direitos de personalidade, intrinsecamente ligados à pessoa, e a sua tutela, refletem de forma muito expressiva os valores ético-jurídicos que estão subjacentes a cada ordenamento jurídico.

Varia ainda o peso que é atribuído a interesses que podem conflitar com a tutela dos direitos de personalidade, como é o caso, *v.g.*, da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa.

A consagração de direitos que têm por objeto bens de personalidade em convenções e em outros instrumentos internacionais, vigentes em diferentes Estados, contribui para uma maior harmonização do elenco destes direitos, mas não anula as divergências. Para este resultado contribui o facto de nem todos os direitos de personalidade se encontrarem previstos nesses instrumentos, bem como de se verificarem diferenças interpretativas relativas a essas disposições. A jurisprudência resultante de instâncias internacionais competentes, *v.g.*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem contribuído para a concretização do conteúdo desses direitos, bem como para a definição da sua relevância na ponderação com outros direitos e interesses conflitantes, todavia, não tem sido ainda suficiente para nivelar as divergências que se verificam na interpretação que é feita pelos vários os Estados<sup>1</sup>.

2. É neste contexto jurídico que se verifica um desenvolvimento dos meios de transporte – com a conseqüente maior mobilidade das pessoas –, mais facilidades de transmissão de informações – em especial pela radiodifusão, pela utilização da Internet. Fatores como estes vieram potenciar o aumento das situações que apresentam conexões com mais do que um ordenamento jurídico e em que podem estar em causa lesões de bens de personalidade. Aliás, o próprio exercício das liberdades europeias estimula o desenvolvimento de situações plurilocalizadas, embora aqui, essencialmente, entre Estados-Membros da União Europeia.

Atenta a realidade atual, em que é fortemente estimulado o desenvolvimento, no plano internacional, de relações sociais, culturais, económicas, a garantia da tutela dos bens que são mais caros às pessoas – os bens de personalidade –, de modo a que se sinta confiante num palco internacional, é essencial.

Todavia, sublinha-se também que o contacto com diferentes ordenamentos jurídicos, que podem ter subjacentes valores e princípios muito diferentes, impõe o reconhecimento dessa diversidade e respetiva tolerância<sup>2</sup>.

Face ao exposto, importa que existam regras claras que regulem a determinação da lei aplicável às situações que se prendem com a tutela dos direitos de personalidade, *maxime* as relativas à responsabilidade aquiliana decorrente da violação desses direitos. Esta regulamentação no plano conflitual é tão mais importante quanto também os regimes materiais da responsabilidade aquiliana previstos nos vários ordenamentos apresentam divergências significativas<sup>3</sup>.

3. Neste artigo, propomo-nos analisar algumas questões que se prendem com a determinação da lei aplicável à responsabilidade civil extracontratual decorrente da violação de direitos de personalidade,

---

<sup>1</sup> Tome-se como exemplo o célebre caso *Von Hannover v. Germany*, instaurado por Carolina do Mónaco, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), com julgamento em 24 de junho de 2004, e posteriormente o caso *Von Hannover v. Germany (no. 2)*, com julgamento a 7 de fevereiro de 2012, disponíveis em [http://www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_FR](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR), em que se decidiu acerca da alegada violação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que prevê o direito à vida privada, e da relevância da liberdade de expressão, prevista no art. 10.º da mesma Convenção.

<sup>2</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 21.

<sup>3</sup> Varia, por exemplo, entre os ordenamentos jurídicos, a relevância atribuída às funções ressarcitória, punitiva e preventiva da responsabilidade civil; tal como, designadamente em razão do peso atribuído às referidas funções, varia a fixação do *quantum* indemnizatório, as exigências quanto à prova dos danos sofridos, a atribuição de indemnizações com valor simbólico; a admissibilidade e a amplitude de atribuição de danos morais, etc. *Vide*, com pormenor, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 158 ss.

apreciando o regime existente, mas também sugerindo, *de iure condendo*, propostas que possam contribuir para o debate de um tema tão atual.

## II. Âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II – o conceito de direitos de personalidade

4. Atualmente, nos Estados-Membros da União Europeia, a fonte principal para determinar a lei aplicável às obrigações extracontratuais é, como é sabido, o Regulamento Roma II<sup>4</sup>. Nos termos do seu art. 1.º, n.º 1, prevê-se que o diploma é aplicável, em situações que envolvam um conflito de leis, às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial, ficando excluídas do seu âmbito as matérias indicadas no art. 1.º, n.º 1, segunda parte, e no n.º 2. Atento o tema do presente artigo, importa atender, em especial, à al. g) do n.º 2, que expressamente se refere às «(...) obrigações extracontratuais que decorram da violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação».

5. Numa primeira leitura, seríamos tentados a afastar a aplicação do Regulamento Roma II quando estivesse em causa a determinação da lei competente para regular as situações relativas a obrigações extracontratuais que decorram da violação de direitos de personalidade. Todavia, uma análise mais aprofundada do diploma conduz-nos em sentido diferente.

Em primeiro lugar, há que ter presente que o Regulamento Roma II visa a harmonização das soluções conflituais entre os Estados-Membros da União Europeia e está sujeito às regras de interpretação e aplicação de Direito Europeu. Assim, atentas as finalidades visadas pelo próprio diploma, a interpretação e a aplicação das suas regras deve ser uniforme nos diversos Estados-Membros. Deve, pois, ser feita uma interpretação autónoma, o que significa, designadamente, que essa interpretação não pode atender apenas ao Direito interno do Estado do foro<sup>5</sup>. Será relevante, na interpretação das normas e na compreensão dos conceitos aí presentes, a jurisprudência do TJUE que a este respeito já se tenha pronunciado, as finalidades visadas pelo diploma europeu em análise, outros textos normativos com os quais o Regulamento Roma II se articula, os princípios gerais de Direito comum aos vários Estados-Membros<sup>6</sup>.

6. No que especificamente respeita ao conceito de «direitos de personalidade», previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g), do Regulamento Roma II, importa, desde logo, atento o elemento sistemático da interpretação, atender a outras disposições deste diploma que regulam questões que com esta se prendem, o que contribuirá para se obter uma interpretação mais coerente.

Assim, importa ter presente o que se determina no art. 28.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, que este diploma não prejudica a aplicação de convenções internacionais em vigor em um ou mais Estados-Membros, à data da aprovação do Regulamento, e que estabeleçam regras de conflitos de leis referentes a obrigações extracontratuais. Mais se esclarece, nos termos do art. 30.º, n.º 1, 2.º parágrafo, que a Comissão deveria submeter ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Social e Económico Europeu um relatório que inclui um estudo sobre os efeitos do referido art. 28.º no que diz respeito à

<sup>4</sup> Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), publicado no JO L199, de 31.7.2007, pp. 40 ss.

<sup>5</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o acórdão do TJCE, de 17 de setembro de 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, Proc. C-334/00, com referências jurisprudenciais, disponível em <http://curia.europa.eu/>. Aí se considerou, ponto 25, a propósito dos conceitos de «responsabilidade extracontratual» e de «responsabilidade contratual», previstos na Convenção de Bruxelas, que estes «(...) devem, em geral, ser interpretados de uma forma autónoma. Essa interpretação, no âmbito da aplicação da Convenção de Bruxelas, deverá atender, principalmente, ao sistema e aos objectivos da Convenção, com vista a assegurar a plena produção dos seus efeitos. Os referidos conceitos não podem, portanto, ser entendidos como remetendo para a qualificação que a lei nacional aplicável efectua da relação jurídica em causa no órgão jurisdicional nacional». Mais recentemente, em sentido semelhante, também com referências jurisprudenciais, vide acórdão do TJUE, de 25 de outubro de 2011, *eDate Advertising GmbH v. X e Olivier Martinez, Robert Martinez v.MGN Limited*, Proc.s C-509/09 e C-161/10 (ponto 38); acórdão do TJUE, de 6 de setembro de 2012, Proc. C-190/11, *Daniela Mühlleitner v.Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, Proc. C-190/11.

<sup>6</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 216 ss., com referências bibliográficas.

Convenção da Haia, de 4 de maio de 1971, sobre a lei aplicável em matéria de acidentes de circulação rodoviária. Ora, da articulação destas duas disposições resulta que o âmbito de aplicação material desta Convenção da Haia de 1971 – que, conforme consta do seu art. 1.º, § 1, regula a lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente de acidente de circulação rodoviária – coincide com o do Regulamento Roma II, na parte respeitante às obrigações extracontratuais decorrentes de acidente de viação. Acresce que tem sido orientação pacífica na doutrina que a Convenção da Haia de 1971 é aplicável quer estejam em causa danos verificados nas pessoas, quer nas coisas. Ou seja, é também aplicável em casos de violação de direitos de personalidade na sequência desses acidentes.

A reforçar a ideia de que o Regulamento Roma II se aplica também nos casos em que estejam em causa acidentes de viação, encontramos, no seu considerando 34, como exemplo de «regras de segurança e de conduta» as relativas à segurança rodoviária em caso de acidente.

Por sua vez, no considerando 33 do Regulamento, a propósito da indemnização às vítimas de acidentes de viação, é feita expressa referência à quantificação da «(...) indemnização por danos não patrimoniais (...)», esclarecendo-se que, caso o acidente ocorra em Estado diferente do da residência habitual do lesado, o tribunal do foro deve atender a todas as circunstâncias relevantes da vítima, incluindo os prejuízos e custos do acompanhamento médico. Daqui resulta claramente que o Regulamento também se aplica se estiverem em causa danos à integridade física e psicológica do lesado. Cimentando ainda esta orientação está a referência feita também no considerando 17, a propósito da determinação do lugar do dano, ao país onde os danos patrimoniais ou não patrimoniais tenham sido infligidos à pessoa<sup>7</sup>; tal como, no considerando 30, com respeito à *culpa in contrahendo*, são referidos os danos não patrimoniais que se podem verificar enquanto o contrato é negociado<sup>8</sup>. Ora, «danos não patrimoniais» e «danos pessoais» são aqueles que, por regra, resultam de atuações que atingiram bens de personalidade, como é o caso da vida, integridade física, integridade psicológica, saúde, etc.

7. São ainda identificáveis outros argumentos, resultantes do próprio texto do Regulamento, que reforçam a ideia de que as obrigações extracontratuais resultantes da violação daqueles que, em alguns ordenamentos jurídicos, são considerados direitos de personalidade não estão afastados do âmbito de aplicação material do Regulamento. Atente-se, *v.g.*, que no art. 5.º se regula a lei aplicável em sede de responsabilidade por produtos defeituosos; é sabido que os danos daqui resultantes tanto podem ser patrimoniais como não patrimoniais, admitindo-se, pois, neste âmbito, que possam ser atingidos bens como a vida ou a integridade física<sup>9</sup>. Esta constatação é ainda sustentada pelo texto do considerando 20 em que se esclarece que um dos objetivos desta regra de conflitos é a saúde do consumidor – a saúde é um bem que, em alguns ordenamentos jurídicos, é objeto de direito de personalidade.

No art. 7.º do Regulamento Roma II está consagrada uma norma de conflitos que regula a «(...) lei aplicável à obrigação extracontratual que decorra de danos ambientais ou de danos não patrimoniais ou patrimoniais decorrentes daqueles (...)». Uma vez mais, resulta claro desta disposição que também as obrigações decorrentes de danos causados por lesões a bens de personalidade poderão caber no âmbito de aplicação material do Regulamento<sup>10</sup>.

8. Atento o enquadramento sistemático exposto, entendemos também dever ficar afastada a hipótese de, perante uma situação em que se verifica a violação de direitos de personalidade e de outros direitos que não de personalidade, aplicar o Regulamento apenas às obrigações resultantes da violação

<sup>7</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 224 ss.

<sup>8</sup> L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 390.

<sup>9</sup> No art. 9.º da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, publicada no JO L 210, de 7.8.1985, alterada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de maio de 1999, publicada no JO L 141, de 4.6.1999, esclarece que, por «dano», se entende não apenas aquele que seja causado «(...) a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso», mas também «o dano causado pela morte ou por lesões corporais».

<sup>10</sup> Sublinhe-se que já na Exposição de motivos apresentada com a Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), COM(2003) 427 final, de 22.7.2003, 2003/0168 (COD), p. 20, expressamente se referia que a norma de conflitos que regulava os danos ambientais abrangia os danos causados a pessoas.

destes direitos. Ou seja, afasta-se a possibilidade de proceder a um *dépeçage* que seria feito em função dos direitos atingidos e que resultaria na aplicação do Regulamento no que respeita às obrigações resultantes de lesões a bens não pessoais, mas na não aplicação do Regulamento caso a lesão atingisse num bem de personalidade<sup>11</sup>. Um tal *dépeçage*, para além de complexificar a determinação da lei aplicável, é contrário ao texto do Regulamento, conforme tivemos oportunidade de verificar.

9. Daqui se conclui que, se a lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da lesão de alguns bens de personalidade estão, afinal, abrangidos pelo âmbito de aplicação material do Regulamento, então, o conceito de «direitos de personalidade» previsto no seu art. 1.º, n.º 2, al. g), não tem o mesmo conteúdo que usualmente lhe é tradicionalmente atribuído em alguns ordenamentos jurídicos europeus continentais – v.g., no Direito português, espanhol, alemão –, em que são objeto de direitos de personalidade bens como a vida, a integridade física, a integridade moral<sup>12</sup>.

10. Na determinação do conteúdo do conceito de «direitos de personalidade» previsto no Regulamento importa ainda ter presente o processo legislativo que levou à sua aprovação.

Desde logo, no Projeto de Proposta para um Regulamento do Conselho sobre a lei aplicável a obrigações não contratuais, elaborado pela Comissão e sujeito à opinião pública<sup>13</sup>, estava consagrada uma norma de conflitos especial, o art. 7.º, que, apesar de ter como epígrafe «difamação» tinha um âmbito de aplicação mais abrangente, incluindo os casos de violação de outros direitos de personalidade para além da honra<sup>14</sup>. Nos termos desta disposição era atribuída competência à lei do país da residência habitual do lesado<sup>15</sup>.

Já posteriormente, na Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)<sup>16</sup>, não eram excluídas do seu âmbito material as obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial resultantes de violação de direitos de personalidade. Também neste instrumento vinha consagrada uma norma de conflitos especial aplicável nos casos em que a responsabilidade civil extracontratual decorresse da violação do «direito à vida privada e dos direitos de personalidade» (art. 6.º). Aí se remetia para a aplicação da regra geral, prevista no art. 3.º, que determinava a aplicação da lei do lugar do dano. Todavia, se a aplicação desta lei fosse contrária aos princípios fundamentais do foro em matéria de liberdade de expressão e de informação, seria aplicável a lei do foro<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Este *dépeçage*, que se afasta, levaria a que, num caso de acidente de viação, coubesse no âmbito de aplicação do Regulamento Roma II a determinação da lei aplicável para regular as obrigações decorrentes da violação do direito de propriedade do carro, mas não as obrigações resultantes da violação de direitos de personalidade.

<sup>12</sup> Vide também, a este propósito, C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities», *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, pp. 251-296, p. 279.

<sup>13</sup> No original, «Preliminary Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations». O projeto de proposta, que foi publicado em maio de 2002, disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_ii/news\\_hearing\\_rome2\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_hearing_rome2_en.htm). O texto pode também ser consultado em HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», *RabelsZ*, 1/2003, pp. 1-56.

<sup>14</sup> HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments...», cit., p. 24.

<sup>15</sup> Esta regra de conflitos apenas se aplicaria se as partes, nos termos do art. 11.º, não escolhessem a lei que regularia a situação.

<sup>16</sup> COM(2003) 427 final, de 22.7.2003, 2003/0168 (COD).

<sup>17</sup> A regra aqui consagrada, na verdade, conduzia a um resultado que era já o decorrente da aplicação das regras gerais então previstas na proposta de Regulamento, atenta a cláusula de reserva de ordem pública. Cf. K. F. KREUZER, «Die vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)», *Europäisches Kollisionsrecht*, Coord. Gerte Reichelt e Walter H. Rechberger, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004, pp. 13-62, p. 38; P. HUBER/I. BACH, «Die Rom II-VO», *IPRax*, 2/2005, pp. 73-84, p. 78; M. SONNENTAG, «Zur Europäisierung des Internationalen außervertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung», *ZVgRWiss*, 105, 2006, pp. 256-312, pp. 289 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 281; D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 154.

Com relevância, esclarecia-se, todavia, no art. 6.º, n.º 2, que a lei do país da residência habitual do órgão de radiodifusão ou do editor de imprensa escrita regularia o direito de resposta ou medidas equivalentes.

Posteriormente, na Primeira Leitura do Parlamento Europeu sobre a Proposta, foram adotadas alterações. Entendeu-se, com relevo no âmbito dos direitos de personalidade, designadamente, que, com respeito à determinação do tipo de indemnização por danos e cálculo do *quantum* indemnizatório quanto aos danos pessoais decorrentes de acidentes de viação, deveria ser, em princípio, aplicada a lei da residência habitual do lesado<sup>18</sup>. O Parlamento sugeriu ainda modificações à norma de conflitos especial que regulava qual a lei aplicável às obrigações resultantes de violação de direitos de personalidade, considerando adequada a «(...) lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano». No caso de violação «(...) causada por uma publicação impressa ou por uma emissão, o país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano será considerado o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada ou, se tal não for evidente, o país no qual é exercido o controlo editorial, sendo aplicável a lei desse país. O país ao qual a publicação ou emissão é destinada é determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pela importância das vendas ou dos índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda por uma combinação desses factores».

Na Proposta Alterada de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho apresentada pela Comissão<sup>19</sup>, onde já se refletem as alterações votadas pelo Parlamento e os trabalhos desenvolvidos pelo Conselho, verifica-se ter sido excluído do âmbito de aplicação material do Regulamento, nos termos do seu art. 1.º, n.º 2, al. h), «[a]s violações da vida privada e dos direitos de personalidade cometidos pelos meios de comunicação social». Esta exclusão, parece ter tido subjacentes preocupações suscitadas pelos meios de comunicação social, pois temeriam que a aplicação da lei do lugar do dano conduzisse a limitações da liberdade de expressão e de imprensa, preferindo a aplicação da lei do lugar onde se localiza a entidade que divulga a informação<sup>20</sup>.

A solução avançada nesta Proposta Alterada apresenta, contudo, fragilidades significativas. Desde logo, não é definido o que se deva entender por «meios de comunicação social», ausência, por si só, geradora de insegurança e imprevisibilidade na aplicação do Regulamento. Para além disso, dificilmente se poderia justificar a adoção de normas de conflitos distintas consoante as características do agente, quando o bem jurídico atingido pode ser o mesmo. Na verdade, bens como a honra, a reserva sobre a intimidade da vida privada, a imagem, tanto podem ser atingidos por agentes que atuam como meios de comunicação social como por outros. Esta exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. h), foi, então, afastada<sup>21</sup>.

Assim, atenta a falta de consenso quanto à determinação do elemento de conexão adequado em sede de responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade, na versão final do Regulamento Roma II, foi adotada a já referida exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g).

<sup>18</sup> Primeiro Relatório sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), de 27 de junho de 2005, Final A6-0211/2005, de 27.6.2005.

<sup>19</sup> COM(2006) 83 final, de 21.2.2006, 2003/0168 (COD).

<sup>20</sup> Acerca desta questão, vide S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»)», *RIW*, 2007, pp. 721-735, p. 723; Y. NISHITANI, «The Rome II Regulation from a Japanese Point of View», *Yearbook of Private International Law*, vol. IX, Sellier, European Law Publishers, Stämpfli, Publishers Ltd., Berne, 2007, pp. 175-192, p. 185; C. J. KUNKE, «Rome II and Defamation: will the Tail wag the Dog», *Emory International Law Review*, 19, 2005, pp. 1733-1772, p. 1734. P. KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *RCADI*, tomo 318, 2005, pp. 9-332, p. 111; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Comares Editorial, Granada, 2008, p. 83; J. VON HEIN, «Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-Of-Law Evolution», *Tulane Law Review*, 5/2008, vol. 82, pp. 1663-1708, p. 1701; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 234; D. WALLIS, «Introduction. Rome II – A Parliamentary Tale», *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, editado por John Ahern e William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 1-7, p. 5; J. MEEUSEN, «Rome II: A True Piece of Community Law», *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, editado por John Ahern e William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 9-24, p. 15; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 1, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, p. 53; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 231 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 282.

<sup>21</sup> Acerca das razões que conduziram a este afastamento, vide T. PETCH, «The Rome II Regulation: An Update», *JIBLR*, 2006, pp. 449-455, p. 451; G. LÉGIER, «Le règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», *La Semaine Juridique, Édition générale*, n.º 47, 21 de novembro de 2007, pp. 13-32, p. 16.



Contemporânea com esta discussão, sublinhe-se, é, contudo, a que se prende com preocupações relativas à fixação do *quantum* indemnizatório por danos pessoais resultantes de acidentes de viação, em que bens de personalidade estarão em causa.

11. A jurisprudência do TJUE contribui também, como acima se referiu, no âmbito da interpretação autónoma, para a determinação do conteúdo do conceito de «direitos de personalidade» previsto no Regulamento. Ora, a jurisprudência deste tribunal, nesta matéria, apresenta-se ainda relativamente insípida. Ainda assim, se tivermos presente, *v.g.*, o *supra* citado acórdão *eDate*, em que foram discutidas questões que se prendiam com a violação do direito à imagem, à vida privada, bem como o acórdão *Fiona Shevill*<sup>22</sup> – amiúde citado no acórdão *eDate* –, em que era discutida uma questão de difamação, somos levados a concluir que os direitos à imagem, à reserva sobre a intimidade da vida privada, à honra, são qualificados como direitos de personalidade.

12. Relevantes são ainda, conforme acima sublinhámos, os princípios gerais que estão subjacentes aos sistemas legais dos Estados-Membros da UE, o que exige um esforço de comparação das suas regulamentações materiais<sup>23</sup>. Um breve estudo de Direito Comparado permite identificar divergências muito significativas no que respeita à construção jurídico-dogmática dos direitos de personalidade nos vários ordenamentos<sup>24</sup>. Assim, verifica-se que, *v.g.*, nos sistemas jurídicos europeus continentais os bens de personalidade tendem a ser objeto, no plano do Direito Civil, de direitos subjetivos – os direitos de personalidade – cuja violação pode gerar responsabilidade aquiliana. Os direitos à vida, à integridade física e psicológica, à honra, à reserva sobre a intimidade da vida privada, à voz, ao nome, são, pois, usualmente qualificados como direitos de personalidade. Já no Direito inglês, os bens de personalidade que merecem proteção são, por regra, tutelados através do *tort law*<sup>25</sup>, não sendo reconhecido o conceito de direitos de personalidade; acresce que os bens aí tutelados não são sempre coincidentes com os dos ordenamentos jurídicos continentais<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Acórdão do TJCE de 7 de março de 1995, Proc. C-68/93, em que eram partes *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd v. Press Alliance SA*.

<sup>23</sup> *Vide*, a este propósito, D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 416 ss., que considera que «[t]ratando-se de regras de conflitos de fonte convencional o âmbito dos *comparanda* terá de alargar-se às regulamentações materiais de todos os Estados vinculados por tais regras ou, pelo menos, daqueles cujos ordenamentos jurídicos sejam mais representativos».

<sup>24</sup> Para uma apreciação comparativa relativa aos direitos de personalidade, *vide* K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> edição, traduzida por Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 685 ss.; J. NEETHLING, «Personality rights», *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, editado por Jan M. Smits, Edward Elgar, Cheltenham, UK· Northampton, MA, USA, 2006, pp. 530-547; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 38 ss., com referências bibliográficas.

<sup>25</sup> Significa isto que se a lesão de um determinado bem preencher os pressupostos de um dos *torts* existentes, o agente pode ser condenado, *v.g.*, no pagamento de uma indemnização.

<sup>26</sup> Enquanto, por exemplo, no Direito material português, tal como no espanhol, o direito à imagem e o direito ao nome são, *per se*, juridicamente tutelados, no Direito inglês, a situação é distinta. Não existe, nesse ordenamento, um direito à imagem *per se*, nem um *tort* que a tutele. No caso *Campbell v. MGN*, (*Campbell v. MNG*, House of Lords, *All E.R.*, 2004, vol. 2, pp. 995-1041, também disponível em <http://www.publications.parliament.uk/>) parág. [154], a BARONESS HALE OF RICHMOND entendeu que «(...) in this country we do not recognise a right to one's own image (...)»; no mesmo caso, LORD HOFFMANN, parág. [73], «[t]he famous and even the not so famous who go out in public must accept that they may be photographed without their consent, just as they may be observed by others without their consent». *Vide*, ainda a este propósito, C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 107; M. TUGENDHAT/I. CHRISTIE, *The law of privacy and the media*, University Press, Oxford, 2002, pp. 53 ss.; W.V.H. ROGERS, «The protection of personality...», cit., pp. 96 ss. Por isso, este ordenamento jurídico apenas tutela situações em que a imagem possa ser indirectamente afectada: *v.g.*, nos casos em que a atividade fotografada for privada, poderá haver uma eventual violação do *right of privacy*. Também o bem «nome» não é tutelado *per se* nem existe um direito ao nome: J. MESTRE, «Les conflits de lois relatifs a la protection de la vie privée», *Etudes offertes à Pierre Kayser*, tomo II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, pp. 239-256, p. 243; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, 7.<sup>a</sup> edição, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 30, nota 7; C. VON BAR, «Persönlichkeitsrechtsschutz im gegenwärtigen und zukünftigen deutschen internationalen Privatrecht», *Law in East and West*, ed. Institut of Comparative Law, Waseda University, Waseda University Press, Toquio, 1988, pp. 575-595, p. 575; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, cit., p. 96; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pp. 73 ss.

13. Assim, atendendo a que «direitos de personalidade» é um conceito normativo, que não se encontra concretizado no Regulamento Roma II nem em outro diploma de fonte europeia, haverá que atender à jurisprudência, aos princípios gerais e à interpretação que resulta do próprio instrumento europeu para determinar o âmbito desta exclusão.

Ora, partindo da letra do art. 1.º, n.º 2, al. g), resulta que são expressamente afastadas do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, as obrigações extracontratuais que decorram da lesão do bem de personalidade «reserva da vida privada». Este bem jurídico encontra na *privacy* no Direito inglês o conceito congénere, embora, por regra, substancialmente mais amplo e mais vago do que o previsto nos sistemas continentais<sup>27</sup>.

De modo semelhante, estando a difamação expressamente prevista nessa disposição, também as obrigações extracontratuais que se prendam com a violação do direito à honra estarão afastadas do âmbito de aplicação do Regulamento. Feita esta delimitação, pela negativa, que resulta, sem grandes dificuldades, da interpretação literal dessa alínea, importa concretizar o que se entenda por «direitos de personalidade» (na versão portuguesa), ou «derechos relacionados com la personalidad» (na versão espanhola), ou «rights relating to personality» (na versão inglesa), ou «Persönlichkeitsrechte» (na versão alemã), ou «droits de la personnalité» (na versão francesa), ou diritti della personalità (na versão italiana).

Atentas as normas e os considerados do Regulamento Roma II acima referidos<sup>28</sup>, somos levados a concluir, por delimitação positiva, que este instrumento é aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da violação dos direitos à vida, à integridade física e moral e à saúde<sup>29</sup>.

Já os direitos à imagem, à voz, à palavra, ao nome, à confidencialidade das cartas missivas, devem ser considerados incluídos no conceito de «direitos de personalidade» ou de «derechos relacionados com la personalidad», previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g). Com efeito, tendo sido feita uma referência expressa a «direitos de personalidade», visando delimitar pela negativa o âmbito de aplicação do Regulamento, e sendo aqueles direitos qualificados como tal em alguns ordenamentos jurídicos, haverá que respeitar o sentido de exclusão. Acresce ainda que não resulta dos elementos literal, sistemático ou histórico da interpretação que as obrigações extracontratuais resultantes da violação destes direitos devam ser incluídas no âmbito de aplicação material do Regulamento.

Ainda neste sentido, importa ter presente que a razão que levou à adoção desta exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), se prende com o afastamento da regulação pelo Regulamento de obrigações extracontratuais que pudessem resultar da violação de direitos de personalidade especialmente passíveis de ser lesados pelos meios de comunicação social, *maxime*, aqueles que pudessem colidir com o exercício da liberdade de imprensa. Assim se entende facilmente a exclusão expressa que é feita à violação da vida privada e à difamação. Também os citados direitos à imagem, ao nome, à voz, etc., integram a lista dos que frequentemente podem colidir com a atividade desenvolvida pelos meios de comunicação social<sup>30</sup>.

A interpretação do art. 1.º, n.º 2, al. g), que aqui é sugerida deixa, admitimos, margens nebulosas e não evita dúvidas quanto à amplitude do âmbito da exclusão quando estejam em causa outros bens de personalidade. A ainda juventude do diploma e a amplitude dos conceitos aí vertidos dificilmente se coadunaria com tal tarefa. Caberá aqui à jurisprudência dos tribunais dos Estado-Membro e do TJUE, bem como à doutrina, a densificação destes conceitos, a sua delimitação e harmonização<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> S. DEAKIN/A. JOHNSTON/B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6.ª edição, Clarendon Press, Oxford, 2008, pp. 820 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 69 ss.

<sup>28</sup> Arts. 28.º, n.º 1, art. 30.º, n.º 1, 2.º parágrafo, considerando 34, considerando 33, considerando 17, considerando 30, art. 15.º, al. f), art. 5.º, considerando 20, art. 7.º.

<sup>29</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 239 ss.

<sup>30</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., p. 188, referem-se expressamente aos direitos à honra, à intimidade da vida privada, à imagem e ao nome.

<sup>31</sup> Também referindo as dificuldades subjacentes à interpretação da exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), vide A. DICKINSON, «By Royal Appointment: No Closer to an EU Private International Law Settlement», 24 de outubro de 2012, disponível em <http://conflictflaws.net/2012/by-royal-appointment-no-closer-to-an-eu-private-international-law-settlement/>.

### III. Apreciação crítica acerca da adequação das regras do Regulamento Roma II à determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da violação de direitos de personalidade

14. A exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), do Regulamento Roma II, complexifica a determinação da lei aplicável e constitui um obstáculo à harmonia internacional de julgados, que é um dos princípios que está subjacente à adoção desse diploma.

Desde logo, já se verificou que a própria interpretação do conceito de «direitos de personalidade» não é clara, pelo que a determinação do âmbito de aplicação material do Regulamento pode suscitar dificuldades.

Caso se conclua que a situação em apreço não cabe no âmbito de aplicação do Regulamento, serão aplicadas as normas de conflitos em vigor no Estado do foro. Ora, não havendo harmonização sobre esta matéria, a lei designada poderá variar consoante o tribunal onde a ação seja intentada. Desta forma, pode verificar-se um fenómeno de *forum shopping*, atendendo ainda a que, dentro do âmbito de aplicação do Regulamento 44/2001<sup>32</sup>, a competência dos tribunais dos Estados-Membros da UE para apreciarem litígios relativos a responsabilidade extracontratual decorrente da violação de direitos de personalidade, pode, *in abstracto*, ser atribuída, em alternativa, a mais do que um tribunal<sup>33</sup>.

Face ao exposto, melhor solução consistiria em revogar a exclusão prevista no art. 1.º, n.º 2, al. g), e, conseqüentemente, incluir as situações que se prendem com as obrigações extracontratuais decorrentes da violação de direitos de personalidade no âmbito de aplicação do Regulamento. A questão que, nessa hipótese, se colocaria seria a de saber se as soluções conflituais gerais consagradas no Regulamento Roma II são adequadas para regular estas situações ou se deveria ser adotada uma regra de conflitos especial, conforme tem vindo a ser sugerido pela doutrina<sup>34</sup> e mesmo pelo Parlamento Europeu<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado no JO L 12, de 16.1.2001. Foi, entretanto, publicado o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351, de 20.12.2012), que, nos termos do seu art. 80.º, revoga o Regulamento (CE) n.º 44/2001. Todavia, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, conforme previsto no seu art. 81.º, só se aplica a partir de 10 de janeiro de 2015, com exceção dos artigos 75.º e 76.º, que se aplicam a partir de 10 de janeiro de 2014.

<sup>33</sup> Atente-se, v.g., ao disposto no art. 2.º e no art. 5.º, n.º 3, do Regulamento 44/2001 e jurisprudência relevante: tenha-se presente, designadamente, o acórdão *Shevill* e o acórdão *eDate*.

<sup>34</sup> V.g., *Von Hein on Kate Provence Pictures*, de 27 de setembro de 2012, disponível em <http://conflictoflaws.net/2012/von-hein-on-kate-provence-pictures/>. O autor, tomando como base um proposta de adoção de uma regra de conflitos a incluir no Regulamento Roma II, já anteriormente avançada em documento de trabalho, de 23 de maio de 2011, apresentado pelo Parlamento Europeu, tendo como relatora Diana Wallis, e tendo também presente o acórdão *eDate*, veio apresentar a seguinte proposta:

«Article 5a – Privacy and rights relating to personality

(1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected. However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably have foreseen substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence.

(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues either in the court of the domicile of the defendant or in the court of the plaintiff's habitual residence, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.

(3) The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence.

(4) The law applicable under this Article may be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.

<sup>35</sup> No relatório, de 2 de maio de 2012, do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre a alteração do Regulamento (CE) n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), relatora Cecilia Wikstrom, A7-0152/2012, defendeu-se a adoção de uma disposição, a ser incluída no Regulamento Roma II, o art. 5.º-A, que, sob a epígrafe de «vida privada e direitos de personalidade» apresenta a seguinte redação:

«1. A lei aplicável à obrigação extra-contratual que decorra de uma violação do direito à reserva da vida privada ou dos direitos de personalidade, incluindo a difamação, é a lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de se verificar o elemento ou elementos mais significativos do dano.

2. Contudo, a lei aplicável será a lei do país em que o réu for habitualmente residente se não puder razoavelmente ter previsto a ocorrência de consequências substanciais das suas ações no país designado no n.º 1.

3. Quando a violação for causada pela publicação de material impresso ou por uma emissão, o país em que o elemento ou elementos mais significativos do dano ocorram, ou sejam passíveis de ocorrer, será considerado o país a que a publicação ou o serviço de emissão se dirige principalmente ou, se isso não for evidente, o país em que o controlo editorial é exercido, e

15. Em sede de responsabilidade civil extracontratual verifica-se, no plano do Direito material, uma tendência para a fragmentação dos regimes aplicáveis às diferentes atividades danosas (v.g., no que respeita a acidentes de viação, a acidentes de trabalho, a lesões aos bens de personalidade, etc.).

Ora, esta fragmentação não se manifesta apenas no âmbito do Direito material, mas também do Direito Internacional Privado. Aliás, as especificidades dos *torts*, em especial a sua variedade, bem como as diferentes questões que se podem suscitar, foram algumas das razões que levaram J. H. C. MORRIS a considerar que seria improvável que uma única norma de conflitos rígida – *law of the place of wrong* – pudesse ser adequada para regular todos os tipos de *torts* e todos os aspetos que a este respeitavam. Foi neste contexto que o autor veio propor, como solução alternativa, a aplicação da *proper law*, que conduzia a resultados mais casuístas<sup>36</sup>.

Não se estranha, pois, que em diversos ordenamentos jurídicos tenham sido adotadas regras de conflitos especiais que regulam especificamente as situações que se prendem com a lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade ou de específicos direitos de personalidade.

Como exemplos destas disposições especiais podemos indicar o art. 139 da Lei de Direito Internacional Privado suíça<sup>37</sup>, o art. 99, § 2.º, 1.º, do Código de Direito Internacional Privado belga<sup>38</sup>, o art. 19 da Lei de Direito Internacional Privado japonesa<sup>39</sup>.

A adoção de normas de conflitos especiais, dependendo do seu teor, pode ter subjacentes princípios e finalidades diversas, consoante as razões de política legislativa que lhe estejam subjacentes. No caso da responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade, pode, em abstrato, visar-se a aplicação da lei que apresenta a conexão mais estreita com a situação, como concretização do princípio da proximidade; noutros casos, a norma de conflitos especial pode, exclusiva ou concorrentemente com outras finalidades, ter subjacentes razões de justiça material, como é o caso, v.g., do *favor laesi* ou do favorecimento da atividade desenvolvida pela comunicação social. A previsibilidade da lei aplicável pode também determinar a seleção do elemento de conexão, em especial nos casos em que a localização geográfica dos factos em contacto com a situação não seja óbvia, designadamente pela natureza dos bens em causa (pense-se, v.g., nas dificuldades suscitadas pela determinação do lugar do dano no caso de violação do direito à honra). Assim, importa, quando da adoção de normas de conflitos especiais, ter presente quais as finalidades visadas.

16. Apesar de a consagração de normas de conflitos especializadas apresentar vantagens – v.g., a de garantir uma melhor adequação da solução legislativa ao caso concreto e, conseqüentemente, conduzir a resultados mais previsível –, não deixa de revelar também inconvenientes significativos.

---

será aplicável a lei desse país. O país a que se dirige a publicação ou a emissão será determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pelo volume de vendas ou de audiências num determinado país como proporção do total de vendas ou de audiências, ou por uma combinação destes fatores.

4. A lei aplicável ao direito de resposta ou medidas equivalentes e a quaisquer medidas cautelares ou injunções de proibição contra um editor ou emissora relativamente ao conteúdo de uma publicação ou emissão e respeitantes à violação da vida privada ou de direitos de personalidade resultante do tratamento de dados pessoais será a lei do país em que o editor, emissora ou tratador tiver a sua residência habitual».

<sup>36</sup> J.H.C. MORRIS, «The Proper Law of a Tort», *Harvard Law Review*, 64/1951, pp. 881-895, p. 892; *The Conflict of Laws*, Stevens and Sons Limited, London, 1971, p. 260. Vide também, a este propósito, J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.ª edição, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 111; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 645 ss.

<sup>37</sup> Esta disposição rege a determinação da lei aplicável às pretensões fundadas na violação de direitos de personalidade que tenha sido perpetrada por meios de comunicação social ou outros meios de informação públicos. Permite-se que o lesado escolha entre a aplicação do Direito do Estado onde reside habitualmente e do Estado onde o lesante reside habitualmente ou tem o seu estabelecimento, ou ainda, como última alternativa, do Direito do Estado onde o ato lesivo produziu efeitos, desde que o lesante devesse prever que o resultado se produziria nesse Estado.

<sup>38</sup> Aí se determina que, em caso de difamação ou de lesão à vida privada ou a direitos de personalidade, a obrigação decorrente de responsabilidade extracontratual é regida, à escolha do lesado, pelo Direito do Estado em cujo território o facto gerador ou o dano ocorreu ou pode ocorrer, exceto no caso de o responsável não poder prever que o dano ocorreria nesse Estado.

<sup>39</sup> Esta norma regula especificamente a lei aplicável às ofensas à honra ou reputação. Prevê-se que os efeitos decorrentes desta lesão serão regulados pela lei da residência habitual do lesado, especificando-se que, no caso de se tratar de uma pessoa coletiva, a lei aplicável será a do lugar da sua principal atividade. Note-se, todavia, que a aplicação desta regra de conflitos não prejudica a atuação do art. 22 da mesma lei, que estabelece a *Double Actionability Rule*, daqui decorrendo que não há razões para preocupações com possíveis limitações à liberdade de imprensa, prevista, aliás, na Constituição.

A adoção de normas de conflitos com previsões especializadas conduz à potencial aplicação, a questões parciais, de um Direito distinto daquele que rege a questão principal. Assim, esta opção legislativa pode revelar-se contrária ao princípio da harmonia internacional de julgados, na medida em que, havendo especialização, é mais improvável que todas as ordens jurídicas adotem as mesmas soluções conflituais. Também o princípio da harmonia interna pode sair prejudicado, pois a questões parciais de uma mesma situação da vida podem ser aplicadas leis materiais diferentes, cujos regimes nem sempre são facilmente conciliáveis.

São ainda exigidas cautelas acrescidas na delimitação da previsão da norma de conflitos, sob pena de se gerarem conflitos positivos ou negativos de leis aplicáveis. A título ilustrativo, considere-se a seguinte hipótese: caso seja adotada uma norma de conflitos que regule a responsabilidade extracontratual resultante de violação de direitos de personalidade, esta norma coexistirá com a regra de conflitos geral. Havendo que determinar a lei aplicável para regular a responsabilidade aquiliana resultante, v.g., de um acidente de viação, resultaria que a uma mesma situação da vida – o acidente de viação e a responsabilidade aquiliana daí resultante – seriam aplicadas duas normas de conflitos diferentes (e potencialmente duas leis materiais diferentes), consoante estivessem em causa danos decorrentes da violação do direito de propriedade do carro ou a integridade física do lesado (neste último caso já está em causa um direito de personalidade)<sup>40</sup>.

Daqui concluímos que a adoção de normas de conflitos especializadas, tendo embora claras vantagens quanto à adequação da solução legislativa face ao caso concreto, pode ter também um efeito perverso: o de tornar ainda mais complexo o processo de determinação da lei aplicável.

Contudo, cabe também a este propósito recordar as considerações há muito tecidas por Isabel de Magalhães Collaço<sup>41</sup>. A autora sublinhava que a adoção de regras de conflitos especiais revelava as orientações seguidas pelo legislador, que poderia entender existirem outros valores que se sobreporiam aos da harmonia internacional e da harmonia interna.

**17.** Importa, pois, apreciar da necessidade de adoção de uma norma especial que regule a determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da violação de direitos de personalidade, atentos os valores e os princípios que estão, ou devem estar, subjacentes às soluções conflituais nesta matéria. Ou se, por outro lado, as regras gerais já previstas no Regulamento Roma II são adequadas para regular esta questão.

**18.** No Regulamento Roma II, estabelece-se, como regra geral, nos termos do art. 14.º, a aplicação da lei escolhida pelas partes mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano.

A aplicação da lei escolhida pelas partes em momento posterior ao facto que dá origem ao dano parece-nos adequada para, em termos gerais, regular as questões que se prendem com a responsabilidade extracontratual resultante da violação de direitos de personalidade. É uma solução que garante a previsibilidade da lei aplicável; permite a aplicação da lei que as partes consideram mais adequada para resolver o litígio (que se encontra dentro do campo da disponibilidade das partes<sup>42</sup>) e, por isso, presume-se também que esta lei reflete o equilíbrio dos interesses das partes e das suas finalidades<sup>43</sup>.

A circunstância de, nos termos do art. 14.º, a escolha apenas ser admitida *ex post* o facto danoso – exceto nos casos em que todas as partes desenvolvam atividades económicas (art. 14.º, n.º 1, al. b)) – permite melhor salvaguardar a igualdade entre as partes. Com efeito, será mais difícil, perante a situação já verificada, e tendo presentes todas as consequências daí resultantes, uma das partes influenciar a outra de forma tão forte que o exercício da autonomia da vontade seja meramente formal<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 652 ss.

<sup>41</sup> I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, p. 73.

<sup>42</sup> Atendendo a que, no regime material, em geral, o lesado pode decidir se pretende ou não obter o ressarcimento pelos danos sofridos por lesão dos seus bens de personalidade – ou chegar a acordo com o lesante quanto à forma de ressarcimento –, conclui-se que esta matéria fica na disponibilidade das partes. Ora, se, em sede de Direito material, a autonomia da vontade é admitida, também o há de ser no plano conflitual, aceitando-se que as partes escolham a lei aplicável.

<sup>43</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 475 ss.

<sup>44</sup> O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 222; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 488 ss.

**19.** Caso não seja escolhida a lei aplicável, a situação será regulada pela lei da residência habitual comum – no momento do dano – da pessoa cuja responsabilidade é invocada e do lesado (art. 4.º, n.º 2). Esta solução conduzirá à aplicação de uma lei que, por regra, apresenta uma conexão muito estreita com as partes e, conseqüentemente, com a situação, assim se refletindo o princípio da proximidade. É também uma lei cujo teor é conhecido por ambas as partes e sob a sua égide, usualmente, desenvolvem o seu comportamento, correspondendo, por isso, a aplicação desta lei às suas expectativas.

Em concreto, no que concerne à tutela de bens de personalidade, a aplicação da lei da residência habitual comum será especialmente pertinente, pois reflete de forma expressiva as conceções éticas que devem prevalecer nas relações entre pessoas de uma mesma comunidade, independentemente do local onde se encontram. Acresce ainda que esta solução tem a vantagem muito significativa da comodidade: mesmo que a atuação, a lesão ou os danos ocorram num outro país, as partes seguem a sua vida no país da sua residência habitual, e, por esta razão, a regulação da situação por esta lei permite que a pretensão relativa ao pedido indemnizatório decorra mais facilmente<sup>45</sup>. Acresce que, nos termos do art. 2.º do Regulamento 44/2001<sup>46</sup>, o tribunal do domicílio do demandado é competente para conhecer o litígio, daqui resultando ainda a vantagem de este tribunal aplicar a lei do próprio Estado, que, por regra, é aquela que melhor conhece, assim se manifestando também o princípio da boa administração da justiça.

**20.** Na hipótese de a pessoa cuja responsabilidade é invocada e o lesado não terem residência habitual comum à data do dano, é aplicável, nos termos do art. 4.º, n.º 1, a lei do lugar onde este ocorre, «(...) independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as conseqüências indirectas desse facto». Ou seja, aplica-se a lei do lugar onde ocorre o dano direto<sup>47</sup>. Na concretização do conceito de dano direto, podemos beneficiar da jurisprudência do TJUE, que, v.g., no acórdão *António Marinari*<sup>48</sup>, embora a propósito da interpretação do conceito de «lugar onde ocorreu o facto danoso», previsto no art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, se considerou que não se pode entender por lugar da produção do dano ou do evento causal «(...) todo e qualquer lugar onde se podem fazer sentir as conseqüências danosas de um facto que causou já um dano efectivamente ocorrido noutra lugar». Esclareceu-se ainda que «(...) este conceito não pode ser interpretado como abrangendo o lugar onde a vítima, como é aqui o caso, pretende ter sofrido um dano patrimonial consecutivo a um dano inicial ocorrido e sofrido por ela noutra Estado contratante»<sup>49</sup>.

Sublinhe-se que o local onde se verifica o «dano direto» não deve confundir-se com o local da lesão<sup>50</sup>, embora, frequentemente, coincidam. O legislador foi claro e a letra da lei não deixa dúvidas. Em todo o caso, e a favor da orientação que seguimos, invocamos a jurisprudência do TJUE na interpretação do conceito de dano – porque é este o que está previsto no Regulamento, embora se concretize que não releva o «(...) país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano (...) nem os países «(...) onde ocorram as conseqüências indirectas desse facto». Assim, note-se que, v.g., no acórdão *Shevill*<sup>51</sup>, a propósito da interpretação do art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, entendeu-se que o lugar do dano é aquele onde «o prejuízo foi materializado». Esclarecendo que «[o] lugar de materialização do prejuízo é o local em que o facto gerador, implicando a responsabilidade extracontratual do seu autor, produziu efeitos danosos em relação à vítima». À luz desta orientação jurisprudencial, reforçamos a interpretação que seguimos: o lugar do dano direto não coincide, necessariamente, com o lugar da lesão, aliás, a lesão pode nem sequer produzir danos.

A questão que então se coloca é a de saber se este elemento de conexão «lugar do dano» é adequado quando está em causa responsabilidade aquiliana decorrente da lesão a bens de personalidade.

<sup>45</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 465 ss. Também considerando que a lei da residência habitual comum é adequada para regular delitos de imprensa, cf. C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 294.

<sup>46</sup> Esta disposição corresponde, no Regulamento 1215/2012, *grosso modo*, ao art. 4.º.

<sup>47</sup> G. WAGNER, «Die neue Rom II-Verordnung», *IPRax*, 1/2008, pp. 1-17 cit., p. 4; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 117 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 424. Atente-se, na concretização do conceito de dano ao considerando (17) do regulamento Roma II.

<sup>48</sup> Acórdão de 19 de setembro de 1995, Proc. C-364/93, em que foram partes *António Marinari c. Lloyds Bank PLC e Zubaidi Trading Company*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0364:PT:HTML>.

<sup>49</sup> Vide, em especial, pontos 14, 15 e 19 do citado acórdão.

<sup>50</sup> Entendendo ser relevante o lugar da lesão do bem jurídico, cf., v.g., L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, cit., p. 398.

<sup>51</sup> Ponto 28 do acórdão.

Ora, uma das críticas que tem sido feita a esta solução conflitual, prende-se com o facto de alguns bens de personalidade – v.g., a honra, a reserva sobre a intimidade da vida privada, a voz – por terem uma natureza incorpórea, dificultarem o processo de localização do lugar do dano<sup>52</sup>. Ou ainda, atenta justamente esta natureza, os danos poderem ocorrer, simultaneamente, em locais diferentes.

No que respeita à localização do lugar do dano – que muito frequentemente coincide com o lugar da lesão, no sentido de lugar onde ocorre um prejuízo resultante dessa lesão – importa, desde logo, identificar os bens de personalidade que estão em causa. Podemos, no esteio da doutrina de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>53</sup>, distinguir os bens de personalidade dividindo-os em três círculos principais: 1) o círculo biológico, em que se insere a vida, a integridade física, a saúde; 2) o círculo moral, em que se insere o direito à integridade moral, a honra pessoal (a consideração que o sujeito tem por si); 3) o círculo social, aqui se incluindo os bens que podem estar em causa na relação com os outros, v.g., a honra social, a reserva sobre a intimidade da vida privada, o nome. Quer os bens que se incluem no círculo biológico, quer os que se incluem no círculo moral, são indissociáveis do sujeito, logo, são lesados no local onde este se encontrar. Já os bens que se incluem no círculo social, uma vez que respeitam à relação com os outros, são lesados no local onde esta a relação com os outros é atingida. Pode dar-se o caso de uma mesma atuação causar lesões distintas, v.g., um comportamento difamatório pode lesar a honra pessoal no local onde a pessoa se encontrar – consequentemente, onde a sua autoestima é atingida –, e a honra social – no local onde é colocada em causa a estima que os outros têm pelo lesado, *i.e.*, o local onde a reputação é atingida.

Conforme já sublinhámos, o lugar da lesão tende a coincidir com o lugar do dano direto, *i.e.*, o lugar onde o lesado sofreu prejuízos resultantes dessa lesão. Todavia, admitimos que esta coincidência nem sempre se verifica: pense-se, v.g., nos casos em que a lesão não gera qualquer prejuízo, ou simplesmente o dano verifica-se noutro local, caso em que será de aplicar a lei vigente neste país.

Nas situações de aproveitamento económico indevido dos bens de personalidade, v.g., o caso de alguém aproveitar a imagem de uma celebridade, sem o seu consentimento, para desenvolver uma campanha publicitária, o bem atingido é ainda a imagem, no que respeita à faculdade de obter vantagens patrimoniais. Nesta hipótese, o bem é lesado no país onde é aproveitado sem consentimento – v.g., o país onde a imagem foi utilizada – e o dano ocorre no local onde o titular do direito respetivo sofre um prejuízo – v.g., no país onde o valor patrimonial do aproveitamento do bem imagem sofreu uma desvalorização. Também neste caso, o lugar da lesão pode ou não coincidir com o lugar do dano<sup>54</sup>.

Resulta do exposto que, estando em causa a violação de direitos de personalidade, a determinação do «lugar do dano direto», embora possa suscitar dificuldades, não apresenta uma complexidade tal que coloque em causa a previsibilidade da lei aplicável<sup>55</sup>. Aliás, é inegável a existência de uma conexão significativa da situação com a lei do lugar do dano.

<sup>52</sup> Sobre as várias orientações doutrinárias e jurisprudenciais no que respeita à identificação deste local, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 400 ss.

<sup>53</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo III, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 110. *Vide* também por N. M. ANDRADE PAULA PISSARRA, *Do dano transnacional em direito internacional privado, Alguns problemas*, Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, policopiado, Lisboa, 2004, p. 208.

<sup>54</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 407 ss.

<sup>55</sup> Pode, todavia, suscitar-se dificuldades nos casos em que seja aplicável um Direito material em que o dano não é um dos pressupostos da responsabilidade extracontratual; é o caso, v.g., do *tort of libel*, um *torts actionable per se*, em que não se exige a prova de que o queixoso tenha sofrido um prejuízo. Cf. *International Encyclopaedia of Laws, Tort Law*, editor S. Stijns, editor Geral R. Blanpain, «United Kingdom» por Tony Dugdale, vol. 2, Kluwer Law, International, 2007, vol. 2, p. 158, § 289; R. MORSE, «Rights Relating to Personality, Freedom of the Press and Private International Law: Some Common Law Comments», *Current Legal Problems*, vol. 58, 2005, pp. 133-181, p. 157, esclarece que, neste caso, o dano se presume; SIR B. NEILL, «Privacy: A Challenge for the Next Century», *Protecting Privacy*, ed. Basil S. Markesinis, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 1-28, p. 11. Nesta hipótese, ainda assim, pode ser identificado o lugar do dano e será a lei desse lugar a aplicável. Caso este lugar não seja identificável, se a questão se colocasse no âmbito do Regulamento Roma II, nos termos da legislação atualmente em vigor, a solução mais consoante com os princípios que se refletem nas disposições aí previstas passaria pela aplicação da lei que apresentasse com a situação a conexão mais estreita, atento o princípio subjacente ao disposto no art. 4.º, n.º 3. Cf. E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 427 ss. *Vide* também, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 128 ss.; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 4, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, p. 91: o autor sustenta que, nos casos em que, v.g., o dano ocorra em águas internacionais ou no espaço aéreo, há que aplicar os n.ºs 2 e 3 do art. 4.º do Regulamento. Considera que, apesar de o n.º 3 pressupor a prévia aplicação dos n.ºs 1 e 2, é admissível a sua aplicação analógica nos casos em que estes não estejam preenchidos.

Acresce ainda que, se tivermos presente que as soluções consagradas no Direito de Conflitos não são alheias aos valores e princípios que subjazem também ao Direito material, ainda menos se estranhará esta solução adotada no Regulamento Roma II. Com efeito, enquanto a adoção de um elemento de conexão que conduza à aplicação da lei do lugar da atuação terá subjacente uma atribuição de maior relevância ao comportamento do agente, refletindo uma perspectiva mais punitiva da responsabilidade civil; já a aplicação da lei do lugar do dano faz incidir o enfoque no resultado da atuação, nos prejuízos daí decorrentes. Ora, a direção seguida pela moderna responsabilidade civil vai no sentido de considerar determinante a lesão e o conseqüente dano, assumindo a reprovabilidade do comportamento cada vez menor protagonismo<sup>56</sup>. Ou seja, a função principal da responsabilidade civil é a ressarcitória.

Refletindo-se esta orientação do Direito material no plano conflitual, então, na redação da norma de conflitos, o ponto de partida incidirá no bem jurídico violado e nos danos daí decorrentes e menos no comportamento do agente. Não se estranha, por isso, que o legislador europeu, no Regulamento Roma II, tenha selecionado como elemento de conexão subsidiário o lugar do dano<sup>57</sup>.

Sublinhe-se, contudo, que a aplicação da lei do lugar do dano não prejudica a relevância das funções punitiva nem preventiva da responsabilidade civil, pois a lei material designada pode ainda conferir relevância, de forma mais ou menos significativa, a estas funções. Na verdade, tem sido desenvolvido um esforço, pela doutrina e pela jurisprudência de diferentes Estados-Membros da UE, no sentido de encontrar critérios de fixação do *quantum* indemnizatório em sede de responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade. Com efeito, a quantificação destes danos – atento o seu caráter não patrimonial ou a dificuldade em fazer o seu cálculo – nem sempre é tarefa fácil. Todavia, é insustentável a inexistência de conseqüências para o lesante, em especial em situações que contrariam tão frontalmente valores e os princípios jurídicos muito significativos na ordem jurídico-social<sup>58</sup>.

A aplicação da lei do lugar do dano previne ainda que o agente atue a partir de um país que tem uma legislação material que lhe é mais favorável, embora dirija os efeitos desta atuação para um outro Estado onde essa atividade é ilícita<sup>59</sup>. Com efeito, a aplicação da lei do lugar da atuação vem potenciar as situações de fraude à lei, pois os agentes que pretendam agir de forma ilícita à luz da lei do lugar do dano podem decidir desenvolver a sua atuação a partir do território de países cujas legislações se revelam mais favoráveis aos seus intentos. É certo que pode ser sempre invocada, nos países que a admitam, a fraude à lei, todavia, nem sempre é líquida a prova dos seus pressupostos.

Sublinhe-se ainda que a aplicação da lei do lugar do dano não isenta o agente da observância das regras vigentes no lugar onde atua. Note-se que, v.g., no âmbito do Regulamento Roma II, no art. 17.º, determina-se que, na avaliação do comportamento do agente se pode atender às regras de segurança e de conduta em vigor no lugar da atuação<sup>60</sup>.

A aplicação da lei do lugar do dano é, também, uma solução que assegura um equilíbrio entre os interesses dos intervenientes e a previsibilidade da lei aplicável. Com efeito, o lesado tem a expectativa de que seja aplicada a lei do lugar onde sofre o prejuízo, uma vez que é aí que «(...) intervém no tráfi-

<sup>56</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., p. 113.

<sup>57</sup> Cf. considerando (16), segundo período, do Regulamento Roma II.

<sup>58</sup> Atente-se, v.g., nos denominados *Caroline Fällén*, apreciados pela jurisprudência alemã, em que se apreciou a violação de direitos de personalidade da princesa por meios de comunicação social e foram reveladas as dificuldades subjacentes à quantificação dos danos. *Vide*, com referências bibliográficas, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 411, 179 ss.

<sup>59</sup> Atente-se, v.g., no documento de trabalho do Parlamento Europeu, de 23 de maio de 2011, sobre as alterações ao Regulamento Roma II, em que era relatora Diana Wallis. Aí se dava conta, na p. 3, de que o Parlamento islandês tinha votado a criação de uma lei que visava ser uma das mais protetoras das liberdades dos meios de comunicação social do mundo. Ainda segundo esse relatório «(...) it seemed that Iceland intended these measures to have international impact, by creating a safe haven for publishers worldwide – and their servers». Veja-se também, com referências bibliográficas, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 376 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 285, a propósito da possível manipulação da lei aplicável pelo editor.

<sup>60</sup> Acerca desta disposição, com mais pormenores, *vide* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, cit., pp. 87 ss.; L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, cit., pp. 395 ss.; *Rome II Regulation, Pocket Commentary*, art. 17, I. BACH, ed. Peter Huber, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 366 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 382 ss.



co jurídico e se expõe ao padecimento de danos»<sup>61</sup>. Acresce que o lugar dos efeitos danosos é também aquele onde estes devem ser mais rapidamente neutralizados, o que é facilitado mediante a aplicação da lei desse mesmo lugar<sup>62</sup>.

Para o agente, a aplicação da lei do lugar onde os seus atos produzem efeitos não será, em princípio, imprevisível<sup>63</sup>, uma vez para aí direcionou a sua conduta ou, pelo menos, terá admitido a possível ocorrência de consequências nesse local. O agente que adota um comportamento que pode produzir efeitos num outro país que não apenas aquele a partir de onde atua, deve contar com a possibilidade de aplicação da lei do Estado ou Estados onde essas consequências se verificam.

Também o Estado onde se verificou o dano tem interesse na designação da sua lei, desde logo porque a aplicação das suas regras materiais de responsabilidade civil extracontratual contribui para garantir a segurança e a ordem pública no seu território. Acresce ainda que a atribuição de uma indemnização de acordo com os critérios de uma outra lei, pode levar a que o Estado do lugar do dano tenha despesas acrescidas de segurança social com o lesado habitualmente residente no seu território, se a indemnização for fixada por um valor considerado desadequado à luz da lei do lugar do dano<sup>64</sup>.

As considerações aqui tecidas, respeitantes à conceção moderna da responsabilidade civil e ao equilíbrio dos interesses das partes, foram as que também pautaram a solução conflitual consagrada no Regulamento Roma II conducente à aplicação da lei do lugar do dano<sup>65</sup>.

**21.** A lei do lugar do dano ou a lei da residência habitual comum das partes pode ainda ser afastada se, nos termos do art. 4.º, n.º 3, do Regulamento Roma II – que consagra uma cláusula de exceção –, resultar claramente das circunstâncias que a situação apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de outro país. A cláusula de exceção tem subjacentes considerações de justiça formal, *maxime* o princípio da proximidade, e visa corrigir o resultado a que se chega por aplicação da própria norma de conflitos, mas que não conduziu à aplicação da lei que apresenta com a situação a conexão mais estreita.

No caso de responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade, atenta a natureza pessoal dos bens em causa, poderão relevar, para além de elementos objetivos como os lugares da atuação, da lesão, do dano, também elementos subjetivos como a nacionalidade das partes, a sua residência habitual. Já no âmbito da conexão acessória (art. 4.º, n.º 3, 2.ª parte), poderá ainda ser relevante a existência de uma relação preexistente entre as partes e que apresente com a situação *sub iudice* uma ligação significativa. O exemplo académico clássico é o do acidente de viação que ocorre no cumprimento de um contrato de transporte previamente celebrado.

A circunstância específica de estar em causa a tutela de bens de personalidade não afasta por si só, parece-nos, o eventual funcionamento da cláusula de exceção. Com efeito, estando subjacente o princípio da proximidade e não se verificando que outros princípios a este se sobreponham – *v.g.* o *favor laesi* – não se encontra razão para deixar de afastar a lei normalmente competente em benefício de uma outra que apresenta com a situação uma conexão manifestamente mais estreita.

**22.** Da apreciação que fomos fazendo das soluções conflituais consagradas no Regulamento Roma II, verificámos que estas eram, no global, adequadas para determinar a lei aplicável à responsa-

---

<sup>61</sup> D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, cit., p. 309. Vide ainda HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments...», cit., p. 11; G. KEGEL/K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª edição, Verlag C.H.Beck, München, 2004, p. 723.

<sup>62</sup> J.-L. CHENAUX, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Librairie Droz, Genève, 1990, p. 171, com referência à lição de Werner von Steiger; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 412.

<sup>63</sup> C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 286.

<sup>64</sup> M. C. PRYLES, «Tort and related obligations in private international law», *RCADI*, tomo 227, 1991-II, pp. 9-206, p. 29; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 413.

<sup>65</sup> Considerando 16. Ver também neste sentido, já antes, as considerações tecidas na Exposição de Motivos, apresentada pela Comissão, na Proposta de Regulamento, p. 12.

bilidade aquiliana resultante da violação de direitos de personalidade<sup>66</sup>. Aliás, atenta a interpretação que fizemos do conceito de «direitos de personalidade» previsto no art. 1.º, n.º 2, al. g), concluímos que o Regulamento já se aplica quando está em causa a violação destes direitos.

Recorda-se ainda que, no Regulamento Roma II, já foram consagradas normas de conflitos especiais, que regulam a determinação da lei aplicável quando estão em causa situações específicas, e que podem também incluir violações a direitos de personalidade. Pense-se, v.g., no art. 5.º, que regula a lei aplicável à responsabilidade por produtos defeituosos, ou no art. 7.º, que regula a lei aplicável aos danos ambientais. Nestas duas disposições, a especificidade que justificou a adoção de uma regra especial encontra-se no facto de a responsabilidade resultar da comercialização de um produto defeituoso ou de um dano ambiental e é neste aspeto que a regra conflitual encontra a sua *ratio*. Assim, estas regras de conflitos serão, em princípio, as mais adequadas para regular a situação, independentemente de estarem em causa bens de personalidade ou outros<sup>67</sup>.

**23.** Todavia, podemos encontrar dificuldades na aplicação dos critérios previstos no Regulamento Roma II a alguns casos em que estão em causa bens de personalidade ainda não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Essas dificuldades podem suscitar-se no que respeita à concretização do elemento de conexão «lugar do dano» quando os bens de personalidade atingidos têm um caráter mais ideal, como é o caso da honra ou da reserva sobre a intimidade da vida privada. Contudo, verificámos também que a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido uma atividade muito produtiva na determinação destes lugares, tendo estas dificuldades vindo a ser progressivamente ultrapassadas.

É certo também que, na concretização do lugar do dano, se pode identificar não apenas um, mas vários lugares – razão pela qual este elemento de conexão tem sido objeto de críticas. Com efeito, se uma mensagem difamatória for difundida em diversos países, os danos ocorrerão onde essa mensagem for apreendida pelos destinatários e, nessa sequência, a honra do lesado for atingida.

A doutrina tem-se revelado muito divergente na solução a dar a esta situação de plurilocalização de danos<sup>68</sup>.

Alguns autores têm defendido a aplicação, como solução genérica, da lei da residência habitual do lesado<sup>69</sup>. Subjacente a esta doutrina identifica-se também a ideia de que é no país da residência habitual do lesado que se localiza o centro das suas relações sociais<sup>70</sup> e, por isso, tende a ser este o país onde ocorre o dano.

Apesar de esta orientação permitir uma maior previsibilidade e certeza na determinação da lei aplicável, pode não se verificar qualquer dano relevante no país da residência habitual do lesado e a situação apresentar uma conexão significativamente mais estreita com a lei de um outro país. Nesse sentido, a aplicação desta lei poderá revelar-se surpreendente para o agente, que, eventualmente, nem sequer terá conhecimento do lugar onde o lesado tem a sua residência habitual<sup>71</sup>. Entendemos, por isso, que a residência habitual do lesado pode revelar-se relevante por ser um dos locais onde se verifica o dano, mas não é, por si só, um critério determinante<sup>72</sup>.

No âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, de acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento, a solução para os casos de danos plurilocalizados passa pela aplicação distributiva

<sup>66</sup> Também A. DICKINSON, «By Royal Apponitment...», cit., sustenta que o art. 4.º do Regulamento Roma II seria adequado para regular situações em que está em causa a violação de alguns direitos de personalidade.

<sup>67</sup> Vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 661.

<sup>68</sup> Veja-se, a este propósito, com referências bibliográficas, as orientações seguidas por diversos autores em E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 429 ss.

<sup>69</sup> Vide P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *RCADI*, tomo 214, 1989-II, pp. 251-398, p. 396; P. JOHN KOZYRIS, «Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' «Missed Opportunity»», *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVI, n.º 2, 2008, pp. 471-497 p. 482; P.E. NYGH, «Reasonable Expectations of Parties in Choice of Law», *RCADI*, tomo 251, 1995, pp. 269-400, p. 373.

<sup>70</sup> P. WÜLLRICH, *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*, JWV, 2006, p. 288.

<sup>71</sup> Pense-se, v.g., em celebridades que podem escolher residir habitualmente num país onde não são conhecidas.

<sup>72</sup> T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich; Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 77; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 406 ss.

das leis dos países onde estes se verificaram<sup>73</sup>. Esta solução não se revela a mais adequada num diploma que visa a previsibilidade da lei aplicável, atento o *dépeçage* a que conduz e que leva a que sejam apreciadas, de forma fracionada e à luz de leis materiais distintas, situações que são faces de uma mesma realidade<sup>74</sup>.

É partindo do entendimento de que a aplicação da lei do lugar do dano tem vantagens significativas, mas que a *Mosaikbetrachtung* conduz a soluções complexas e nem sempre coerentes, que autores como URSULA KERPEN vêm defender, em caso de danos plurilocalizados, a remissão para um único ordenamento jurídico: aquele que apresentar com a situação a conexão mais estreita<sup>75</sup>. Seria, pois, aplicada a lei do lugar onde se verificassem os efeitos principais da atuação, *i.e.*, o lugar onde os bens jurídicos do interessado fossem mais fortemente prejudicados (*Schwerpunktes*)<sup>76</sup>.

*De iure condendo*, tento presente o Regulamento Roma II, consideramos também que esta é a solução que se revela mais equilibrada, pois assegura a aplicação da lei do dano, que apresenta as vantagens já avançadas. No entanto, ao permitir a aplicação de uma única lei, evita desarmonias na articulação de diversas leis materiais e reflete ainda o princípio da proximidade<sup>77</sup>, pois conduz à designação da lei que, por regra, apresenta com a situação a conexão mais estreita<sup>78</sup>.

Note-se, todavia, que mesmo dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, caso exista uma plurilocalização de danos, se, apreciado o caso concreto, se verificar uma especial ligação da situação com um dos países onde ocorreram os danos, poderão estar preenchidos os pressupostos da cláusula de exceção, prevista no art. 4.º, n.º 3, e, nesse caso, será aplicada a lei desse país<sup>79</sup> para regular toda a situação.

A aplicação, *de iure condendo*, da lei do dano principal, nos casos em que estejam em causa direitos de personalidade, revela, contudo, algumas dificuldades de articulação com a jurisprudência do TJUE a propósito do art. 5.º, n.º 3, do Regulamento 44/2001<sup>80</sup>. Com efeito, resulta do acórdão *Fiona Shevill* que, estando em causa um caso de difamação divulgado em artigo de imprensa em suporte papel, os tribunais do lugar dos danos apenas têm competência para conhecer dos prejuízos que se verificaram no território dos respetivos Estados. Só se a ação fosse intentada no tribunal do domicílio do autor ou do lugar da edição teria esse tribunal competência para conhecer de todos os danos, aplicando-se os critérios de determinação da lei aplicável acima referidos<sup>81</sup>.

#### IV. Norma de conflitos especial

**24.** A adoção, ou não, *de iure condendo*, de uma norma de conflitos especial, eventualmente incluída no Regulamento Roma II, que permita determinar a lei aplicável à responsabilidade aquiliana

<sup>73</sup> Na Exposição de Motivos, apresentada pela Comissão, na Proposta de Regulamento, p. 12, esclarece-se expressamente que «(...) no caso de ocorrência de danos em vários países, há que aplicar de forma distributiva as leis de todos os países em causa, em conformidade com a tese da «Mosaikbetrachtung» consagrada no direito alemão».

<sup>74</sup> Para uma apreciação mais desenvolvida, vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 437.

<sup>75</sup> U. KERPEN, *Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtverletzungen – Ein Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2003, p. 250.

<sup>76</sup> U. KERPEN, *Das Internationale Privatrecht...*, cit., p. 260; vide também B. HEIDERHOFF, «Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte», *EuZW*, 14/2007, pp. 428-432, p. 430. Veja-se ainda S. MARINO, «La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, abril-junho 2012, pp. 363-380, p. 376, que, considerando adequada a aplicação da lei do lugar do dano, sustenta, para evitar um *dépeçage* excessivo, a aplicação da lei do maior dano.

<sup>77</sup> J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, p. 334.

<sup>78</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 439.

<sup>79</sup> Veja-se, a este propósito, S. LEIBLE/A. ENGEL, «Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung», *EuZW*, 1/2004, pp. 7-17, pp. 10 ss.; G. LÉGIER, «Le règlement «Rome II»...», cit., n.º 47, p. 21; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, cit., p. 278. E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 440.

<sup>80</sup> Esta disposição corresponde, no Regulamento 1215/2012, ao art. 7.º, 2).

<sup>81</sup> No caso de a violação dos direitos de personalidade ocorrer através de conteúdos colocados em linha num sítio Internet, o TJUE, no acórdão *eDate* veio considerar ser competente para conhecer a totalidade dos danos, para além do tribunal do «(...) Estado-Membro do lugar do estabelecimento do autor desses conteúdos (...)», também o tribunal do Estado-Membro onde se encontra o centro de interesses do lesado.

por violação de direitos de personalidade tem sido objeto de grande discussão. Nas propostas de redação de uma tal norma sobressai, entre outros aspetos, a preocupação com a proteção da liberdade de imprensa.

De facto, o principal obstáculo que fez afastar a aplicação do Regulamento Roma II às obrigações extracontratuais que decorram da violação dos direitos de personalidade, nos termos acima interpretados, prende-se com a garantia de que a lei designada não coloque em causa a liberdade de imprensa.

Ora, a adoção de uma norma de conflitos que se aplique apenas nos casos em que uma das partes seja um meio de comunicação social suscita dificuldades significativas. Desde logo, seria necessário definir o que se devesse entender por «meios de comunicação social», conceito cujos contornos nem sempre estão claramente definidos. Esta nebulosidade do conceito colocaria em causa, consequentemente, a certeza e a segurança na determinação da lei aplicável, objetivos que são visados pelo Regulamento. Aliás, conforme já acima referimos, no art. 1.º, n.º 2, al. h), da Proposta alterada de Regulamento Roma II, excluía-se do seu âmbito de aplicação material «[a]s violações da vida privada e dos direitos de personalidade cometidas pelos meios de comunicação social» e esta proposta foi afastada.

Para além disso, dificilmente se justificaria a adoção de uma norma de conflitos aplicável apenas no caso de estarem em causa situações em que uma das partes é um meio de comunicação social. Com efeito, se os meios de comunicação social têm interesse em que a sua liberdade de imprensa seja tutelada, as pessoas em geral têm interesse em que a sua liberdade de expressão seja garantida. E a verdade é que, em especial com a expansão da Internet, não são apenas os meios de comunicação social, os chamados *media*, quem pode divulgar, a um número significativo de destinatários, mensagens que podem atingir os bens de personalidade de outras pessoas. Essa possibilidade está, atualmente, ao alcance que qualquer pessoa, através, *v.g.*, de *blogs*, de *sites* Internet (alguns deles muito populares), correio eletrónico.

**25.** Sublinhe-se ainda que as objeções que foram colocadas, *maxime* pelos meios de comunicação social, prenderam-se com a aplicação da lei do lugar do dano e não com a adoção de outros elementos de conexão. Assim, a questão em discussão apenas se coloca na hipótese de as partes não escolherem a lei aplicável para regular a situação e de o lesado e responsável pela indemnização também não terem residência habitual comum, pois só nesse caso se justifica o recurso a uma conexão subsidiária.

Na verdade, conforme acima verificámos, quer a lei escolhida pelas partes quer a lei da residência habitual comum são adequadas para regular estas situações, garantindo, designadamente, a conciliação dos interesses em causa e revelando proximidade com o eventual litígio.

**26.** As dificuldades são, essencialmente, suscitadas quanto ao elemento de conexão lugar do dano, por poder ser difícil ao agente prever os países onde estes se manifestam, nos casos em que a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários. Face a esta possível dificuldade de previsibilidade, a aplicação das leis dos lugares dos danos poderá limitar a liberdade de expressão do agente. Com efeito, neste panorama, o agente teria de conformar a sua atividade atendendo às leis de todos os países do mundo, que apresentam regulamentações muito diversas.

Atentas estas premissas, parece-nos que uma solução possível, que garante um maior equilíbrio dos interesses das partes, consiste na aplicação da lei do lugar do dano, embora condicionada ao facto de o agente ter direcionado a sua atividade para esse local, nos casos em que, como referimos, a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, e em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários<sup>82</sup>. Elementos como o idioma em que a mensagem está escrita, a amplitude do

---

<sup>82</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 657 ss.. Segundo C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 294, na falta de residência habitual comum, a lei do país para onde a publicação é principalmente direcionada é aquela cuja aplicação é expectada pelas partes envolvidas.

senal de transmissão nos casos de radio ou de teledifusão, o formato da mensagem, os países onde se comercializam jornais ou revistas, etc., poderão contribuir para determinar quais os países a que a mensagem é direccionada<sup>83-84</sup>.

Uma tal regra de conflitos, que *de iure condendo* aqui tratamos, aplicar-se-ia apenas, repetimos, caso as partes não escolhessem a lei aplicável (art. 14.º do Regulamento Roma II) nem tivessem residência habitual comum (art. 4.º, n.º 2, Regulamento Roma II). Esta regra não prejudicaria ainda o eventual funcionamento de uma cláusula de exceção e, como tal, a lei designada poderia ser afastada se se verificasse que a situação apresentava uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de um outro Estado, aplicando-se, assim, esta lei<sup>85</sup>.

## V. Reserva de ordem pública internacional

27. No processo de determinação da lei competente para regular o caso concreto, importa ainda ter presente que, qualquer que seja a norma de conflitos, tendo esta carácter abstrato e subjacentes razões de justiça formal, pode conduzir à designação de uma lei material estrangeira que, aplicada à situação *sub iudice*, envolve uma ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado do foro.

Por exemplo, da aplicação da lei do país para onde foi direccionada uma notícia que divulga situações incómodas para esse Estado, *maxime* que coloque em causa a honra dos seus políticos, pode resultar que o jornalista seja condenado ao pagamento de uma indemnização por difamação. Todavia, no país do foro, pode ser frontalmente contrário à liberdade de imprensa e ao dever de informação (e direito à informação) uma tal condenação. Neste caso, se esta condenação se traduzir em ofensa aos princípios fundamentais da reserva de ordem pública internacional do Estado do foro, a aplicação da lei designada

<sup>83</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 657 ss. Esta regra que, *de iure condendo*, poderia regular a situação indicada, não deixa de apresentar algumas semelhanças com propostas já avançadas pelo Parlamento Europeu. Por exemplo, na alteração 30 da Primeira Leitura, propunha-se que «[a] lei aplicável à obrigação extracontratual resultante de uma violação do direito à vida privada ou dos direitos de personalidade é a lei do país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano, mas pode pressupor-se a existência de uma conexão manifestamente mais estreita com um determinado país, tendo em conta factores como o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada, a língua da publicação ou emissão, o volume das vendas ou os índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda uma combinação desses factores. Esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* às publicações na *Internet*». Já na Segunda Leitura, na alteração 19, a proposta do Parlamento era de que «[c]aso a violação seja causada por uma publicação impressa ou por uma emissão, o país onde se tenha verificado ou haja probabilidade de verificar-se o elemento ou os elementos mais significativos do dano será considerado o país ao qual a publicação ou emissão é principalmente destinada ou, se tal não for evidente, o país no qual é exercido o controlo editorial, sendo aplicável a lei desse país». Esclarecendo-se ainda que «[o] país ao qual a publicação ou emissão é destinada é determinado, em particular, pela língua da publicação ou emissão, ou pela importância das vendas ou dos índices de audiência num dado país, em comparação com o total das vendas ou dos índices de audiência, ou ainda por uma combinação desses factores. Esta disposição aplica-se, com as devidas adaptações, às publicações na *Internet* e noutras redes electrónicas». Ou seja, admitia-se a aplicação da lei do país para onde é destinada a mensagem, por se pressupor que é aí que se verificarão os elementos mais significativos do dano. Já com a possibilidade, avançada pelo Parlamento, de aplicação da lei do país onde é exercido o controlo editorial, não podemos concordar, por conduzir à aplicação da lei do lugar da atuação, com os inconvenientes já *supra* referidos.

A atual proposta do Parlamento Europeu, acima transcrita, apresentada em maio de 2012, suscita-nos as mesmas discordâncias no que respeita à aplicação da lei da residência habitual do réu ou do país onde o controlo editorial é exercido. Para uma apreciação crítica a esta proposta, *Von Hein on Kate Provence Pictures*, de 27 de setembro de 2012, cit.

<sup>84</sup> Note-se também que, no Processo *eDate*, embora a questão fosse relativa à determinação do tribunal competente e não da lei aplicável, o Advogado-Geral, nas conclusões, sustentou, a propósito da identificação do centro de gravidade do conflito, que, para além do lugar onde o lesado desenvolvia o seu projeto de vida, era também relevante o país onde a mensagem é divulgada e é objetivamente relevante. Na conclusão 63, esclareceu que «[a]o propor que a informação deve ser objectivamente relevante referimo-nos aos casos em que um meio de comunicação pode razoavelmente prever que a informação distribuída na sua edição electrónica contém um «interesse noticioso» num território concreto, incitando os leitores desse território a ela aceder».

<sup>85</sup> Também na proposta de norma de *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit., o autor prevê a aplicação da lei escolhida pelas partes, bem como da lei da residência habitual e o possível funcionamento da cláusula de exceção. Todavia, já não acompanhamos o autor na admissibilidade de aplicação da lei da residência habitual ou do estabelecimento do lesante, nem na possibilidade de escolha, ainda que limitada, de leis previamente determinadas.

pode ser afastada<sup>86</sup> – se a situação coubesse no âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II, seria aplicável o seu art. 26.º.

A reserva de ordem pública internacional, que funciona como válvula de segurança, permite, pois, que todo o processo de determinação da lei aplicável seja feito com menor ansiedade face ao resultado. O que, todavia, não substitui os cuidados legislativos na adoção das soluções conflituais mais adequadas. Com efeito, introduzindo um elemento, necessariamente, de insegurança e imprevisibilidade, o recurso à exceção de reserva de ordem pública internacional deve ser feito com parcimónia.

## VI. A violação de direitos de personalidade através da Internet

28. A determinação da lei aplicável para regular a responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade através da Internet tem sido objeto de acesa discussão na doutrina. Com efeito, a interpretação das regras previstas na Diretiva sobre o Comércio Eletrónico<sup>87</sup> – em especial, a articulação entre o disposto no art. 1.º, n.º 4 e no art. 3.º, n.º 1 – e das que a transpuseram para o Direito interno de cada um dos Estados-Membros tem apresentado divergências significativas.

Tal como tem suscitado vivos debates na doutrina de cada Estado-Membro a questão de saber se as regras de Direito interno que procederam à transposição da Diretiva se aplicam aos casos em que está em causa a determinação da lei competente para regular a responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade<sup>88</sup>.

29. Acresce ainda que a referência feita no considerando (35) do Regulamento Roma II no sentido de que «[a] aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do (...) regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários como a Directiva 2000/31/CE (...)», conjugada com o art. 27.º, também não se revela completamente esclarecedora. Parece-nos, todavia, que, apesar de o legislador não ter querido tomar posição quanto à natureza das regras previstas na Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, o sentido que daqui se retira é o de que poderá haver uma restrição ao âmbito de aplicação do Regulamento Roma II em favor da aplicação de disposições de textos normativos especiais que visem o bom funcionamento do mercado interno<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 423 ss.; Clara Cordero on Kate Provence Pictures, 27 de setembro de 2012, disponível em <http://conflictoflaws.net/2012/clara-cordero-on-kate-provence-pictures/>.

<sup>87</sup> Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o Comércio Eletrónico), publicada no JOCE L 178 de 17.7.2000, pp. 1 ss.

<sup>88</sup> Acerca da interpretação da diretiva, em geral, identificando as orientações doutrinárias dominantes, cfr. M. FALLON/J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *Rev. crit. DIP*, n.º 3, 2002, pp. 435-490, pp. 480 ss.; M. HELLNER, «The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive – A Conflict with Conflict of Laws», *European Review of Private Law*, 2/2004, pp. 193-213, pp. 193, 198 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11.ª edição, Comares, Granada, 2010, p. 636; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 4.ª edição, Civitas, Thomson Reuters, 2011, pp. 144 ss. *Vide*, v.g., na doutrina portuguesa, L. DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado - Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de decisões estrangeiras*, organizado por Luís de Lima Pinheiro, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79-109, pp. 107 ss. D. MOURA VICENTE, «Comércio eletrónico e responsabilidade empresarial», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 241-289, p. 274, nota 96. D. MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 209 ss., em que se pode ter ainda uma panorâmica de Direito Comparado quanto às várias orientações seguidas nos diversos Estados-Membros. Veja-se, ainda, D. MOURA VICENTE, «Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado», cit., pp. 202 ss.; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 538 ss.

<sup>89</sup> Segundo J. VON HEIN, «Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law», *RabelsZ*, 3/2009, pp. 461-508, p. 477, este considerando implica um procedimento em duas fases: em primeiro lugar, a lei aplicável é designada pelas regras do Regulamento Roma II; em segundo lugar, o resultado daqui decorrente deve ser apreciado à luz da liberdade de circulação de bens e serviços. De acordo com L. DE LIMA PINHEIRO, cabe no âmbito de aplicação do Regulamento Roma II a determinação da lei competente para regular a responsabilidade extracontratual na Internet. O autor sustenta que o Regulamento não exclui do seu âmbito de aplicação as questões que se prendem com o comércio eletrónico, apenas menciona a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico no contexto das limitações à aplicação das regras substantivas da lei designada. *Vide* L. DE LIMA PINHEIRO, «Choice of Law on Non-Contractual Obliga-

**30.** No Acórdão *eDate*, o TJUE veio esclarecer que o disposto no art. 3.º da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico não impõe uma transposição para o Direito interno sob a forma de adoção de uma regra de conflitos<sup>90</sup>. No entanto, sustenta que, no âmbito do domínio coordenado, cada Estado-Membro deve assegurar que «(...) o prestador de um serviço de comércio electrónico não seja sujeito a exigências mais estritas do que as que estão previstas pelo direito material aplicável no Estado-Membro onde esse prestador está estabelecido», tudo isto sem prejuízo das derrogações previstas no art. 3.º, n.º 4. Ou seja, parece-nos daqui resultar que o que é exigido pela Diretiva, de acordo com o TJUE, é que, independentemente da lei aplicável à situação, se esta não for a do país onde o prestador de serviços da sociedade da informação está estabelecido, este não poderá ser sujeito a condições mais exigentes do que as do país onde está estabelecido<sup>91-92</sup>.

**31.** A determinação da lei que regula a responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade através da Internet suscita dúvidas que se prendem, desde logo, com a própria interpretação dos diplomas que estão em causa, *maxime* o seu âmbito de aplicação. Com efeito, nos vários Estados-Membros da União Europeia, a Diretiva não foi transposta de modo uniforme, adotando uns verdadeiras normas de conflitos e outras disposições cuja redação é muito semelhante às da própria diretiva e, por isso, deixa, na sua interpretação, dificuldades semelhantes às que são suscitadas por esta<sup>93</sup>.

Acresce ainda que a multiplicação de regras conflituais, cujo âmbito de aplicação esteja dependente de pressupostos muito específicos, como seja o facto de o lesante que viola direitos de personalidade de outrem fazê-lo, ou não, através da Internet<sup>94</sup>; ou de o agente ser ou não um prestador de serviços da sociedade da informação<sup>95</sup>, torna mais complexo o próprio processo de determinação da norma de conflitos que designará a lei aplicável e, consequentemente, a sua previsibilidade.

---

tions between Communitarization and Globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II», *RDIPP*, n.º 1, 2008, pp. 5-42, pp. 37 ss. A. S. DE SOUSA GONÇALVES, «A responsabilidade civil extracontratual em Direito Internacional Privado – breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) n.º 864/2007», *Scientia Iuridica*, tomo LXI, n.º 329, 2012, pp. 357-390, sustenta que «[o] teor do art. 27.º de Roma II e o disposto na parte final do considerando 35 do mesmo Regulamento indiciam a prevalência das normas previstas naquela directiva (e das normas nacionais de transposição) ao estabelecer que «[a] aplicação das disposições da lei aplicável designada pelas regras do presente Regulamento não deverá restringir a livre circulação de bens e serviços regulada por instrumentos comunitários (...), enunciando, como exemplo, a directiva sobre o comércio electrónico». Vide, a propósito desta discussão, E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 553 ss.

<sup>90</sup> Sublinhe-se, todavia, que, por interpretação *a contrario sensu*, também não impede, parece-nos, que a transposição desta disposição seja feita sob a forma de norma de conflitos.

<sup>91</sup> Esta decisão do TJUE não deixa, também, de nos fazer recordar a doutrina da exceção do reconhecimento mútuo. De acordo com D. MOURA VICENTE, «Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, outubro 2009, vol. 1, n.º 2, pp. 179-220, pp. 214 ss., segundo a influência da doutrina de Marc Fallon, esta exceção poderia ter a seguinte formulação: «Não são aplicáveis os preceitos da lei designada pela regra de conflitos quando essa aplicação conduza a um resultado contrário às disposições de Direito da União Europeia relativas à liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços de capitais».

<sup>92</sup> C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 288 ss., sublinha, em todo o caso, a influência que esta regra tem na determinação da lei aplicável, quer se trate de uma norma cuja aplicação está dependente do resultado da aplicação de uma outra regra; quer se trate de uma norma que tenha uma função corretiva no plano substantivo. O autor considera que esta regra «(...) does not grant more freedom to Member States than Henry Ford's famous words did to costumers: «Any customer can have a car painted any color that he wants as long as it is black»».

<sup>93</sup> Embora, agora, na interpretação destas regras, haja que atender à jurisprudência do TJUE.

<sup>94</sup> C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 292 ss.; *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit., articulando a questão da lei aplicável com a competência dos tribunais, atento o acórdão *eDate*.

<sup>95</sup> Com efeito, importa ter presente que, nos termos do art. 1.º, n.º 1, da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, prevê-se que «[a] presente diretiva tem por objetivo contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros». Os «serviços da sociedade da informação» estão definidos no art. 2.º, al. a), da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, aí se remetendo para o disposto no art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 83/34/CEE, alterada pela Diretiva 98/48/CE. Nesta disposição estabelece-se que são «serviços da sociedade da informação» «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços». Assim, por delimitação negativa, se se tratar da utilização de correio eletrónico ou de comunicações equivalentes por «(...) pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação» (considerando (18) da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico).

Nesse sentido, de *iure condendo*, melhor seria que a eventual regra de conflitos especial a adotar regulasse também esta matéria e aqui não encontramos razão para propor solução distinta daquela que já acima foi avançada.

32. No acórdão *eDate*, o TJUE considerou que, nos termos do art. 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) 44/2001, o titular do direito de personalidade violado através de conteúdos colocados em linha num sítio Internet pode intentar uma ação fundada em responsabilidade pela totalidade dos danos sofridos, quer nos tribunais do Estado-Membro do lugar do estabelecimento do autor desses conteúdos, quer do Estado-Membro onde se encontrar o centro de interesses do lesado<sup>96</sup>. O lesado pode ainda intentar a ação judicial nos tribunais dos Estados-Membros «(...) em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha». Estes tribunais têm apenas competência para conhecer do dano causado no território desse Estado-Membro.

Na sequência desta decisão, e atendendo ao seu teor, têm vindo a ser avançadas propostas de norma de conflitos que regulem a determinação da lei aplicável às obrigações extracontratuais por violação de direitos de personalidade<sup>97</sup>.

Ora, esta decisão do TJUE, para além das críticas que possam ser feitas ao seu teor<sup>98</sup>, não tem, inevitavelmente, de condicionar a redação de uma norma de conflitos que venha a ser adotada nesta matéria. Com efeito, a decisão do acórdão *eDate* resultou da apreciação de dois casos em que ocorreu violação de direitos de personalidade através da Internet, ora, a violação destes direitos pode ocorrer através ou fora da Internet. Logo, a transposição dos critérios de decisão do acórdão *eDate* para uma norma de conflitos que regulasse a lei aplicável às obrigações extracontratuais por violação de direitos de personalidade, independentemente do meio utilizado, só parcialmente iria beber aos mesmos fundamentos que terão estado subjacentes a esse acórdão.

Acresce que, os critérios de atribuição de competência dos tribunais dos Estados-Membros não têm de ser os mesmos que subjazem à determinação da lei aplicável<sup>99</sup>. Aliás, a apreciação das soluções consagradas, designadamente, *v.g.*, no Regulamento Roma II e no Regulamento 44/2001 confirma esta afirmação. Note-se que, *v.g.*, no Regulamento 44/2001, em termos gerais, é atribuída competência aos tribunais do domicílio do demandado (art. 2.º), já no Regulamento Roma II não se consagra uma regra semelhante que leve necessariamente à aplicação da lei desse Estado. Com efeito, a regra geral, na falta de escolha da lei e na ausência de norma de conflito especial aplicável, conduz à aplicação da lei da residência habitual comum das partes e, na sua falta, à lei do lugar do dano, que pode coincidir ou não com a lei da residência habitual do lesante (em princípio, o demandado). Também no Regulamento 44/2001, nos casos em que esteja em causa responsabilidade extracontratual, é admissível, em abstrato, que o demandante – atento o disposto no art. 2.º e no art. 5.º, n.º 3 – possa escolher intentar a ação no tribunal do domicílio do demandado ou no tribunal onde ocorrer o facto danoso; já no Regulamento Roma II, o demandante não tem a possibilidade de escolher, entre as leis desses países, a aplicável.

Sublinhe-se ainda que, enquanto o Regulamento 44/2001 regula a competência dos tribunais dos Estados-Membros da União Europeia, o Regulamento Roma II é aplicável mesmo que a lei designada seja de um Estado terceiro (art. 3.º).

Ora, a adoção dos critérios de atribuição de competência admitidos no acórdão *eDate* para a determinação da lei aplicável à responsabilidade aquiliana decorrente da violação de direitos de personalidade revelar-se-ia desadequada. Desde logo, uma tal solução faria admitir a possibilidade de escolha

<sup>96</sup> No considerando (49), o TJUE esclareceu que o lugar do centro dos interesses do lesado corresponde, em geral, à sua residência habitual. No entanto, admite que uma pessoa possa ter o centro de interesses igualmente num Estado-Membro onde não reside habitualmente, já que «(...) indícios, como o exercício da atividade profissional, podem estabelecer a existência de um nexo particularmente estreito com esse Estado».

<sup>97</sup> Remete-se aqui para as notas 35 e 36, em que estão transcritas as propostas de Jan von Hein e do Parlamento Europeu de maio de 2012, respetivamente.

<sup>98</sup> *Vide*, *v.g.*, S. MARINO, «La violazione dei diritti della personalità nella cooperazione giudiziaria civile europea», cit.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., pp. 259 ss.; A. DICKINSON, «By Royal Appoinment: No Closer to an EU Private International Law Settlement», cit.; *Von Hein on Kate Provence Pictures*, cit.

<sup>99</sup> Sendo, todavia, certo que, atento o princípio da boa administração da justiça, a aplicação da lei material do Estado do foro é a que, por regra, garante decisões mais eficientes e, por isso, sempre que possível, desejável.



da lei aplicável pelo lesado, embora de entre um leque previamente dado. Esta possibilidade de escolha, mesmo de entre leis predeterminadas e em condições muito específicas, confere uma situação de vantagem ao lesado face ao lesante, que não se justifica e que se afasta expressamente dos intentos assumidos pelo legislador europeu. Já na Proposta de Regulamento «Roma II» – ainda aí estava consagrada uma norma de conflitos aplicável às violações de direitos de personalidade – entendeu-se, na Exposição de Motivos, que a possibilidade de escolha da lei pelo lesado «(...) ultrapassa as expectativas legítimas da pessoa lesada e reintroduziria uma incerteza jurídica (...)»<sup>100</sup>. Situação especialmente onerosa para o agente quando possa estar em causa o exercício da sua liberdade de expressão ou liberdade de imprensa, uma vez que teria de conformar a sua atuação com uma pluralidade indeterminada de leis. Acresce ainda que uma tal possibilidade de escolha pode deixar o lesado que esteja envolvido numa situação plurilocalizada em posição comparativamente mais favorável do que a do lesado numa situação interna, uma vez que este não tem opção de escolher a lei que lhe é mais conveniente, mesmo dentro de um leque de leis previamente estabelecido<sup>101</sup>.

Acresce que a possibilidade de aplicação, ainda que subsidiária, da lei do país da residência habitual do lesante ou do país onde o controlo editorial é exercido – conforme resulta da última proposta apresentada pelo Parlamento – também não é uma solução conflitual que se revele adequada já que, abstratamente, potencia a deslocação do agente para países cuja legislação lhe seja mais favorável<sup>102</sup>. Para além disso, a aplicação desta lei pode revelar-se imprevisível para o lesado, não refletindo um equilíbrio entre os interesses dos intervenientes.

## VII. Conclusão

**33.** Identificam-se fortes divergências doutrinárias no que respeita à melhor solução conflitual a adotar na determinação da lei aplicável para regular as situações de responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade. Todavia, os autores parecem estar de acordo quanto à necessidade de alterar a situação atual, que não garante a desejável previsibilidade e a segurança na determinação da lei aplicável numa matéria que apresenta especial sensibilidade. Esta sensibilidade prende-se, não apenas com a natureza dos bens de personalidade, mas também com a de outros bens e liberdades que com aqueles podem colidir, *maxime* a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade artística.

Acresce ainda que a multiplicidade de diplomas legais, de origem europeia ou de origem nacional, cujos âmbitos de aplicação material nem sempre se revelam claros – v.g., o âmbito do Regulamento Roma II, atenta a exclusão prevista no seu art. 1.º, n.º 2, al. g); a relevância na determinação da lei aplicável à responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade das regras que transpuseram para o Direito interno dos Estados-Membros a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, etc.<sup>103</sup> – dificulta a determinação da lei competente.

<sup>100</sup> Cf. COM(2003)427 final, cit., p. 12.

<sup>101</sup> Para um maior desenvolvimento sobre esta questão, com referências bibliográficas, vide E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil...*, cit., pp. 478 ss.

<sup>102</sup> Vide as considerações que acima foram tecidas a propósito da aplicação da lei do lugar da atuação.

<sup>103</sup> Outros exemplos poderiam ser dados, pense-se, v.g., na Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, publicada no JO L 298, de 17.10.1989, alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, publicada no JO L 202, de 30.7.1997, e alterada pela Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, publicada no JO L 332, de 18.12.2007. Versão consolidada da Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»: Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010, retificada pela Retificação à Diretiva 2010/13/UE, publicada no JO L 95, de 15 de abril de 2010. No art. 2.º desta Diretiva determina-se que «[c]ada Estado-Membro deve assegurar que todos os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição respeitem as regras da ordem jurídica aplicável aos serviços de comunicação social audiovisual destinados ao público nesse Estado- -Membro». Todavia, uma vez mais, não se tem revelado completamente claro para toda a doutrina se as questões que se prendem com a aplicação de Direito privado que regula o «delitos da comunicação» estão abrangidas pelo domínio coordenado desta Diretiva. Vide, a este propósito, J.-J. KUIPERS, «Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights», *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1681-1706, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1379>, pp. 1694 ss.; C. ISTVÁN NAGY, «The Word is a Dangerous Weapon...», cit., p. 292.

**34.** Considerámos, pelas razões acima expostas, que o regime geral consagrado no Regulamento Roma II é, no global, adequado para regular as situações plurilocalizadas em que está em causa a determinação da lei aplicável à responsabilidade aquiliana por violação de direitos de personalidade. Aliás, este regime já é aplicado nos casos em que estão em causa os bens de personalidade mais importantes como a vida, a integridade física, a saúde.

Admitimos, todavia, que estando em causa situações em que a mensagem é difundida a uma audiência aberta, anónima e dispersa, e em que não é possível controlar pessoalmente o leque dos destinatários – na hipótese de as partes não terem escolhido a lei, nem terem residência habitual comum – a aplicação da lei do país do dano, condicionada ao facto de o agente ter direccionado a sua atividade para esse local, em abstrato, garantiria melhor o equilíbrio entre os interesses das partes. Tudo isto sem prejuízo de, caso se verificasse que a situação apresentava uma conexão manifestamente mais estreita com a lei de um outro país, dever essa lei ser aplicada, nos termos da cláusula de exceção prevista no art. 4.º, n.º 3, do Regulamento Roma II.

**35.** Independentemente da orientação que venha a ser seguida, se vier a ser adotada uma norma de conflitos especial, haverá que ter cuidado de delimitar com clareza o seu âmbito de aplicação, de modo a evitar dificuldades, e conseqüente insegurança, na determinação da lei designada, garantindo uma escoreita articulação entre as várias regras existentes.

# LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA. BASES DE UN MODELO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ

*Profesor de Derecho constitucional  
Universidad de Deusto*

JOSÉ RAMÓN CANEDO ARRILLAGA

*Profesor de Derecho de la Unión Europea  
Universidad de Deusto*

Recibido: 04.02.2013 / Aceptado: 11.02.2013

**Resumen:** Este artículo trata de delimitar el contenido del concepto de Constitución económica aplicado a la Unión Europea. Una expresión que no es nueva, que ha recuperado su vigencia en los doctrinales actuales pero que es escurridizo y que es objeto de apropiación por parte de unos y otros, sin escapar a una compleja y constante evolución. Para ello se analizarán los conceptos de Constitución y Constitución económica aplicados a la realidad de la Unión Europea, todo ello desde una óptica ordoliberal. También se estudiará la inclusión de la regla de oro en el constitucionalismo europeo antes de destacar las principales reformas económicas que se han producido en el seno de la Unión. Finalmente, se hará hincapié en la necesidad de que los poderes públicos se mantengan fieles a los fundamentos de la Constitución económica europea.

**Palabras clave:** Constitución económica, ordoliberalismo, regla de oro.

**Abstract:** This article attempts to define the content of the concept of economic Constitution applied to the European Union. An expression that is not new, it has regained its relevance in the current doctrinal debates but is elusive and has become object of appropriation by each other, without escaping from a complex and constantly evolution process. In order to do so, this paper will analyze the concepts of Constitution and economic constitution applied to the reality of the European Union, taking into account an ordoliberal perspective. It will also be considered the inclusion of the “golden rule” in European constitutionalism before highlighting major economic reforms that have taken place within the Union. Finally, we will emphasize the need for public authorities remain faithful to the fundamentals of the European economic constitution.

**Key words:** Economic constitution, ordoliberalism, golden rule.

**Sumario:** I. Introducción. II. El concepto de Constitución aplicado a la UE. III. El concepto de Constitución económica. 1. La génesis del concepto: el ordoliberalismo. 2. El concepto jurídico. 3. La mutación del concepto. IV. El impacto del Tratado de Lisboa. V. Los cambios en marcha. 1. La inclusión de la «regla de oro» en las constituciones nacionales. A) La reforma de 2011: el nuevo artículo 135 CE. B) Sucinto análisis de la reforma española. C) Valoraciones críticas. 2. Las medidas adoptadas en el seno de la Unión. VI. Conclusiones provisionales. Notas para un debate sin fin.

## I. Introducción

1. Este artículo trata de delimitar el contenido del concepto de Constitución económica aplicado a la Unión Europea. Una expresión que no es nueva, que ha recuperado su vigencia en los debates doctrinales actuales pero que es escurridizo y que es objeto de apropiación por parte de unos y otros, sin escapar a una compleja y constante evolución.

2. Para ello se analizará en primer lugar el concepto de Constitución como tal y su aplicación a la Unión Europea, para pasar después al análisis del término Constitución económica. En esa sección se profundizará en las raíces ordoliberales de esta expresión y su evolución hasta el Tratado de Lisboa. Finalmente, se hará referencia a los cambios de tipo constitucional que se están llevando a cabo tanto en los Estados miembros como en el seno de la propia Unión para hacer frente a las vicisitudes de la crisis y a las carencias del propio sistema. La conclusión fundamental a la que se llegará es que la UE ha de permanecer fiel a sus orígenes y proteger el libre mercado como el mejor sistema para garantizar la libertad y el desarrollo del ser humano.

## II. El concepto de Constitución aplicado a la UE

3. El análisis y crítica de la llamada «constitución económica» de la Unión Europea, ya se trate de un estudio exhaustivo o de una primera aproximación, requiere como punto de partida, siguiendo un método de investigación honesto, plantearse el mismo concepto de «constitución»; si éste puede acaso aplicarse a la Unión Europea y qué elementos se entenderían incluidos en esta expresión.

4. La historia ha sido contada en numerosas ocasiones<sup>1</sup>. El originario Tratado de Roma de 1957 creó un nuevo y revolucionario ordenamiento jurídico internacional cuyas características distintivas, que el Tribunal de Justicia fue cincelandando a través de los conceptos de «primacía» y el llamado «efecto directo», hicieron que se distinguiera del Derecho internacional clásico. Para el Tribunal de Justicia el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (más tarde, únicamente 'Comunidad Europea'), al que se podría añadir el muy posterior Tratado de la Unión Europea, representaban la Constitución de la Comunidad (más tarde Unión). Hoy día, tras la reforma de Lisboa, el Tratado de la Unión Europea (TUE-L), junto con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de Derechos Fundamentales ocuparían ese lugar para el reformado Tribunal de Luxemburgo. Por otro lado, no hay que entender esta afirmación en el sentido de que esta 'Constitución' sea equivalente a la de uno de los Estados miembros que la componen, sino que el Tribunal considera a estos Tratados como la «constitución interna de la Comunidad»<sup>2</sup>. Es decir, el Tribunal nunca pretendió por vía jurisprudencial crear un Estado europeo que viniera a sustituir a los Estados miembros, sino que buscaba simplemente constatar que los Tratados, y especialmente el viejo Tratado de la Comunidad Europea, instituían reglas de naturaleza constitucional en el sentido de que organizan

---

<sup>1</sup> La bibliografía sobre la existencia o no de una Constitución en las Comunidades, primero, y en la UE, después, es inabarcable. Entre los muchos trabajos, *vide* la colección de ensayos publicada luego como monografía en J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, University Press, Cambridge, 1999. Para un análisis de las distintas opiniones sobre la existencia o no de una verdadera constitución en el seno comunitario, *vide* L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306. Para una perspectiva más actual y muy elaborada, *vide* G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, Abingdon-New York, 2012.

<sup>2</sup> Dictamen 1/76, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure (Proyecto de Acuerdo relativo a la creación de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior)*, Dictamen del Tribunal de 26 abril 1977, *Recueil de jurisprudence*, 1977, p. 741, §§5 y 12. Sobre este dictamen, *vide* M. HARDY, «Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making Powers of the Community», *Common Market Law Review*, Vol. 14, 1977, pp. 561-600, y T. C. HARTLEY, «International Competence of the Community», *European Law Review*, Vol. 2, 1977, pp. 275-281.

el reparto de competencias entre las instituciones, definen su mayor o menor amplitud y establecen una serie de garantías para sus destinatarios<sup>3</sup>. En este sentido, y obviando las discusiones terminológicas referentes al término ‘Constitución’, se hará hincapié en las características que, según el Tribunal, definen la Comunidad creada por los Tratados.

5. Merece la pena recordar la sentencia del caso *Los Verdes contra el Parlamento Europeo*, donde el Tribunal afirmaría que «la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho en tanto en cuanto ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de conformidad de sus actos con el tratado, que es su Carta constitucional de base»<sup>4</sup>. Con esta Decisión, el Tribunal no otorgó carta de nacimiento a una Comunidad de Derecho basada en una estructura de naturaleza constitucional, sino que simplemente constató su existencia, dado que al menos implícitamente, ya había hecho referencia a esta cuestión en la célebre sentencia *Van Gend en Loos*, al resaltar la naturaleza particular del Tratado que establecía la Comunidad Económica Europea<sup>5</sup>. Unos años más tarde, en su Dictamen sobre el Espacio Económico Europeo, caracterizaría definitivamente al Tratado CEE como «la carta constitucional de una Comunidad de Derecho»<sup>6</sup>. Igualmente, el TUE-L y el TFUE, junto con la Carta de Derechos, pueden ser considerados hoy día como las normas constitucionales de esta creación tan original que es la UE y que, a través de los años, ha pasado de ser una organización meramente económica a una entidad cada vez más política.

### III. El concepto de Constitución económica

#### 1. La génesis del concepto: el ordoliberalismo

6. A pesar de la evolución o mutación estatalizante, los tratados de la UE siguen teniendo una indudable vocación económica y no en balde, una gran parte de sus disposiciones se centran en la regulación de dicha actividad. Así, tiene sentido que los estudiosos de la cuestión hayan asumido la expresión «Constitución económica», que ya se utilizaba en el clásico Derecho constitucional, para referirse al «marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica» o, dicho con otras palabras, el «orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos»<sup>7</sup>. En

<sup>3</sup> Sobre el concepto de Constitución aplicado a los Tratados constitutivos, *vide, inter alia*, J. L. CASCAJO CASTRO, «Constitución y Derecho constitucional en la Unión Europea», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 2005, pp. 89-106, J. L. CASCAJO CASTRO, «Notas para un breve ensayo sobre «Constitución e interpretación constitucional»», *Estudios de Deusto*, Vol. 51/1, 2003, pp. 81-92 y L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión», *op. cit.*, Vol. 53/2, 2005, pp. 253-306 y la bibliografía allí citada.

<sup>4</sup> Asunto 294/83, *Los Verdes vs. Parlamento*, Sentencia del TJ de 23 abril 1986, *Recueil de jurisprudence*, 1986, p. 1339. La bibliografía sobre esta importantísima decisión es abundante. Para un primer comentario, *vide* J. P. JACQUÉ, «Recours en annulation, campagne d’information pour l’élection du Parlement européen», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 22/3, 1986, pp. 500-511, y R. KOVAR, «Cour de Justice, 23 avril 1986, affaire C-294/83, Parti écologiste «Les Verts» contre Parlement européen», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 23/3-4, 1987, pp. 314-332.

<sup>5</sup> *Vide* asunto 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Sentencia del TJCE de 5 febrero 1963, *Recueil de jurisprudence*, 1963, p. 3. Para un primer comentario de esta sentencia, *vide* S. A. RIESENFELD / R. M. BUXBAUM, «N. V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration Fiscale Neerlandaise: A Pioneering Decision of the Court of Justice of the European Communities», *American Journal of International Law*, Vol. 58/1, 1964, pp. 152-159. Algo más recientemente, *vide* B. DE WITTE, «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», P. CRAIG / G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.

<sup>6</sup> Dictamen 1/91, sobre la *creación del Espacio Económico Europeo*, 14 diciembre 1991, *Recopilación de jurisprudencia*, 1991 p. I-06079, especialmente §21. Sobre este dictamen, *vide* D. SIMON, A. RIGAUX, «L’avis de la Cour de justice sur le projet d’accord CEE/AELE portant création de l’Espace économique européen (EEE)», *Europe*, Février 1992, pp. 1-4, y N. BURROWS, «The Risks of Widening without Deepening», *European Law Review*, Vol. 17/4, 1992, pp. 352-361.

<sup>7</sup> A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho constitucional español*, 6ª ed., Publicaciones UCM, Madrid, 2010, p. 596. Igualmente, *vide* J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, Oxford, 2002, p. 29. C. JOERGES, «What is Left of the European Economic Constitution?», *EUI Working paper Law*, No. 13, 2004. O. DEBARGE, T. GEORGIOPOULOS, O. RABAËY (eds.), *La Constitution économique de l’Union européenne. 2e Rencontres du GIEPI 12 et 13 mai 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2008 o el ya clásico S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 3ª ed., Laterza, Roma, 2007.

todo caso, el concepto de «Constitución económica» tiene su origen en el llamado «ordoliberalismo» de la escuela de Friburgo<sup>8</sup>. El enfoque ordoliberal no se contentaría con la simple identificación de las normas constitucionales que regulan la actividad económica, sino que se decantaría más bien en favor de una política coherente para con el buen funcionamiento de la economía en el amplio contexto del ordenamiento político y constitucional. En este sentido el ordoliberalismo defiende una teoría normativa proponiendo elementos específicos a la regulación de la economía, haciendo de la libre competencia el centro de esta teoría. El ordoliberalismo ha tenido un tremendo impacto en la política y la regulación económicas en Alemania e, igualmente, en el ámbito comunitario. Por ello, no resulta extraño que gran parte de los autores que vienen analizando el Derecho económico europeo sean de esta nacionalidad e, igualmente, según el concepto doctrinal alemán de «Constitución económica»<sup>9</sup>.

7. Así pues, todo análisis del término de Constitución económica debe tener en cuenta sus dos principales fuentes históricas. Por un lado, el debate que se desarrolló en la Alemania de la postguerra a propósito de su nueva Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, y si imponía o se decantaba por algún modelo económico. La segunda fuente serían los postulados ordoliberales de la escuela de Friburgo<sup>10</sup>.

8. En cuanto al primer elemento, la existencia de una Constitución económica adquiriría carta de naturaleza en Alemania con la Constitución de Weimar, cuyo articulado incluía disposiciones relativas a la economía<sup>11</sup>. Algunos autores trataron de deducir del articulado constitucional que la nueva Ley Fundamental se habría inclinado por el modelo de la «economía social de mercado»<sup>12</sup>. Y es posible que estuviera en las mentes de los constituyentes. Sin embargo, sea por la provisionalidad con la que se adoptaría la Ley Fundamental de Bonn, sea por la falta de acuerdo o por la decisión de proteger esencialmente los llamados derechos de primera, lo cierto es que el texto constitucional no acaba definiéndose por un modelo u otro<sup>13</sup>. Aunque en 1990 la economía social de mercado fuese entronizada como el modelo económico de la República recién reunificada, lo cierto es que el Tratado de la Creación de una Unión Monetaria, Económica y Social no tenía ni naturaleza ni fuerza constitucional<sup>14</sup>. Por si acaso, el Tribunal Constitucional alemán rechazaría pronto esta posibilidad de una opción constitucional por la economía social de mercado y optó por la «relativa apertura económica» de la Norma Fundamental<sup>15</sup>. A pesar de la falta de una declaración expresa en la Constitución germana por un determinado modelo económico,

<sup>8</sup> Sobre el ordoliberalismo, que toma su nombre del anuario auspiciado por la Escuela de Friburgo (*Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*) vide el manifiesto fundacional F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH, «Unsere Aufgabe», F. BÖHM (ed.), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. Heft 1. 'Ordnung der Wirtschaft'*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1937, pp. VII-XXI (publicado en inglés como ID., «Ordo Manifesto of 1936», A. PEACOCK / H. WILLGERODT (Eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989, pp. 15-26.

<sup>9</sup> J. BASEDOW, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1992, especialmente, pp. 26-53, D. J. GERBER, «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42/1, 1994, pp. 25-84, J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 t.XXV, pp. 419-454.

<sup>10</sup> Así, vide el excelente J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», A. VON BOGDANDY / J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 633-674 (traducción del original en alemán «Wettbewerbsverfassung - Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht», A. VON BOGDANDY (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin, pp. 747-802) y la segunda edición de su trabajo en A. VON BOGDANDY / J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart/Beck, Oxford, 2011, pp. 659-698 (traducción de su homólogo alemán de 2009).

<sup>11</sup> Vide los artículos 151-165 de la Constitución de Weimar.

<sup>12</sup> H. C. NIPPERDEY, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Müller, Karlsruhe, 1954.

<sup>13</sup> Estas cuestiones aparecen tratadas en J. J. PAPIER, «Ley Fundamental y Orden Económico», E. BENDA / W. MAIHOFFER / H. J. VÖGEL / K. HESSE / W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 561-612, especialmente, pp. 562-564.

<sup>14</sup> P. HÄBERLE, «Soziale Marktwirtschaft als 'Dritter Weg'», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 26, 1993, pp. 383-389 y J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, p. 637.

<sup>15</sup> Vide las decisiones del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 4, 7 (*Investitionshilfe*, 20 julio 1954), especialmente (17-19), BVerfGE 12, 354 (*Volkswagenprivatisierung*, 11 abril 1961), BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), especialmente (338).

sus disposiciones prohíben modelos económicos extremos. Así, los principios propios del Estado social de Derecho (artículos 20, 23, 28, entre otros) colisionarían con un modelo económico liberal totalmente desregularizado. Por otro lado, un sistema totalmente centralizado y planificado entraría en conflicto con las garantías constitucionales relativas a la libertad individual y a la propiedad privada (artículos 2, 12, 14, entre otros). Por ello, la Constitución económica como tal no constituiría un parámetro independiente de constitucionalidad de la legislación ordinaria. No obstante, el legislador estaría especialmente obligado por los derechos de contenido económico establecidos en el capítulo I de la Ley Fundamental<sup>16</sup>.

9. Por lo que al modelo ordoliberal se refiere, la Escuela de Friburgo, liderada por un economista (Walter EUCKEN) y dos juristas (Franz BÖHM y Hans GROSSMANN-DOERTH) que sufrieron el nazismo y las dos guerras mundiales, abogó por llevar a la práctica un modelo económico más «humano»<sup>17</sup>. Así pues, estos autores pasaron del análisis económico descriptivo a la economía normativa. Estos autores defendían la necesidad de proteger la libertad individual en todos los campos, tanto en el ámbito político-social como en el ámbito económico. Partiendo de este postulado, la sociedad preferiría el sistema que más eficazmente protegiese la libertad individual de los ciudadanos frente a la dominación económica<sup>18</sup>. Como antes se avanzó, ni una economía centralizada y planificada ni tampoco un sistema totalmente desregulado responderían al mejor y más «humano» sistema económico. Situaciones de dominación económica y dependencia también pueden desarrollarse en el marco de economías de mercado a través de estructuras monopolísticas. De ello deducirían que sólo un cierto modelo económico garantizaría la libertad individual (ya reconocida formalmente en el ámbito jurídico constitucional): una economía basada en la libre competencia. Esto es, las libertades políticas no garantizan automáticamente libertad económica a todos los miembros de la sociedad. Al contrario, los agentes económicos pueden abusar de su libertad para excluir a otros competidores a través de cárteles y monopolios y, por ello, restringirían las libertades económicas de los otros actores del mercado. Por consiguiente, el fundador de la Escuela habría extrapolado el clásico problema de la libertad individual del hombre que vive en sociedad (libertad individual frente a otros y frente al Estado) desde la política hasta la economía. Al igual que HOBBS advertía de la necesidad de proteger al hombre de sí mismo, la teoría ordoliberal asume que las libertades económicas individuales han de ser protegidas frente a las tendencias dominadoras del propio ser humano también en la esfera económica. Los poderes públicos, por tanto, han de garantizar las condiciones para que un orden económico basado en la libre competencia se desarrolle y prospere, evitando siempre la tentación de dirigir los procesos económicos<sup>19</sup>.

10. Para lograr el buen funcionamiento del sistema económico basado en la libre competencia EUCKEN identificaría dos tipos de principios: constitutivos y reguladores. Los principios constitutivos (*konstituierenden Prinzipien*) tendrían la función de crear la estructura de la libre competencia, mientras que los reguladores (*regulierenden*) garantizarían el buen funcionamiento de este sistema<sup>20</sup>. De los siete principios constitutivos, el fundamental, y sobre el que reposaría toda la estructura de la economía

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión y sobre la necesidad de tener en cuenta la legislación económica infraconstitucional para determinar el contenido de la Constitución económica, vide J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: Eine Studie Zum Privat-Und Wirtschaftsrecht Unter Berücksichtigung Gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1998, especialmente pp. 218-280.

<sup>17</sup> La bibliografía sobre la Escuela de Friburgo es amplia, además de lo ya anotado en la cita 8, puede consultarse un resumen de sus postulados junto con una muy seleccionada bibliografía en V. J. VANBERG, «The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism», *Freiburg discussion papers on constitutional economics*, No. 04/11, 2004, disponible en <<http://hdl.handle.net/10419/4343>> (última consulta: 15.01.2013).

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión, vide W. EUCKEN, «Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus», *Weltwirtschaftliches Archiv*, Vol. 36/2, 1932, pp. 297-323 y W. EUCKEN, «Das ordnungspolitische Problem», *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 1, 1948, pp. 56-90.

<sup>19</sup> W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 2, 1949, pp. 1-99. Sobre la relación histórica entre Estado y control de la economía, vide I. M. BEOBIDE EZPELETA / L. I. GORDILLO PÉREZ, *La naturaleza del Estado. Origen, tipología y lógica de actuación política y social*, Tecnos, Madrid, 2012.

<sup>20</sup> H. PEUKERT, «Walter Eucken (1891-1950) and the Historical School», P. KOLOSOWSKI, *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarity*, Springer, Berlin, 2000, pp. 93-145.

de mercado basada en la libre competencia, sería la existencia de un efectivo sistema de precios en un contexto de perfecta competición. Su segundo principio, la primacía del sistema monetario, hacía referencia básicamente a la estabilidad del valor de la moneda. En tercer lugar, se precisa que los mercados sean abiertos, esto es, que no existan aranceles prohibitivos ni otras restricciones al libre comercio, ni tampoco ninguna forma de medidas anticompetitivas para proteger los mercados nacionales, tales como los precios predatorios frente a posibles nuevos competidores de fuera del sistema. La garantía de la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad de los actores económicos y la continuidad de la política económica completarían la tabla de sus siete principios constitutivos<sup>21</sup>. Estos principios constitutivos integrarían las condiciones necesarias para la existencia de un mercado basado en la libre competencia. Sin embargo, para garantizar estarían complementados por cuatro principios reguladores. En primer lugar, se hace necesario el establecimiento de una política de defensa de la competencia que, de acuerdo con el padre del ordoliberalismo, habría de ser implementada por una agencia pública que tuviera la capacidad de disolver los monopolios o, al menos, controlar su comportamiento en los mercados. En segundo lugar, una política fiscal con un impuesto sobre la renta progresivo. Finalmente, la corrección de elementos externos (entendidos en perspectiva ecológica, EUCKEN tenía en mente la destrucción de los bosques norteamericanos) y la corrección de situaciones anómalas en el mercado laboral (necesidad de establecer un salario mínimo, por ejemplo) completaban el elenco de principios reguladores<sup>22</sup>.

## 2. El concepto jurídico

**11.** Antes se ha escrito que la Ley Fundamental de Bonn, a pesar de la intensa influencia ordoliberal, no estableció una garantía constitucional explícita relativa al sistema de libre competencia. Al contrario, la Norma guardaría silencio sobre el papel del Estado en la economía, lo que también extrañaba dados los antecedentes de la Constitución de Weimar. Sin embargo, el debate sobre el contenido de la Constitución jurídica se desarrolló (NIPPERDEY, *vide supra*) hasta que la Alta instancia de Karlsruhe puso fin al debate con una jurisprudencia muy clara en la que, al descartar un modelo económico constitucional, otorgó al mismo tiempo un gran poder de decisión al legislador para establecer el sistema económico en Alemania. Este poder, no obstante, no sería ilimitado, sino que las leyes económicas deben siempre respetar los principios propios del Estado social y los derechos fundamentales de la Constitución (esencialmente, la propiedad privada, libertad de emprender actividades económicas y profesionales, acción sindical, asociación...)<sup>23</sup>. Más allá de este contenido esencial de la Constitución económica, el Tribunal de Karlsruhe no invalidaría una ley del parlamento con la excusa de que ésta pudiera ser contraria a la economía social de mercado. Por tanto, cabría hablar tan sólo de una «neutralidad económica relativa» de la Ley Fundamental<sup>24</sup>. En relación con la economía basada en la libre competencia, cabría concluir que la Norma rechaza los extremos (economía planificada y economía totalmente desregulada), pero acaba obligando al legislador a garantizar las condiciones del sistema de la libre competencia.

**12.** La Constitución económica europea, desde el punto de vista jurídico, sí que se distinguiría largamente de su homóloga germana. El Tratado fundacional de 1957 tenía una vocación eminentemente económica. En sus principios generales, el Tratado incluía una garantía explícita de que «la competencia no será falseada en el mercado interior»<sup>25</sup>. Más tarde, el Tratado de Maastricht obligaría a los órganos de

<sup>21</sup> Sobre los principios constitutivos, *vide* W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *op. cit.*, pp. 32-62 y W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1990, pp. 254-291.

<sup>22</sup> Sobre los principios reguladores, *vide* W. EUCKEN, «Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung», *op. cit.*, pp. 64-83 y W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, pp. 291-312.

<sup>23</sup> *Vide, inter alia*, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), *op. cit.*, especialmente (337).

<sup>24</sup> El *Bundesverfassungsgericht*, en su decisión *Mitbestimmung* empleó la expresión «relative wirtschaftspolitische Offenheit» [BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*, 1 marzo 1979), *op. cit.*, (338)]. Sobre esta cuestión, *vide* J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, *op. cit.*, pp. 218-229.

<sup>25</sup> Artículo 3 f) TCEE, más tarde 3.1 g) TCE y, tras Lisboa, su contenido pasa al 3.1 b) TFUE.



la Unión y a los Estados miembros a respetar el principio de «una economía de mercado abierta y de libre competencia». Este principio, enunciado en el artículo 4 TCE, ha pasado al nuevo artículo 119.1 TFUE, que abre el título dedicado a la Política económica y monetaria, nos llevaría a plantearnos si acaso el Tratado no habría definido explícitamente un modelo económico determinado para la Unión Europea.

**13.** El Tribunal de Justicia ha tenido distintas oportunidades de ir perfilando su posición. Así, en el caso *Echirolles*, el Tribunal hubo de cuestionarse si una ley nacional que obliga a los editores de libros a fijar los precios de venta al público violaba el principio de «una economía de mercado abierta y de libre competencia»<sup>26</sup>. El Tribunal estableció que este principio general no se aplica de manera aislada como parámetro de control de conformidad de una ley nacional con el Derecho comunitario, sino que solamente puede ser utilizado en combinación con otras disposiciones del Tratado destinadas a desarrollar este principio general<sup>27</sup>. El Tribunal de Justicia no se detuvo, sin embargo, a analizar la cuestión de si este principio se aplicaría igualmente más allá de las normas del Tratado sobre la política económica y monetaria, una cuestión que cobraría la máxima importancia, habida cuenta del traslado de este principio en el nuevo artículo 119 TFUE (relativo a esta política)<sup>28</sup>.

**14.** Además, el Tribunal de Luxemburgo tiene siempre presente que puesto que el Tratado de la Comunidad Europea fue concebido como un tratado de vocación indiscutiblemente económica, su aplicación conlleva adoptar medidas que resultan difíciles de controlar por parte del juez comunitario. Es decir, supondría para el juez realizar un control de oportunidad que pertenece, de ordinario, a las instituciones comunitarias, y sobrepasar este límite colocaría al juzgador en la posición de legislador. El TJCE se ha mostrado siempre especialmente cuidadoso con no sobrepasar este límite cuando ejerce el control de legalidad de los actos comunitarios. Así, como ya dispuso en el caso *Consten Grundig* «las competencias que ejerce la Comisión implican necesariamente adoptar apreciaciones complejas en materia económica (...) el control jurisdiccional debe respetar este carácter limitándose al examen de la materialidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la Comisión ha realizado»<sup>29</sup>.

**15.** En todo caso, el Tribunal ha negado una violación del Derecho comunitario recordando que la regulación nacional (en un caso concreto) era conforme con los principios del mercado interno, entendido incluidos las libertades fundamentales y el Derecho comunitario de la competencia<sup>30</sup>. De este modo, la alta instancia de Luxemburgo ha establecido un margen de apreciación más amplio para el legislador nacional y el europeo utilizando el principio general para la interpretación de las obligaciones concretas que establece el Derecho originario.

<sup>26</sup> Asunto C-9/99, *Echirolles Distribution SA v. Association du Dauphiné y otros*, Sentencia del TJCE de 3 octubre 2000, Rec. 2000 I-08207. Sobre esta decisión, vide D. SIMON, «CJCE C-9/99, *Echirolles Distribution*» *Europe*, núm. 383, Décembre 2000, p. 14 y F. POLLAUD-DULIAN, «Législation nationale sur le prix du livre et objectifs du Traité CE», *La Semaine Juridique*, (II) 2001, p. 10485.

<sup>27</sup> Asunto C-9/99, *Echirolles*, *op. cit.*, §22, donde retoma una jurisprudencia anterior del Asunto C-341/95, *Gianni Bettati v. Safety Hi-Tech Srl*, Sentencia del TJCE 14 julio 1998, Rec. p. I-4355 (especialmente §75). Sobre éste último caso, vide M. DOHERTY, «The status of the principles of EC environmental Law - Gianni Bettati against Safety High Tech», *Journal of Environmental Law*, Vol. 11/2, 1999, pp. 354-386.

<sup>28</sup> Para una postura a favor de la aplicación de este principio más allá de esta política específica, vide J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, p. 668.

<sup>29</sup> Asuntos acumulados 56 y 58/64, *Consten S.à.R.L. y Grundig Verkaufs GmbH v. Comisión*, Sentencia del TJCE de 13 julio 1966, *Recueil de jurisprudence*, 1966, p. 429. Sobre esta sentencia, vide BAARDMAN, B., «Cour de Justice, 13 juillet 1966, affaires jointes 56 et 58-64, Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission», *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 2, 1966, pp. 669-689, y SCHRANS, G., «L'application du droit communautaire des ententes économiques par la Cour de justice des Communautés européennes (affaire Grundig-Consten)», *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, Vol. 20, 1967, pp. 180-202.

<sup>30</sup> Asunto 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc y otros v. SARL «Au blé vert» y otros*, Sentencia del TJCE de 10 enero 1985, Rec. 1985, p. 1, especialmente §24. Sobre esta cuestión, vide S. B. HORNSBY, «Public and Private Resale Price Maintenance Systems in the Publishing Sector: The Need for Equal Treatment in European Law», *European Law Review*, 1985, Vol. 10, pp. 381-397, Y. GALMOT / J. BIANCARELLI, «Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 21, 1985, pp. 269-311, B. VAN DER ESCH, «The System of Undistorted Competition of Article 3(f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Central Parameters Thereof», *Fordham International Law Journal*, Vol. 11/2, 1988, pp. 409-431.

16. Este enfoque caracterizaría igualmente la jurisprudencia comunitaria sobre la garantía de que «la competencia no será falseada» del antiguo artículo 3.1 g) TCE<sup>31</sup>. La cuestión que se plantearía, como se ha avanzado someramente *supra*, es la de saber si esta jurisprudencia se aplica también hoy teniendo en cuenta la supresión de esta garantía específica de entre los objetivos de la Unión Europea en el texto principal de los tratados y su traslado al Protocolo núm. 27 sobre el mercado interior y la competencia. El protocolo reza así:

«Las Altas Partes Contratantes, considerando que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, han convenido en lo siguiente:

A estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El presente Protocolo se incorporará como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

A pesar de los temores que algunos autores mostraron respecto de la posible devaluación de este principio, recientemente, el Tribunal ha recordado «el carácter fundamental de las disposiciones del Tratado en materia de competencia y en particular las relativas a las ayudas de Estado (...), dicho carácter fundamental se desprende del artículo 3 TFUE, apartado 3, relativo al establecimiento de un mercado interior, así como del Protocolo nº 27 sobre el mercado interior y la competencia, que es, en aplicación del artículo 51 TUE, parte integrante de los tratados y en cuya virtud el mercado interior comprende un sistema que garantiza que no se falsee la competencia»<sup>32</sup>.

### 3. La mutación del concepto

17. De los análisis precedentes cabría destacar que a pesar de poder encontrar disposiciones constitucionales de las que se pueda inferir una opción por un modelo económico u otro (o, al menos, una preferencia o prohibición de modelos extremos, como en el caso alemán), lo cierto es que el legislador tendrá un papel muy importante en la concreción del marco jurídico esencial del orden económico. Igualmente, el juzgador deberá aplicarse importantes dosis de *self-restraint*, porque de lo contrario podría acabar definiendo el modelo económico sustituyendo a los depositarios de la voluntad general. La situación recuerda bastante al modelo español del bloque de la constitucionalidad, compleja teoría en la que para ejercer su jurisdicción y realizar el control de constitucionalidad, el Tribunal recurre no solamente al texto de la constitución, sino a una serie de normas formalmente fuera de ellas pero que acaban definiendo el canon de constitucionalidad aplicable al caso. Así, y aunque la teoría del bloque se ha aplicado en España mayoritariamente a los conflictos de competencias, una ley podría ser declarada inconstitucional por ser contraria a un parámetro de control específico integrado por la Constitución y otras leyes<sup>33</sup>.

18. Por esta razón, muchos autores se decantan por un concepto mixto, construyendo un concepto de Constitución económica material, cuyos elementos jurídicos no estarían solamente en el texto fundamental, sino que se reserva al legislador un papel importante en la definición final del modelo (aunque

<sup>31</sup> Para un análisis amplio de esta jurisprudencia, comentando numerosos casos, vide *vide* J. DREXL, «Competition Law as Part of the European Constitution», *op. cit.*, pp. 664-673.

<sup>32</sup> Asunto C-496/09, *Comisión v. Italia*, Sentencia del TJ de 17 noviembre 2011, §60, pendiente de publicación. Sobre esta sentencia, vide M. ORLANDI, «La prima ‘doppia condanna’ dell’Italia per violazione della normativa dell’Unione europea», *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2012/1, pp. 157-170.

<sup>33</sup> La bibliografía sobre el bloque es extensísima. Para una muestra, vide F. RUBIO LLORENTE / M. ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constitucional», A. PREDIERI / E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.), *La Constitución de 1978. Un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, especialmente pp. 810-811, T. R. FERNÁNDEZ, *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, L. FAVOREU, «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68, L. FAVOREU / F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, 1997, I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, enero-junio 2006, pp. 61-98, especialmente, pp. 65-72.

se suele obviar, también el órgano de control constitucional tendría un papel igualmente relevante)<sup>34</sup>. La noción mixta forma parte de los razonamientos ordoliberales, en el sentido de que promueve la realización de una política económica integral y coherente que sea capaz de establecer y mantener un orden económico basado en la libre competencia por parte del legislador. Este concepto no buscaría tanto obligar a los jueces a controlar cada acción económica aprobada por el legislador y que se aparte del contenido de esa Constitución económica material (cuyo contenido normativo sería complejo, sus límites difusos y su aplicación quizá contraria al Estado de Derecho), sino que más bien estaríamos ante una categoría más bien neutra, es decir, que no haría alusión al modelo económico explícito. En este sentido, los seguidores de esta aproximación «mixta», definen la Constitución económica como el conjunto de disposiciones constitucionales y legales de carácter esencial, o a veces la propia ausencia de disposiciones, que regulan las relaciones fundamentales entre la Economía, el Estado y los ciudadanos<sup>35</sup>. Este concepto es en esencia el utilizado por la doctrina alemana, particularmente la influida por la Escuela de Friburgo, que puede así paliar las ausencias de la Ley Fundamental de Bonn en materia económica y elevar, así, los principios del Derecho de la Competencia a la categoría «constitucional».

**19.** En el caso europeo, aunque la regulación económica sea mucho más profusa en el TFUE (de lo que lo es en una Constitución nacional), la noción mixta de Constitución económica permite así tener también en cuenta tanto las normas económicas aprobadas como Derecho derivado como los Derechos de los Estados miembros. De hecho, los principios de Derecho económico más importantes no están solamente recogidos en las fuentes de Derecho primario. El Derecho secundario ha añadido normas que a menudo resultan esenciales para el funcionamiento del mercado interior. Por ejemplo, el marco jurídico esencial de la libre circulación de servicios, en este momento, no estaría solamente condicionado por las disposiciones del TFUE y las resoluciones correspondientes del Tribunal de Justicia, sino que hay que tener en cuenta la conocida como «Directiva de servicios»<sup>36</sup>. Igualmente el reglamento comunitario de concentraciones juega un papel esencial en el ámbito de la protección de la libre competencia, rol que no es menos importante que el que desempeñan las prohibiciones de ententes restrictivas y el abuso de posiciones dominantes reguladas en los artículos 101 y 102 TFUE<sup>37</sup>. El Derecho de la UE no regula todas las cuestiones esenciales del Derecho económico, pero llega incluso a utilizar al Derecho nacional, sobre todo en el contexto de la armonización de leyes nacionales, para establecer el mercado interior y completar el orden económico europeo. A modo de ejemplo, basta pensar en las normas que sancionan la competencia desleal que contribuyen a mantener un sistema de competencia no falseado en el mercado interior, pero que solamente está integrado por un número limitado de Directivas, siendo el Derecho

<sup>34</sup> Vide J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, especialmente, pp. 426-429.

<sup>35</sup> W. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, Beck, Munich, 1983, Vol. II, p. 24

<sup>36</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial* L 376 de 27 diciembre 2006. A este respecto, resulta de gran interés la Comunicación de la Comisión de 27 de enero de 2011 denominada *Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios*, COM(2011) 20 final, de 27 enero 2011 (no publicada en el Diario Oficial). Sobre esta importantísima norma, vide, entre otros trabajos, C. BARNARD, «Unravelling the services Directive», *Common Market Law Review*, Vol. 45/2, 2008, pp. 323-394, K. PEGLOW, «La libre prestación de servicios dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 44/1, 2008, pp. 67-118, P. STAIKOURAS, «The Conundrum of the Market Abuse Directive Preventative Measures for EU Financial Services' Integration: In Search of Equilibrium between Market Integrity Enhancement and Undue Regulatory Encumbrance», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35/4, 2008, pp. 351-373, H. DE WAELE, «The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A Challenge for the European and the National Legal Orders», *European Public Law*, Vol. 15/4, 2009, pp. 523-531, J. SIRINELLI, «La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2011/4, pp. 883-919.

<sup>37</sup> Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), *Diario Oficial* L 24 de 29 enero 2004. Sobre las concentraciones, vide A. L. CALVO CARAVACA / N. GOÑI URRIZA, *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, BOE, Madrid, 1999, D. TZOUGANATOS, «EC Merger Regulation 139/04: The Substantive Issues», *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, Vol. 69/4, 2005, pp. 746-760 y M. ROSENTHAL / S. THOMAS, *European Merger Control*, Beck/Hart, Oxford, 2010, especialmente interesante para nuestro análisis, pp. 1-20.

nacional el que ha de transponer estas regulaciones<sup>38</sup>. Así pues, la Constitución económica europea tendría un carácter mixto, estaría integrada por elementos de Derecho primario, de Derecho secundario e incluso por los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

#### IV. El impacto del Tratado de Lisboa

**20.** Uno de los aspectos que resulta siempre de interés para los constitucionalistas es el efecto jurídico real que tienen los principios enunciados en los textos constitucionales. En el caso de la Constitución española, la cuestión se complica, ya que hay una variada tipología de principios (los del Estado de Derecho -9.3 CE-, el de igualdad -14 CE- por una lado o los principios rectores de la política social y económica, por ejemplo), valores superiores del ordenamiento o fundamentos del orden político y la paz social. No es este el lugar adecuado para disertar sobre esta cuestión<sup>39</sup>. Interesa, sin embargo, centrarse en la jerarquía de los objetivos establecida en los Tratados y en la relación existente entre los instrumentos jurídicos más específicos de los Tratados y estos objetivos (antes y después de Lisboa).

**21.** En el TCE los objetivos y las normas operativas estaban estructurados en tres niveles. En el nivel superior, el artículo 2 enunciaba las distintas finalidades que perseguía la Comunidad, incluyendo «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros». Este artículo no expresaba los instrumentos jurídicos que permitirían llevar a cabo estos objetivos tan genéricos, por lo que tiene la calidad de principio general. En un nivel intermedio, el artículo 3 TCE aportaba mayor precisión enunciando las políticas de la Comunidad. Desde el punto de vista de la Constitución económica, los instrumentos más importantes serían el establecimiento y la garantía del mercado interior (caracterizado por la realización de las cuatro libertades fundamentales, artículo 3.1 d) y la garantía de que la competencia no sería falseada en el mercado interior (artículo 3.1 g). Igualmente, desde el Tratado de Maastricht, habría que mencionar el objetivo del establecimiento de una Unión económica y monetaria (enunciado en el artículo 2 y precisado en el artículo 4 TCE). En el nivel inferior, encontraríamos las normas operativas, especialmente la regulación específica de las libertades fundamentales y la política de armonización en lo que se refiere al establecimiento del mercado interior y las normas de la política de la competencia en los artículos 81 a 97 del TCE<sup>40</sup>.

**22.** En el caso de la garantía de una competencia no falseada, el Tratado no le acordó el estatuto de un fin en sí mismo, sino que servía a la realización de los objetivos contenidos en el artículo 2. Podría

<sup>38</sup> Vide, entre otras, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), *Diario Oficial* L 149 de 11 junio 2005. Sobre la competencia desleal tras Lisboa, vide, A. PEUKERT, «Der Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung im Spiegel des Sekundärrechts Erläutert am Beispiel des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb», *ZHR: Zeitschrift für Wirtschafts- und Handelsrecht*, Vol. 173/4, 2009, pp. 536-574, G. ANAGNOSTARAS, «The Unfair Commercial Practices Directive in context: from legal disparity to legal complexity?», *Common Market Law Review*, Vol. 47/1, 2010, pp. 147-171 y B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Hart, Oxford, 2011, especialmente pp. 139-224 que tratan la transposición por parte de los Estados miembros y las técnicas de armonización.

<sup>39</sup> La bibliografía es muy amplia. Como muestra, y en castellano, vide L. PAREJO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, F. RUBIO LORENTE (Dir.), *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997 o A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona.: Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

<sup>40</sup> D. VAUGHAN / S. LEE / B. KENNELLY / P. RICHES, *EU Competition Law: General Principles*, University Press, Oxford, 2006.

concluirse que los Estados fundadores esperaban de la política de la libre competencia ventajas económicas diversas que irían más allá de simples criterios de eficiencia económica y bienestar del consumidor que hoy, por lo demás, aparecen a veces como objetivos exclusivos del Derecho de la competencia. Lo importante es que los Estados fundadores adoptaron una decisión constituyente fundamental a favor del modelo de la libre competencia. En cuanto al empleo, un nivel de protección social elevado o la competitividad de las economías europeas (artículo 2 TCE), el artículo 3.1 g) que garantiza una competencia no falseada, clarifica que la realización de los objetivos del artículo 2 pasa por una política de defensa de la competencia más que por una política que pretenda proteger las grandes empresas nacionales contra la competencia. Una política industrial proteccionista sólo podría conservar el empleo a corto plazo, mientras que la política de la competencia provoca efectos mucho más duraderos<sup>41</sup>.

**23.** Desde el punto de vista del Tribunal de Justicia, la política de la libre competencia no puede ser relativizada por otras consideraciones políticas que presuntamente busquen realizar los objetivos del artículo 2. Así, en el caso *Europemballage Corporation y Continental*, el Tribunal dictaminó que la garantía de que la libre competencia no será falseada en el mercado interior exige que la competencia no sea eliminada, que esta exigencia es tan esencial que sin ella numerosas disposiciones del tratado carecerían de significado, que, además, responde a los imperativos del artículo 2 y que las posibles limitaciones de la competencia que el Tratado admite muy excepcionalmente encuentran su límite en los artículos 2 y 3 del Tratado<sup>42</sup>. Así pues la protección de la libre competencia es fundamental para garantizar los objetivos del artículo 2. Las excepciones solo serían válidas en la medida en que las normas operativas de la competencias, como las del antiguo artículo 81.2 TCE, lo permitieran. La garantía de la libre competencia impediría que el modelo competitivo pudiese ser excepcionado simplemente haciendo referencia a que se pretendían alcanzar los objetivos del artículo 2. A través de este estatuto superior, el Tratado respondería a las exigencias doctrinales de los ordoliberales que propugnaban la necesidad de tener garantías constitucionales que salvaguardasen el modelo de la libre competencia contra el poder discrecional de mayorías políticas coyunturales.

**24.** Sin embargo, la situación parece haber cambiado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las normas operativas de Derecho material siguen estando en el articulado y no han cambiado. No obstante, el nuevo Tratado ha reformulado las disposiciones sobre los objetivos de la Unión Europea. Las modificaciones incluyen, en primer lugar, una transferencia de todas las disposiciones sobre los objetivos del TUE. En segundo lugar, con el nuevo artículo 2 TUE-L aparece una nueva disposición que coloca «los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías» por encima de los objetivos de carácter económico. En tercer lugar, los objetivos más bien económicos del antiguo artículo 2 TCE han sido recolocados en el artículo 3.3 TUE-L. Finalmente, el antiguo artículo 3 TCE ha desaparecido. Mientras que en lo que respecta al mercado interior, el artículo 3.3. TUE-L lo coloca aún en la primera posición de entre los objetivos de tipo económico, la garantía de la competencia no falseada ha desaparecido de las disposiciones relativas a los objetivos de la Unión.

**25.** La adopción de una disposición sobre los valores marca una etapa importante en la evolución del Derecho de la UE hacia una unión política cada vez más real y una auténtica Constitución. En este sentido, dicho desarrollo casa bien con la teoría ordoliberal. El nuevo artículo 2 TUE-L permite

<sup>41</sup> J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, p. 438.

<sup>42</sup> Asunto 6/72, *Europemballage Corporation y Continental Can v. Comisión*, Sentencia del TJCE 21 febrero 1973, *Rec.* 1973, p. 215, §24. Sobre esta sentencia *vide* J. DE RICHEMONT, «Concentrations et abus de positions dominantes - Article 86 du traité de Rome», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 1973/3, pp. 463-491, S. NERI, «Le contrôle des concentrations dans le traité CEE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 9, 1973 pp. 339-353, R. S. SINGLEY, «Abuse of a Dominant Position by Acquisition in the Common Market: The Continental Can Cases (Commission and Court of Justice of the European Communities, 1972 and 1973)», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 12, 1973, pp. 359-386, J. D. HURWITZ, «The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market», *Hastings Law Journal*, Vol. 25, 1973-74, pp. 469-517, J. VANDAMME, «L'arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du traité CEE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 10, 1974, pp. 112-126.

poner de relieve los estrechos vínculos existentes entre la regulación económica y la libertad individual, política y económica, así como la propia dignidad humana. Resta por ver la aplicación de la Carta de derechos cuyas disposiciones expresan directamente los derechos y libertades fundamentales. La cuestión que se plantea en relación con la Constitución económica europea es la de saber si el Tribunal de Justicia aplicará también la Carta para desarrollar el Derecho económico<sup>43</sup>.

## V. Los cambios en marcha

**26.** La Unión parece estar en una permanente metamorfosis de su modelo económico condicionada por la fortísima crisis económica y financiera global, que se ha añadido a su tradicional institucional (legitimidad democrática, la tensión entre el modelo comunitario y el mero intergubernamentalismo...) y su crisis de identidad permanente (con la amenaza de una posible salida del Reino Unido en el horizonte). La inestabilidad de los mercados financieros, los ataques de especuladores a las deudas de algunos países disparó todas las alarmas y se iniciaron una serie de reformas que pretendían no tanto cambiar el modelo económico, como evitar ciertas catástrofes financieras de algunos países y, por extensión, de toda la Unión. La complejidad de los procesos de decisión, lo excesivamente técnico de las reformas y la superposición de medidas (algunas desfasadas antes de ser ratificadas) en función, además, de los índices bursátiles, hace muy difícil la comprensión de la llamada «gobernanza económica» de la Unión, y convierte cualquier intento de análisis de hacia dónde va el modelo en un ejercicio no ya de prestidigitación, sino de temeridad. Los únicos análisis válidos son los día, no hay tiempo de consolidar una reflexión seria dado que no existe estabilidad, los artículos científicos se quedan anticuados al poco de ser enviados a las redacciones de las revistas y todos miramos, lo entendamos o no, a nuestro particular calendario zaragozano de la economía que es la prima de riesgo diaria. En todo caso, quizá merezca la pena, mencionar algunos cambios importantes que se están produciendo y que afectan y condicionan a la Constitución económica, tal y como aquí la hemos analizado. Entre ellos estarían las reformas constitucionales nacionales tendentes a limitar el déficit y a lograr la estabilidad presupuestaria, los mecanismos comunitarios para ayudar a los Estados en situaciones económicas comprometidas o las últimas medidas fiscales, entre otros.

### 1. La inclusión de la «regla de oro» en las constituciones nacionales

**27.** La cumbre francoalemana del 16 de agosto de 2011 ha ratificado la idea de la adopción por parte de los países de la zona Euro, antes del final de 2012, de una norma constitucional que imponga la limitación de los déficit públicos y la vuelta al equilibrio presupuestario de las cuentas públicas. Sin entrar en este momento en el análisis del tipo de gobernanza directorial que se están imponiendo en Europa, cabría plantearse la auténtica eficacia de la llamada «regla de oro».

**28.** La idea de incluir una limitación de rango constitucional a la capacidad de endeudamiento de las democracias no es nueva<sup>44</sup>. Sin embargo, ha adquirido un nuevo protagonismo en el actual contexto de crisis en el que se busca inspiración en las recetas alemanas. En efecto, desde su entrada en vigor, la Ley Fundamental de Bonn prevé en su artículo 110.1 que «el presupuesto federal deberá ser equilibrado en sus ingresos y gastos». El artículo 115 prevé que los préstamos del Estado solo pueden ser empleados en gastos de inversión. Pero la eficacia real de estas aseveraciones se ha visto reducida por el recurso continuado a la cláusula de que permite incurrir en déficit para «para contrarrestar una alteración del equilibrio global de la economía». La reforma de la Constitución germana de 2009 introdujo un mecanismo de «freno al endeudamiento» (*Schuldenbremse*) que implica la obligación de limitar el

<sup>43</sup> J. DREXL, «La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral», *op. cit.*, p. 439.

<sup>44</sup> J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1962. *Vide*, igualmente, MUELLER, D., «Constitutional Democracy and Social Welfare», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 87/1, 1973, pp. 60-80.

déficit estructural federal al 0,35% del PIB y una obligación de equilibrio presupuestario por parte de los Länder, aunque estas garantías son susceptibles de derogación en casos de evolución anormal de la coyuntura, desastres naturales o situaciones extraordinarias más allá del control del gobierno y que puedan comprometer sustancialmente la capacidad financiera del Estado. Otros Estados europeos han seguido esta vía de limitar constitucionalmente el déficit. Dado que casi todas las reformas siguen los mismos principios y que ésta ha constituido la segunda reforma de la Norma Fundamental de 1978 en nuestro país, a continuación se analizará con cierto detenimiento el caso español<sup>45</sup>.

### A) La reforma de 2011: el nuevo artículo 135 CE

**29.** La reforma constitucional es una cuestión que se encuentra en el corazón de la teoría y práctica constitucionales. La teoría del constitucionalismo implica que las normas fundamentales para el ejercicio efectivo del poder del Estado y la protección de los derechos fundamentales individuales han de ser estables y predecibles y, en consecuencia, que dichas normas no pueden estar sujetas a un cambio fácil. Esto es crucial para la legitimidad del sistema constitucional. La reforma de la Constitución consistiría en una especie de actualización del pacto constituyente, una adaptación de la norma fundamental a nuevas realidades<sup>46</sup>.

**30.** La reciente reforma de la CE 78, más que buscar una re-actualización del pacto constitucional, parece que sigue al pie de la letra el guión establecido por el directorio francoalemán que, tras una mini-cumbre de 16 de agosto de 2011, envió una carta al presidente del Consejo Europeo con la batería de medidas necesarias, a su juicio, para proteger y reforzar la Unión Económica y Monetaria y el mismo Euro<sup>47</sup>. Concretamente, estas medidas, serían un «refuerzo» del gobierno (entendido como ‘gobernanza’) económico de la zona Euro, principio de estabilidad presupuestaria (la llamada «Golden rule» o «règle d’or»), convergencia fiscal e impuesto sobre las transacciones financieras.

**31.** Así, la que ha sido hasta la fecha la segunda reforma de la Constitución ha llegado tras un acelerado proceso de apenas un mes y ha entrado en vigor el 27 de septiembre de 2011. El texto de la reforma establece un preámbulo, una parte dispositiva con un artículo único (en el que se estipula la nueva redacción del artículo 135), una disposición adicional que establece el calendario de desarrollo de esta reforma y una disposición final que establece la entrada en vigor inmediata.

**32.** Cabe destacar, igualmente, que al ser producto de una iniciativa legislativa parlamentaria, pactada, además, por los dos principales partidos con representación en el hemiciclo, el Consejo de Estado no hubo de pronunciarse, lo que ha redundado en la celeridad con la que ha sido tramitada. La velocidad con la que se ha tramitado bate todos los records: la proposición de reforma registrada en el Congreso tiene fecha de 26 de agosto de 2011 y la entrada en vigor, luego de una expeditiva tramitación parlamentaria, se produjo el 27 de septiembre de ese mismo año: un mes.

**33.** El preámbulo de la reforma resalta la importancia del principio de estabilidad presupuestaria que «adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social» y que, por tanto, «justifica su consagración

<sup>45</sup> Un breve análisis de la inclusión de la «Golden rule» en otros países del entorno puede encontrarse en A. L. BAR CENEDÓN, «La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 59-87, especialmente pp. 63-70. Igualmente, para el caso polaco, vide R. D. TORRES KUMBRIÁN / J. IZQUIERDO COLLADO, «La regla de oro en la Constitución polaca de 1997 y su influencia social y económica», *Estudios de Deusto*, Vol. 60/1, 2012, pp. 253-269.

<sup>46</sup> Para un análisis comparado sobre el poder reforma, véase el interesante estudio elaborado por la COMISIÓN DE VENECIA, Study no. 469/2008, *Report on Constitutional Amendment adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session* (Venice, 11-12 December 2009), CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 enero 2010.

<sup>47</sup> *Lettre commune de N. Sarkozy et de A. Merkel adressée à M. Herman Van Rompuy, Président du Conseil européen*, 17 agosto 2011, disponible en <[http://www.elysee.fr/president/root/bank\\_objects/110817Lettre\\_commune\\_Sarkozy-Merkel.pdf](http://www.elysee.fr/president/root/bank_objects/110817Lettre_commune_Sarkozy-Merkel.pdf)> (última consulta: 15 noviembre 2011).

constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos». Curiosamente, se cita el Pacto de Estabilidad, pero no se alude a su fuerza normativa.

**34.** El nuevo artículo 135 de la CE reza así:

«1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias».

## **B) Sucinto análisis de la reforma española**

**35.** El nuevo texto de la norma es bastante explícito, sin embargo, quizá quepa hacer una pequeña descripción de su contenido. Así, el artículo 135.1 obliga a que todas las Administraciones se adecúen al principio de estabilidad presupuestaria. Aunque el resto del artículo solo mencione las administraciones territoriales (Central, autonómica y local), habría que entender también incluida la llamada administración instrumental o institucional. Lo contrario podría propiciar que las administraciones territoriales creasen organismos autónomos a modo de filiales sobre las que descargar sus déficits.

**36.** El apartado 2 establece que no es posible superar el déficit estructural establecido por la UE, es decir, sin constitucionalizar la cifra, se haría alusión a la prohibición de superar el consabido 3%. No obstante, de la redacción se difiere a un momento posterior la distribución de este porcentaje entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de sus respectivos PIBs. A diferencia del caso alemán, por ejemplo, donde se ha inscrito en el texto constitucional el límite explícito, en el caso espa-



ñol vemos como se recurre a la ley orgánica para concretar, en un momento posterior, cuál haya de ser ese límite. Así, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ingresa directamente en llamado bloque de la constitucionalidad y se constituye en parámetro de validez de otras (las leyes de presupuestos autonómicas, por ejemplo)<sup>48</sup>. Resulta extraño y, sin duda, una suerte de cuestionamiento de la primacía del Derecho de la UE, el que haya que establecer (o recordar) en sede nacional la necesidad de respetar una obligación supranacional ya existente. A nadie se le escapa, sin embargo, que la diferencia última con la situación anterior es que a partir de ahora habrá una jurisdicción que será competente para controlar el incumplimiento del déficit. En el caso de la obligación comunitaria, los Tratados de la UE (artículo 126 TFUE, antiguo 104 TCE) recogen multas, apercibimientos, informes públicos, etc., pero se excluye el control judicial por parte del TJUE (artículo 126.10 TFUE). En otro orden de cosas, en el caso de las entidades locales, por otra parte, simplemente se establece la necesidad de que estas administraciones territoriales cuadren sus cuentas. Para entender por qué se aplica un régimen distinto a las entidades locales, quizá cabría recordar la dificultad de ponderar, controlar y coordinar los déficits de más de ocho mil de estas administraciones territoriales.

**37.** El 135.3, además de recordar la obligación ya establecida en virtud del Derecho de la UE de no superar el límite de endeudamiento consignado en el Pacto de Estabilidad, establece la necesidad de autorizar por ley la emisión de deuda por parte de las CC AA e, igualmente, se recoge la «prioridad absoluta» de que gozan los pagos necesarios para satisfacer intereses y capital de la deuda pública de las Administraciones.

**38.** El artículo 135.4 establece los supuestos excepcionales en los que podrán sobrepasarse los límites de déficit estructural y volumen de la deuda pública (catástrofes, recesión, situaciones de emergencia extraordinaria...) condicionando su validez de dichas excepciones a que éstas sean apreciadas por mayoría absoluta del Congreso (176 diputados). El hecho de que la existencia del presupuesto habilitante (situaciones de emergencia...) haya de ser apreciado por una mayoría cualificada del Congreso suavizará sin duda el control que, en su caso, podrá realizar el Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de esas situaciones tasadas en el precepto constitucional. Es decir, si ya en el caso de la «extraordinaria y urgente necesidad» que la Constitución establece en el artículo 86 para la aprobación de un Real Decreto-Ley, el TC muestra una especial deferencia para con la apreciación realizada por el Gobierno (como excepción, cabría citar la STC 68/2007, con escasos efectos, por otra parte), la necesidad de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante en virtud de una mayoría cualificada del Congreso de los Diputados hará aún más excepcional un posible control del TC sobre este particular.

**39.** El apartado 5 del artículo 135 difiere a una ley orgánica la distribución de los límites de déficit y deuda entre el Estado y las CC AA, lo métodos y procedimientos de cálculo y la responsabilidad de cada administración, cosa que se desarrollo en la LO 2/2012 precitada, donde cabe destacar la mención que hace la LO al procedimiento excepcional del 155 CE (que habilita al Estado para intervenir las CC AA). Hay que decir que esta nueva obligación constitucional (controlable por el TC nacional) en nada modifica la obligación comunitaria del Reino de España de respetar el límite establecido en el Pacto de Estabilidad. Es decir, si España incumpliera los límites establecidos en el Pacto de Estabilidad antes de 2020 sería responsable en virtud del Derecho de la UE. Además, si tras la entrada en vigor, el Congreso estima por mayoría absoluta (artículo 135.4) que dadas unas excepcionales circunstancias, cabe sobrepasar los límites de referencia, aunque el TC nacional lo corrobore, España seguiría teniendo que responder ante las instituciones comunitarias en virtud de los compromisos adquiridos a través del Pacto de Estabilidad.

---

<sup>48</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, BOE núm. 103 de 30 abril 2012. Sobre esta importantísima norma, *vide* I. M. L., «Comentario al Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 2012, sobre el 'Anteproyecto de Ley Orgánica de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 535-550, especialmente, pp. 542-543 sobre la impugnación de las leyes de presupuestos autonómicas.

40. El artículo 135.6, finalmente, conmina a las Comunidades Autónomas a adoptar las medidas necesarias para respetar el principio de estabilidad presupuestaria, especialmente, en lo que a la elaboración de nuevos presupuestos se refiere.

### C) Valoraciones críticas

41. Con esta reforma, parece que el Estado cede ante los envites de las agencias de calificación, al haber perdido los gobiernos su credibilidad ante estas agencias «desreguladas» (en EE UU son entidades que operan bajo el paraguas de la libertad de expresión) e «irresponsables» (porque no parecen estar sujetas a responsabilidad, en el sentido de «*accountability*»). Así, el Estado acepta incluir la llamada «regla de oro» en el texto de su norma más sagrada, olvidando que ya contrajo esa obligación en el Pacto de Estabilidad que trajo consigo el Tratado de Maastricht. La necesidad de constitucionalizar una norma supranacional ya existente, parece indicar la debilidad del carácter obligatorio de esta última. Por ello, el problema aquí no es tanto que los Estados pierdan su tradicional soberanía económica y presupuestaria frente a organismos como el FMI, Banco Mundial, la propia UE o incluso el G-20, sino que hayan de ceder ante entidades privadas y no sujetas a ningún tipo de control público como son las agencias de calificación.

42. El contexto en el que se ha aprobado esta reforma de la Constitución española (carta conjunta del ex presidente Sarkozy y de la canciller Merkel) es una muestra más de que el gobierno de la UE avanza en su mutación institucional hacia un sistema de tipo directorial integrado por Alemania y Francia. La tensión clásica entre las instituciones propias del modelo de integración (Comisión y Parlamento) y la que representa el modelo puramente intergubernamental (Consejo) está dando paso a una suerte de modelo en el que el dúo francoalemán, actuando perfectamente sincronizado, se están erigiendo en un auténtico *primus inter pares*, pero *primus*, al fin y al cabo. Esta situación parece estar suavizándose desde la llegada de Hollande a la presidencia y el cambio de primer ministro en Italia, cuyo titular ha sido más partidario de devolver el protagonismo a los centros de decisión comunitarios.

43. Todas las miradas se tornan hacia los Estados. Frente a las ya casi tradicionales críticas al Estado como forma de organización política, su crisis de identidad o su presunta incapacidad para afrontar los retos derivados de la globalización, parecería que éstos vuelven a ser reivindicados como los actores fundamentales de la Economía, únicos capaces de imponer cierto orden, en esta especie de desregulación financiera global. Sin embargo, no es tanto el Estado, sino el Gobierno, entendido como poder ejecutivo, el que sale reforzado tras este envite. Es decir, nos encontraríamos ante un episodio más en el que el Parlamento aparece como el pariente pobre de la «gobernanza» económica, habida cuenta de la inmediatez con la que hay que adoptar las decisiones, la necesidad de coordinar actuaciones con otros gobiernos y, por qué no decirlo, la conveniencia de dar a entender a los mercados y actores económicos de que «alguien está al mando». Ese alguien difícilmente puede ser un cuerpo deliberativo que toma su tiempo para adoptar sus decisiones. Más bien, las vistas se giran hacia los gobiernos, a quien todo el mundo identifica y que son hoy día verdaderamente responsables ante los ciudadanos (más allá de los mecanismos de control de los sistemas de gobierno parlamentarios). Son los gobiernos, además, quienes tienen la representación de sus países en los Consejos de la UE donde se adoptan las decisiones a golpe variación de la prima de riesgo. No hay más que hojear el BOE en la última temporada, donde la proliferación de Real Decretos-leyes ilustra bastante bien esta situación, por no hablar del DOUE, que registra una importante actividad igualmente.

44. En cuanto a la incidencia en la Constitución económica como tal, la principal consecuencia consiste en que se judicializa la política económica y, específicamente, la política presupuestaria. En efecto, como recuerda la DA 3ª de la LO 2/2012, el Tribunal Constitucional será el encargado de controlar que la ley presupuestaria «vulneren los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución y desarrollados en la presente Ley [Orgánica]». Así, esta LO ha entrado directamente a formar parte del bloque de la constitucionalidad y se erigirá en canon o parámetro de control de las leyes presupuestarias. Por lo demás, habría que plantearse (dado el tiempo que suele emplear el TC en estos procedimientos)

los efectos prácticos y hasta qué punto puede resultar peor el remedio que la enfermedad si, supongamos, se declara inconstitucional un presupuesto que ya ha sido ejecutado hace unos años, por no hablar de las consecuencias políticas, económicas y jurídicas de las prórrogas presupuestarias obligatorias (DA 3ª) en caso de recurso ante el TC.

45. En último término, cabría preguntarse si esta reforma era desde el punto de vista jurídico necesaria y, una vez operada, qué es lo que realmente aporta. Sobre la primera cuestión cabría decir que ya existe una norma jurídica y directamente aplicable que obliga a no sobrepasar ciertos límites (3% de déficit y 60% de deuda pública). Lo que sucede es que estos límites que fueron impuestos por ciertos países fundadores a las nuevas economías que se incorporaban al proyecto europeo fueron incumplidos en su momento por los propios impulsores de dichos valores de referencia. En efecto, como se ha dicho antes, el Tribunal de Justicia no tiene competencia en esta materia. Parafraseando lo dicho por Laurent Fabius (antiguo primer ministro francés), resulta cuando menos chocante que exista una norma y que esta se incumpla sistemáticamente<sup>49</sup>. Así, con esta reforma (que pretende generalizarse en los países de la zona Euro) se asigna a las máximas jurisdicciones nacionales la competencia para reprimir los excesos de los gobiernos anulando, si fuera menester, los presupuestos y actuaciones que ignoren esta obligación. De todas formas, cabría hacer una lectura en clave de relaciones de poder. En efecto, esta limitación, más que a los gobiernos, limita a los Parlamentos que son el auténtico legislador presupuestario. No parece que preterir al Parlamento nacional sea la mejor manera de lograr la «gobernanza económica» que se reclama. Parece que constitucionalizamos la «regla de oro» para mandar un mensaje a los mercados (y a las agencias de *rating*) de que por muy gastosos que sean los gobiernos salidos de las urnas, allí estará la Constitución para frenar los deseos de endeudamiento. En el fondo, da la sensación de que el principio de estabilidad presupuestaria se incluye en la norma fundamental porque el Capital recela de la democracia y ahí es donde los principios ordoliberales deberían reivindicar su vigencia.

## 2. Las medidas adoptadas en el seno de la Unión

46. El Consejo extraordinario de Asuntos Económicos y Financieros celebrado los días 9 y 10 de mayo de 2010, bajo la presidencia de la entonces Ministra española Dña. Elena Salgado decidió adoptar un conjunto global de medidas para mantener la estabilidad financiera en la Unión Europea<sup>50</sup>. Entre ellas se encuentra el establecimiento de un Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF). Tal Mecanismo fue creado mediante el Reglamento (UE) n° 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo y tenía como base jurídica el art. 122 TFUE, el cual prevé la posibilidad de conceder una ayuda financiera de la Unión a un Estado miembro que esté en dificultades o en serio riesgo de dificultades graves, ocasionadas por acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar<sup>51</sup>. Así, la Comisión podría contraer empréstitos en los mercados de capitales o con instituciones financieras hasta un monto total de 60.000 millones de euros, créditos de los que en realidad sería deudor el Estado que hubiese solicitado la ayuda y de los que la Unión Europea sólo sería garante en caso de mora del deudor. Este mecanismo es susceptible de ayudar tanto a Estados miembros de la zona Euro como a los que no lo son.

47. Al tiempo se preveía el establecimiento, entre los Estados miembros del área Euro, de un Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) destinado a preservar en este caso la estabilidad financiera de la zona Euro. Tal Fondo, creado el 7 de junio de 2010 mediante un acuerdo intergubernamental entre los Estados que forman el área monetaria integrada, adoptó la forma de sociedad anónima de derecho luxemburgués<sup>52</sup>. Si bien no se prevé la disolución del Fondo, sí está previsto que no se esta-

<sup>49</sup> Un breve extracto de estas declaraciones ha sido recogido en D., SIMON, «La règle d'or ou les normes en caoutchouc 'gravées dans le marbre'», *Europe*, Août-Septembre 2011, p. 4.

<sup>50</sup> El texto del Comunicado de Prensa de dicho Consejo se encuentra en <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ecofin/114347.pdf)>, (última consulta: 1 de febrero de 2013).

<sup>51</sup> *Diario Oficial* L 118 de 12 mayo 2010, pp. 1-4.

<sup>52</sup> Los estatutos pueden consultarse en <[http://www.efsf.europa.eu/attachments/efsf\\_articles\\_of\\_incorporation\\_en.pdf](http://www.efsf.europa.eu/attachments/efsf_articles_of_incorporation_en.pdf)>, (última consulta: 1 de febrero de 2013).

blezcan nuevas intervenciones del mismo más allá del 30 de junio de 2013 (art. 4). En su constitución estaba previsto que el Fondo pudiese emitir bonos u otros instrumentos de deuda en los mercados de capitales hasta un total de 440.000 millones de euros. Estaba previsto así mismo que el Fondo Monetario Internacional participase con una contribución de al menos la mitad de los dos mecanismos europeos mencionados, es decir 250.000 millones más, elevando la garantía total a los 750.000 millones de euros.

**48.** En septiembre de ese mismo año 2010, la Comisión Europea presentaba un ambicioso plan de reforma de la gobernanza económica europea, el conocido como «six-pack», al que luego nos referiremos, y que contenía mecanismos para ampliar y profundizar el control de las políticas fiscales de los Estados miembros así como reformas en las políticas macroeconómicas y estructurales, junto con nuevos mecanismos para reconducir el comportamiento de los Estados no cumplidores.

**49.** Menos de un año después, el Consejo Europeo se vio en la necesidad de adoptar, en su reunión de 24 y 25 de marzo de 2011, un nuevo «conjunto global de medidas encaminadas a responder a la crisis, preservar la estabilidad financiera y establecer los fundamentos de un crecimiento inteligente, sostenible, socialmente integrador y creador de empleo», con vistas a reforzar «la gobernanza económica y la competitividad de la zona del euro y de la Unión Europea». Entre otras muchas acciones, dadas las dificultades que para enfrentar las crisis suponían los límites establecidos en el art. 125 TFUE derivados del principio de no corresponsabilidad financiera, el Consejo Europeo decidió proceder a modificar el art. 136 del mismo Tratado por vía del procedimiento de revisión simplificada –novedad de la reforma de Lisboa– previsto en el art. 48.6 TUE<sup>53</sup>. Esta reforma, que supone la inclusión de un nuevo apartado al citado art. 136 TFUE, ofrecería una base jurídica más clara a fin de crear un mecanismo de estabilidad con carácter permanente y destinado a asumir las tareas encomendadas al MEEF y al FEEF, es decir, facilitar, en caso necesario, asistencia financiera a los Estados miembros que la necesiten.

**50.** Sin embargo, la velocidad a la que se ha ido desarrollando los picos de estas sucesivas crisis ha permitido revelar una vez más la débil voluntad de los Estados miembros para hacer funcionar el mecanismo de adopción de decisiones con la urgencia que los acontecimientos requieren. El 2 de febrero de 2012 los Estados de la zona Euro firmaron el Tratado de creación del MEDE previsto por el Consejo Europeo<sup>54</sup>. Se constituirá así entre los Estados miembros de la zona euro una organización internacional en el ámbito financiero con sede en Luxemburgo<sup>56</sup>.

**51.** El propio Tratado MEDE se refiere a un nuevo Tratado, éste destinado a avanzar hacia una unión económica más fuerte. Se trata del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG), adoptado el 2 de marzo de 2012 por todos los Estados miembros menos el Reino Unido y la República Checa y que se encuentra asimismo en fase de ratificación<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, *Diario Oficial* L 91 de 6 abril 2011, pp. 1-2.

<sup>54</sup> Tanto la legalidad de la Decisión 2011/199/UE como del Tratado MEDE fueron objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de una cuestión prejudicial derivada de un recurso planteado por un parlamentario irlandés. La sentencia de la Corte de Luxemburgo dictada el 27 de noviembre de 2012 no encuentra tacha de ilegalidad en la Decisión ni obstáculo para que los Estados concluyan el Tratado (asunto C-370/12, *Thomas Pringle v. Irlanda*, Sentencia del TJUE de 27 noviembre 2012, pendiente de publicación). Sobre esta sentencia *vide* F. PICOD, «Rien ne s'oppose au traité instituant le mécanisme européen de stabilité», *La Semaine Juridique*, núm. 50, 2012, p. 2260.

<sup>55</sup> Una versión previa se había firmado el 11 de julio de 2011, pero esa versión fue modificada a la luz de los reuniones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona Euro que tuvieron lugar los días 21 de julio (<[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/123986.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/123986.pdf)>, última consulta: 1 de febrero de 2013) y 9 de diciembre de 2011 (<[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/126673.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/126673.pdf)>; última consulta: 1 de febrero de 2013) a fin de reforzar la efectividad del mecanismo.

<sup>56</sup> El instrumento de ratificación por parte de España se publicó en el *BOE* núm. 239 de 4 octubre 2012, pp. 70375-70397.

<sup>57</sup> La entrada en vigor exige la ratificación de al menos 12 Estados de la zona euro. En España la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea se autorizó a través de la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, *BOE* 178 de 26 julio 2012, pp. 53541-53553.

Este Tratado contiene una parte en materia fiscal conocida como «fiscal compact». Exige a los Estados que lo ratifiquen respetar la convergencia los objetivos presupuestarios a medio plazo fijados para cada uno de ellos con un límite de un déficit estructural del 0,5% del PIB (1,0% del PIB para los Estados miembros con un nivel de endeudamiento muy inferior al 60% del PIB). Así mismo, se prevén mecanismos de corrección automática a aplicar en caso de desviación respecto del objetivo a medio plazo o la senda de ajuste necesaria para lograrlo, con cláusulas de escape para casos excepcionales. Estas reglas presupuestarias estar recogidas en disposiciones «que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales». Se prevé incluso la posibilidad de sanciones a imponer por el Tribunal de Justicia de la UE. Es de destacar así mismo el establecimiento de lo que se ha dado en llamar «mayoría cualificada inversa», es decir, que los Estados se comprometen a apoyar las propuestas o recomendaciones de la Comisión cuando ésta detecte un déficit excesivo y que sólo se considerarán no aprobadas si una mayoría cualificada de los Estados se opone a ellas.

**52.** Las propuestas formuladas por la Comisión en septiembre de 2012, a las que se ha hecho referencia, fueron finalmente aprobadas por el Parlamento Europeo y por el Consejo y entraron en vigor en diciembre de 2011. El «six-pack» recibe este nombre por estar constituido por seis normas de Derecho Derivado aplicables a los 27, si bien con algunas especificidades para los miembros de la zona euro: cinco reglamentos y una directiva.

**53.** En materia fiscal, el objetivo es reforzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, ya que se refuerzan tanto los mecanismos preventivos de desviación de déficit y deuda (por ejemplo, a través de una definición concreta de lo que constituye una «desviación significativa» frente al objetivo presupuestario a medio plazo) como los correctivos (el procedimiento de déficit excesivo, que también podrá ponerse en marcha ante una reducción no satisfactoria de la *ratio* de deuda pública hacia el objetivo del 60% del PIB o un mecanismo de sanción en forma de multa que podría llegar al 0,5% del PIB). Se adoptarían un Reglamento (UE) n° 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro<sup>58</sup>; un Reglamento (UE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas<sup>59</sup>; un Reglamento (UE) n° 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo<sup>60</sup>, y una Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros<sup>61</sup>. En materia macroeconómica, se adoptarían un Reglamento (UE) n° 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro<sup>62</sup>, y un Reglamento (UE) n° 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos<sup>63</sup>.

**54.** La relación entre este «six-pack» y el «fiscal compact» no es evidente. Es claro que van a mantener vidas paralelas, como lo es que buena parte de sus disposiciones son comunes. Pero también lo es que el Tratado Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea contiene algunas disposiciones más exigentes que las contenidas en las normas de Derecho derivado, como la exigencia de

<sup>58</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 1-7.

<sup>59</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 12-24.

<sup>60</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 33-40.

<sup>61</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 41-47.

<sup>62</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 8-11.

<sup>63</sup> *Diario Oficial* L 306 de 23 noviembre 2011, pp. 25-32.

constitucionalizar los mecanismos que obligan a respetar los objetivos presupuestarios a medio plazo. El objetivo de la Comisión es «comunitarizar» ese Tratado extra-UE.

55. Dado lo fluido de la situación en los mercados, el haz de normas de las que se dota la Unión nunca puede darse por cerrado. Existen dos propuestas de reglamento presentadas por la Comisión: una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro y una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades<sup>64</sup>. Mediante estos reglamentos, se exigiría a los Estados miembros remitir anualmente al Consejo y a la Comisión sus proyectos de presupuesto a fin de que la Comisión pudiese valorar, en su caso, si existe el riesgo de incumplimiento del plazo para la corrección del déficit excesivo. Además, la supervisión será más estrecha para los Estados miembros que experimenten serias dificultades respecto de su estabilidad financiera, o que reciban ayuda financiera sobre una base cautelar. Está así mismo en estudio la creación de un «mecanismo único de supervisión» para supervisar a las entidades de crédito. Esto se plasma en dos nuevas propuestas de reglamento: uno que otorga funciones de supervisión al Banco Central Europeo<sup>65</sup> y otro que modifica el Reglamento n° 1093/2010 por el que se creó la Autoridad Bancaria Europea<sup>66</sup>.

## VI. Conclusiones provisionales. Notas para un debate sin fin

56. La Constitución económica europea se debate entre sus fundamentos ordoliberales (protección a la libre competencia, responsabilidad, impuestos progresivos e incluso el salario mínimo) y las consecuencias de la crisis económica y financiera que no cesa y que invitaría a abrazar los postulados del liberalismo del *laissez-faire*. Los procedimientos de armonización en materia fiscal, el control europeo de la deuda de los Estados y otras medidas comunitarias de respuesta a situaciones de dificultad económica de sus Estados miembros contribuyen formalmente a optimizar la gobernanza económica de la Unión y el propio concepto de Constitución económica. Ahora bien, las medidas de estímulo fiscal, el control del déficit presupuestario e incluso algunos recortes de prestaciones hasta ahora irrenunciables no han de afectar nunca el núcleo esencial de la Constitución económica europea: la libre competencia junto con las cuatro libertades básicas.

57. En contextos de crisis como el actual, existe la tentación de culpar de los males a la sobre-regulación de la Economía por parte del Estado y se reclama la desregularización como solución a todos los problemas. También los gobiernos a veces reaccionan aparentemente a la inversa, tratando de proteger a la desesperada la industria nacional con barreras de entrada, nacionalizaciones y otras limitaciones a la competencia. Si bien es verdad, que ciertas medidas de optimización y simplificación administrativas pueden ayudar, no hay que perder nunca de vista que los poderes públicos no pueden retirarse de la escena y dejar que los agentes económicos se autorregulen. Más arriba se ha recordado cómo el liberalismo más radical puede desembocar fácilmente en situaciones mono- u oligopolísticas, lo que acaba afectando al desarrollo económico, por no hablar de apuntalar situaciones de dominación sobre los ciudadanos. Los poderes públicos juegan, pues un papel importantísimo, al ser los responsables de asegurar las condiciones para que se desarrolle la libre competencia.

<sup>64</sup> COM (2011) 821 final y COM (2011) 819 final, respectivamente. Estas propuestas, tras recibir el dictamen del Banco Central Europeo y pasar por la primera lectura en el Parlamento Europeo, han sido debatidas por el Consejo en su sesión de 4 de diciembre de 2012.

<sup>65</sup> COM (2012) 512 final. Tras el dictamen del Comité Económico y Social Europeo y del banco Central Europeo, se ha producido un acuerdo político sobre la propuesta en el Consejo del 12 de diciembre de 2012.

<sup>66</sup> COM (2012) 511 final. También sobre esta propuesta se alcanzó un acuerdo político en el seno del Consejo en su reunión de 12 de diciembre de 2012.

**58.** Es claro que dada la interrelación y sinergias de las economías de los Estados de la Unión, la gestión del modelo económico no puede ser eminentemente nacional. Antes bien, la Constitución económica exige que la UE se dote de instrumentos de gestión eficaces y que se refuerce la legitimidad democrática de los mecanismos de toma de decisión. En todo caso, se hace imprescindible una labor de pedagogía y responsabilidad por parte de los responsables políticos para explicar el complejo entramado económico-financiero paneuropeo, defender la necesidad de medidas de ajuste, escapar de soluciones populistas a corto plazo y recordar siempre que en la esencia de la Constitución económica se encuentran los valores tradicionales del humanismo europeo.

# NUEVAS NORMAS DE LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD PARA EUROPA: ¿EL OCASO DEL TORPEDO ITALIANO? ¿FLEXIBILIDAD VERSUS PREVISIBILIDAD?

JULIA SUDEROW

*Rechtsanwältin & Abogada, llm*

Recibido: 04.02.2013 / Aceptado: 12.02.2013

**Resumen:** El Reglamento Bruselas I relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales ha sido objeto de una profunda revisión que ha concluido con su refundición adoptada en Diciembre de 2012. Las normas de litispendencia internacional originaban una serie de problemas prácticos que han sido empleados en litigios internacionales de forma incluso abusiva o con fines dilatorios. El TJCE ha reconocido que la confianza mutua y la prioridad temporal prevalecen sobre otros criterios como la idoneidad del foro. El nuevo Reglamento confirma el mecanismo existente aunque introduce una serie de salvedades y excepciones que pueden limitar los desajustes existentes. Sin embargo las medidas adoptadas parecen insuficientes.

**Palabras clave:** Reglamento Bruselas I, Reglamento Bruselas I bis, litispendencia, conexidad, cláusulas de sumisión, arbitraje, forum shopping, torpedos, carrera a los tribunales, *forum non conveniens*, *anti suit injunctions*, daños y perjuicios, propiedad industrial, antitrust.

**Abstract:** The Regulation Brussels I about jurisdiction and recognition and enforcement of judicial resolutions in civil and commercial matters has been object of an deep review that has been finished with its Recast adopted in December 2012. The existing Lis pendens rules caused several practical problems that have been used in international litigation as a dilatory measure or even in an abusive manner. The ECJ has recognized that mutual trust and time priority prevail over other criteria such as the convenience of the forum. The new Regulation confirms the existing mechanisms but it also includes some exceptions that can limit the existing imbalances. However, the adopted measures seem to be unsatisfactory.

**Key words:** Brussels I Regulation, Brussels I bis, *lis pendens*, related actions, jurisdiction clauses, arbitration, forum shopping, torpedo, “rush to the courts”, *forum non conveniens*, *anti suit injunctions*, damages, industrial property, antitrust.

**Sumario:** I. Introducción. II. Situación actual. 1. Introducción. 2. Requisitos del Artículo 27: Identidad de partes y mismo objeto. 3. Requisitos del Artículo 28: Conexidad. III. Problemas de las normas actuales. 1. Torpedos. 2. Litispendencia y acuerdos de sumisión y arbitraje. 3. Problemas con las competencias exclusivas en patentes y marcas del artículo 22.4 del Reglamento Bruselas I. 4. Litispendencia y terceros Estados. IV. Las nuevas normas de litispendencia: ¿Solución a los problemas existentes? 1. Litispendencia Intra UE: ¿Nuevas reglas o aclaraciones? 2. Litispendencia y acuerdos de sumisión expresa. 3. Litispendencia y arbitraje. V. Conexidad Intra UE. VI. Litispendencia con terceros Estados. VII. Conexidad con terceros Estados. VIII. Efectividad de los mecanismos existentes y nuevos contra abusos en procedimientos paralelos. IX. Rechtsschutzbedürfnis y necesidad de introducir el concepto de abuso procesal en el Reglamento Bruselas I.



## I. Introducción

1. La necesidad de aumentar nuestra confianza en el potencial del mercado interno para crear riqueza y crecimiento implica mejorar sus mecanismos de funcionamiento entre los que el Derecho Internacional Privado uniforme juega un papel esencial. El Reglamento Bruselas I relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil es una pieza angular de este sistema de apertura y afianzamiento del mercado único. Después de apenas una década de funcionamiento ha sido objeto de una profunda revisión que ha culminado con la refundición del texto publicada el 20 de Diciembre de 2012 y que ya se conoce como Reglamento Bruselas I bis.<sup>2</sup> La nueva normativa busca mejorar algunas disposiciones del texto anterior para facilitar la libre circulación de resoluciones y mejorar el acceso a la justicia<sup>3</sup> solucionando los problemas que se han podido comprobar durante su vigencia.

2. Durante el proceso legislativo se ha constatado la existencia de tácticas dilatorias en el ámbito del Derecho internacional privado que se benefician del régimen de procedimientos paralelos establecido por el Reglamento Bruselas I. La reforma ahora aprobada trata de combatir estas tácticas como veremos a lo largo del presente trabajo.

3. El nuevo texto pone fin a un intenso y largo proceso de debate, redacción y análisis que se inició hace ya cinco años con diversos estudios detallados sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados miembros, el Informe *Heidelberg*<sup>4</sup> y el informe *Nuyts* sobre la competencia judicial internacional subsidiaria.<sup>5</sup> Estos informes fueron seguidos del informe de la Comisión Europea y del Libro Verde publicados el 21 de abril de 2009<sup>6</sup>, la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 2010, así como la Enmienda 121 del Parlamento Europeo del mismo año.<sup>7</sup>

4. Aunque la acogida general sobre el Reglamento Bruselas I sea positiva y esta herramienta por lo general funcione bien, existen una serie de cuestiones esenciales que deben de ser mejoradas para conseguir afianzar la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y así

<sup>1</sup> Puede que J. ALMUNIA, además del mercado único y el Derecho de la Competencia, también haya tenido las normas de litispendencia del Derecho Internacional Privado Europeo en su mente en el momento de redacción de su discurso de Sankt Gallen, Suiza de Junio de 2012:... *The times call for urgent action and bold decisions, and I am confident that – once again – Europe will emerge stronger and more united from this crisis... we need to renew our trust in the potential of the internal market to generate growth.* J. ALMUNIA, Antitrust enforcement: Challenges old and new, Sankt Gallen 8.6.2012 consultado por última vez: 18.01.2013 en : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-428\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-428_en.htm)

<sup>2</sup> El Reglamento (CE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) publicado en el DOUE el 20.12.2012 y disponible aquí: <http://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>

<sup>3</sup> El propio considerando 1 reconoce que «es deseable mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones»... : Reglamento (CE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) publicado en el DOUE el 20.12.2012 y disponible aquí: <http://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>

<sup>4</sup> B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008 y consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf)

<sup>5</sup> A. NUYTS, *Study on Residual Jurisdiction*, 2007 consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf)

<sup>6</sup> Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) no 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final, consultado por última vez el 25.01.2013 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>

Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 21 de abril de 2009, COM(2009) 174 final consultado por última vez el 25.01.2013 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0174:FIN:ES:PDF#page=2>

<sup>7</sup> 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 748, final consultado por última vez el 25.01.2013 en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:ES:PDF#page=2>

consolidar el mercado único.<sup>8</sup> Entre los problemas más señalados destaca el desequilibrio generado por las normas de litispendencia que, si bien evitan procedimientos paralelos, originan otros problemas y desajustes como veremos a continuación.

5. El Reglamento Bruselas I recoge en sus artículos 27 a 30 mecanismos que debían evitar procedimientos paralelos al regular la prioridad en caso de procedimientos entre las mismas partes y con identidad de objeto o procedimientos conexos en más de un tribunal en un Estado miembro.<sup>9</sup> Los problemas técnicos son conocidos.<sup>10</sup> El Tribunal de Justicia ha insistido con frecuencia en la certidumbre, seguridad jurídica y la confianza mutua entre los Estados miembros aún a costa de la flexibilidad y robando atractivo a los foros europeos.<sup>11</sup> Las sentencias más destacables del Tribunal de Justicia en relación a la regulación de procedimientos paralelos guiadas por los principios citados, han generado dudas sobre la eficacia de elementos esenciales como son la cláusulas de elección de foro, (Caso C-116/02 *Gasser v Misat*), y de sumisión de arbitraje (Caso C-185/07- *Allianz v West Tankers*), así como sobre la aplicabilidad del Reglamento a personas no domiciliadas dentro de la Unión Europea, (Caso C 281/02-*Owusu v Jackson*).<sup>12</sup> Precisamente, los efectos sobre el mercado único de estas sentencias se pueden incluso considerar más negativos que positivos.<sup>13</sup>

6. El objeto del presente trabajo es analizar el régimen de procedimientos paralelos vigente y presentar la solución propuesta en el nuevo Reglamento Bruselas I bis en sus artículos 29 a 34. Para ello, en primer lugar, se describirán las normas de litispendencia que permanecen aplicables hasta enero de 2015<sup>14</sup> y en particular los problemas típicos generados por estas normas, entre los que brillan con luz propia, las acciones conocidas como *torpedos italianos*. También se describen y analizan las nuevas normas de litispendencia y conexidad dentro de la Unión Europea y entre Estados miembros y terceros Estados y su aplicabilidad a los problemas descritos.<sup>15</sup> Finalmente se realiza una primera valoración quizás demasiado temprana del nuevo régimen de litispendencia y se propone una refundición del debate que busque establecer normas que sean realmente efectivas y eviten los excesos que se presentan a continuación.

<sup>8</sup> 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, COM (2009) 175 final, consultado por última vez el 25.01.2013 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>

<sup>9</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, 2012-2013, p.249; J. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, P. NORTH, *Private International Law*, 14ª ed., Oxford University Press, 2008, p. 303. B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, CF Müller, 2010, p. 321 y ss..

<sup>10</sup> Sobre la litispendencia Vid. A.L. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, 2012-2013, p. 249; J. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, P. NORTH, *Private International Law*, 14ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 303; B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, CF Müller, Heidelberg, 2010, p. 321 y ss.

<sup>11</sup> J. HARRIS E. LEIN, «A neverending Story? Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and comparative law, Londres, 2012, p 31-56.

<sup>12</sup> STJCE, 9 de diciembre de 2003, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl*, C 116/02 REC 2003 I-4693; STJCE, 10 de febrero de 2009, *Allianz v West Tankers*, C-185/07, REC 2009 I-00663; STJCE, 1 marzo 2005, *Owusu v Jackson*, C-281/02, REC I-1383. La doctrina anglosajona ha sido especialmente dura con estas sentencias. Vid. J. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, P. NORTH, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 303 y ss. J. HARRIS, E. LEIN, «A neverending Story? Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and comparative law, Londres, 2012, p 31-56, p 31.

<sup>13</sup> J. HARRIS E. LEIN, «A neverending Story? Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and comparative law, Londres, 2012, p 31-56, p 31.

<sup>14</sup> El artículo 81 del Reglamento N° 1215/2012 (Bruselas bis) dispone que el Reglamento entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y que será aplicable a partir del 10 de enero de 2015 con excepción de dos artículos sobre la coordinación entre los Estados miembros que entrarán en vigor un año antes.

<sup>15</sup> Sobre la reforma Vid.: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, N° 8013, 31 enero 2013.

## II. Situación actual

### 1. Introducción

7. Las normas de litispendencia y conexidad tienen por objeto evitar la existencia de sentencias contradictorias entre los tribunales de los distintos Estados miembros que tengan el mismo objeto y se refieran a las mismas partes. Precisamente estos mecanismos son un elemento central de un sistema multinacional con normas de derecho internacional privado armonizadas al regular la coordinación de varios procedimientos paralelos.<sup>16</sup> Su fin es evitar resoluciones judiciales contradictorias en el momento más temprano posible para ahorrar dinero, recursos y tiempo tanto a las partes como a los tribunales implicados y, en resumen, garantizar una buena administración de justicia y el acceso a la misma protegido por el artículo 6 (1) de CEDH y las leyes fundamentales de los Estados miembros de la Unión Europea.<sup>17</sup>

8. El artículo 27 exige a un tribunal de un Estado miembro que paralice un procedimiento si se ha iniciado otro procedimiento con anterioridad entre las mismas partes y con el mismo objeto ante otro tribunal de la Unión Europea. El artículo 28 contiene una norma similar para aquellas demandas conexas y relacionadas entre sí de tal forma que resulte necesario conocerlas de forma conjunta para evitar sentencias contradictorias o irreconciliables y por tanto no ejecutables. Así, el artículo 27 regula un aspecto particular de un problema más general regulado por el artículo 28. Recordemos que sentencias contradictorias son aquellas que tengan conclusiones distintas siendo ambas legalmente compatibles.<sup>18</sup> Por otra parte, el artículo 29 exige que cualquier otro tribunal distinto del primero deberá declinar su competencia si los tribunales de varios Estados miembros se hubiesen declarado exclusivamente competentes.<sup>19</sup> Finalmente el artículo 30 contiene una definición autónoma del momento en el que se considerará que el tribunal conoce de un litigio.<sup>20</sup>

9. Estas normas han sido objeto de frecuente aplicación durante la vigencia del Reglamento Bruselas I en numerosos ámbitos y sectores, destacando entre ellos los litigios de propiedad industrial y en los últimos años las acciones derivadas de ilícitos Antitrust.<sup>21</sup> En resumen, cuando se verifique la situación de litispendencia esto es, identidad de objeto y causa e identidad de partes, el tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda estará obligado a suspender de oficio su procedimiento hasta que el primer tribunal se declare competente o no.

<sup>16</sup> Vid. STJCE, 12 agosto 1987, Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palombo, C 144/86, *REC* 1987, 4861, apartado 8; STJCE 14 octubre 2004, Maersk Olie & Gas A/S/Firma M de Haan en W. De Boer, C 39/02, *REC* 2004 I 9657 apar. 31, STJCE, 12 de septiembre de 2003, Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl, C 116/02, *REC* 2003 I-4693, apar. 41. M. WELLER en B. HESS, B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008, p. 174 y consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf).

<sup>17</sup> M. WELLER en B. HESS, B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008, p. 174 y consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf).

<sup>18</sup> M. ULRICH, P. MANKOWSKI y R. FENTIMAN, *Brussels I Regulation*, Sellier, Frankfurt 2007, p. 477. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed. Comares, Granada 2012, p. 249.

<sup>19</sup> M. WELLER en B. HESS, B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008, p. 175 y consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf).

<sup>20</sup> M. WELLER en B. HESS, B. HESS, T. PFEIFFER y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008, p. 175 y consultado por última vez el 25.01.2013 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf).

<sup>21</sup> Respecto a las acciones por ilícitos antitrust *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p. 641; A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General. La competencia, Colex, Madrid, 2009, p. 93. J. BASEDOW, S. FRANQ Y L. IDOT *International Antitrust Litigation Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, 2012. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 65. J. SUDEROW, «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo», *CDT*, Octubre 2010, vol. 2, nº 2, pp. 323-328.

## 2. Requisitos del Artículo 27: Identidad de partes y mismo objeto

10. La aplicación del artículo 27 depende en primer lugar de la identidad de objeto y causa. Este término ha sido definido por el TJCE de una forma muy amplia al entender que abarca la demanda de responsabilidad de una parte, y una demanda de daños por los mismos hechos de la otra parte.<sup>22</sup> El concepto de identidad de objeto y causa también incluye la acciones declarativas negativas de no infracción.<sup>23</sup> Las partes implicadas en ambos procedimientos deberán ser idénticas, esto es, los intereses de las personas y empresas implicadas son idénticos e inseparables por lo que una sentencia en contra de ellas podría tener fuerza de cosa juzgada contra la otra.<sup>24</sup> También es necesario que los litigios se refieran a asuntos cubiertos por el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 y que los tribunales implicados pertenezcan a Estados miembros.<sup>25</sup>

## 3. Requisitos del Artículo 28: Conexidad

11. Por otra parte, se consideran conexas en el sentido del artículo 28 del Reglamento Bruselas I *aquellas demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para evitar situaciones contradictorias entre sentencias de tribunales en distintos Estados miembros.*<sup>26</sup>

12. El segundo tribunal tiene dos posibilidades: suspender el procedimiento o inhibirse a favor del tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda, a instancia de una de las partes si el primer tribunal se declara competente y su legislación permite la acumulación de las demandas.

## III. Problemas de las normas actuales

### 1. Torpedos

13. El Reglamento Bruselas I permite que el demandante pueda optar entre varios foros, desde el domicilio del demandado a foros especiales como por ejemplo el del lugar del hecho dañoso o el lugar de infracción de una patente. Estas opciones también están disponibles para un posible infractor. Éste último ante un litigio inminente puede plantear una acción declarativa negativa solicitando se declare que no infringe ninguna patente o ningún derecho de un tercero con sus prácticas comerciales. La acción declarativa se puede plantear ante diferentes jurisdicciones, por lo que el primero que la plantea también puede practicar *forum shopping* a su favor y se adelantará a posibles demandas por infracción de una patente o de daños y perjuicios.<sup>27</sup> Esta estrategia se conoce como *torpedo italiano* y debe su nombre al

<sup>22</sup> STJCE, 6 Diciembre 1994, Tetry/Maciej Rataj, C 406/1992, *REC. I-05439*, apartado 39.

<sup>23</sup> STJCE, 8 Diciembre 1987, Gubisch, Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo, C 144/1986, *REC 04861*; STJCE 9 diciembre 2003 Erich Gasser GmbH v. Misat Srl, C-116/2002, *REC 2003 I-4693*; STJCE 27 abril 2004, Turner v Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA C-159/02 *REC I 3565*. E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p. 641; R. GIL NIEVAS, «Litigación Civil internacional por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia», *RCD*, núm. 4, 2009, p. 158; J. SUDEROW, «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo», *CDT*, Octubre 2010, vol. 2, nº2, pp. 323-328.

<sup>24</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p. 641.

<sup>25</sup> STJCE, 20 enero de 1994, Owens Bank Ltd vs F. Bracco, C 129/92, *REC 1994 pp.117-157*, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada 2012, p. 249.

<sup>26</sup> Sobre la conexidad Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed. Comares, Granada 2012, p. 249; J. J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS, P. NORTH, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 312 y ss.

<sup>27</sup> M. FRANZOSI, «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo», en *EIPR* 1997, p. 7 y ss también disponible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>

italiano Franzosi que comparaba la norma de litispendencia con un convoy de barcos, que avanza a la velocidad del barco más lento y debe esperar a que éste supere sus problemas técnicos para poder continuar con su viaje.<sup>28</sup> Así, el infractor o empresa que espera ser demandada opta por los tribunales más lentos generando un retraso injustificado en la resolución del conflicto. Es sobradamente conocido que la velocidad de los tribunales en las distintas jurisdicciones europeas no es uniforme y que a día de hoy, y a pesar de los mecanismos introducidos por la Unión Europea, sigue habiendo una gran diferencia en los tiempos, calidad e incluso de conocimientos técnicos entre los jueces de unos Estados miembros y otros. De hecho, Franzosi abanderó al torpedo como italiano por ser este país el destino favorito de estas demandas abusivas debido a la famosa lentitud de su sistema judicial.<sup>29</sup> Bélgica también pertenece a los destinos favoritos de los torpedos y acciones declarativas mientras que otros Estados como Alemania suelen ser los preferidos para las demandas por infracción de la patente, o Inglaterra para las demandas de daños por ilícitos Antitrust.

**14.** Además de los habituales casos en Propiedad Industrial, sirva como ejemplo el reciente caso *Folien Fischer / Ritrama* en el que el TJCE contesta una cuestión prejudicial relacionada con el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I a favor del torpedo al incluir las acciones declarativas negativas dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I.<sup>30</sup> Esta cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof alemán enfrenta de una parte a Folien Fischer AG y Fofitec AG, ambas con domicilio en Suiza, con Ritrama SpA domiciliada en Italia. En este caso nos encontramos ante un torpedo alemán, ya que la acción declarativa negativa se ha planteado ante los tribunales alemanes por Folien Fischer / Fofitec que pretenden se declare que Ritrama SpA no puede obtener ningún derecho derivado de una obligación extracontractual de ambas compañías suizas que hubiesen podido cometer ni sobre la base de las prácticas comerciales de Folien Fischer ni por razón de la negativa de Fofitec a concederle licencias de sus patentes. Probablemente las empresas suizas han buscado la jurisdicción más rápida en lugar de la más lenta además de otras consideraciones estratégicas, por lo que además de un torpedo nos encontramos ante el típico supuesto de *rush to the courts*.<sup>31</sup> Folien Fischer y Fofitec han basado la competencia de los tribunales alemanes en el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I ampliando así el espectro de posibles foros de las acciones declarativas negativas reconocido expresamente por el TJCE. El Tribunal establece que este tipo de acciones no están excluidas per sé del ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I, por lo que si los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pueden justificar la conexión con el Estado en el que, o bien ha sucedido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos lugares podrá declarar válidamente su competencia con independencia de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial.<sup>32</sup> Gracias a esta sentencia, el deudor potencial puede presentar su acción declarativa ante un foro que le resulte más interesante que el ofrecido por el artículo 2 o por el resto de normas del Reglamento Bruselas I. Es más, cualquier «acción espejo» de Ritrama, esto es, cualquier reclamación de daños y perjuicios quedará vinculada a los tribunales alemanes.

**15.** En el ámbito del Derecho Antitrust también se conocen ejemplos de torpedos, como el asunto *Cooper Tire* en el que nos encontramos con demandas de daños y perjuicios por ilícitos Antitrust planteadas ante los tribunales ingleses y un torpedo italiano ante los tribunales de Milán.<sup>33</sup> En este litigio, un

<sup>28</sup> M. FRANZOSI, «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo», en *EIPR* 1997, p. 7 y ss también disponible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>

<sup>29</sup> M. FRANZOSI, «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo», en *EIPR* 1997, p. 7 y ss también disponible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>

<sup>30</sup> STJCE 25 Octubre 2012, C-133/11, Folien Fischer AG, Fofitec y Ritrama SpA.

<sup>31</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada 2012, p. 250.

<sup>32</sup> STJCE 25 Octubre 2012, C-133/11, Folien Fischer AG, Fofitec y Ritrama SpA, para 52.

<sup>33</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p. 641; R. WISH, «Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p 155-166; J. BASEDOW, «Jurisdiction and Choice of Law

grupo de empresas fabricantes de neumáticos reclaman daños y perjuicios a un grupo de empresas fabricantes de goma Butadieno sancionadas por la Comisión Europea por un cártel de fijación de precios en el año 2006.<sup>34</sup> Las acciones de daños y perjuicios planteadas ante los tribunales ingleses se basan en parte en la decisión de la Comisión Europea.<sup>35</sup> Entre las empresas sancionadas por la Comisión y demandadas ante la High Court se encuentra Enichem. Pues bien, Enichem no interpuso ningún recurso contra la decisión de la Comisión Europea, aceptando así sus conclusiones, pero ha solicitado ante los tribunales de Milán que se declare que no ha incurrido ninguna infracción del artículo 101 TFUE y por tanto no es responsable de posibles daños generados frente a las empresas a las que vendía los materiales objeto del cártel.<sup>36</sup> Es evidente que esta demanda es contradictoria y que tiene pocas probabilidades de tener éxito. No obstante, Enichem planteó esta acción declarativa con anterioridad a las demandas presentadas por las empresas perjudicadas en Londres. Gracias a las normas de litispendencia del Reglamento Bruselas I, Enichem ha conseguido librarse de la demanda inglesa, mientras que el resto de empresas implicadas en el cártel sí deben someterse a los tribunales ingleses. Como podemos ver, aunque la acción declarativa ante el tribunal de Milán vaya a fracasar es evidente que Enichem ha conseguido su objetivo al dificultar las acciones de daños y perjuicios planteadas en Londres.<sup>37</sup>

## 2. Litispendencia y acuerdos de sumisión y arbitraje

16. Las normas de litispendencia, además de fomentar el uso de los torpedos para arrastrar a la parte contraria a los tribunales preferidos por el emisor del torpedo, también han sido empleadas para anular acuerdos de sumisión y sometimiento a arbitraje. El TJCE ha confirmado la validez de los torpedos o acciones similares en los asuntos *Gasser*, *West Tankers*, *Tatry*, *Roche Primus*.<sup>38</sup> Es más, en *Gasser* la acción planteada con anterioridad sirvió para bloquear el foro acordado por las partes, anulando así la efectividad de las cláusulas de sumisión de foro. De hecho los primeros comentarios a la sentencia *Tatry* ya mostraban que un posible demandado sólo necesita lanzar una acción declarativa negativa en su jurisdicción preferida para conseguir el control del procedimiento sentando las bases para las conclusiones de *Gasser*.<sup>39</sup>

17. En este sentido en la doctrina se ha planteado si estas acciones son un abuso de derecho o no,<sup>40</sup> por lo que deben de ser limitadas.<sup>41</sup> Por otro lado, también se puede considerar que se trata de

---

in the Private Enforcement of EC Competition Law» en J. BASEDOW ed, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Wolters, Alphen aan den Rijn, 2007, p 248-249; por el contrario M. WILDERPIN considera que no se conocen muchos torpedos en la aplicación privada del Derecho Antitrust y que es probable que no sean tan útiles como en el Derecho de la Propiedad Industrial, M. WILDERPIN, «Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation» en J. BASEDOW, S. FRANQ Y L. IDOT *International Antitrust litigation Conflicts of Law and Coordination*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 41-59 (57); J. SUDEROW, «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo», *CDT*, octubre 2010, vol. 2, nº 2, pp. 323-328.

<sup>34</sup> Decisión de la Comisión Europea de 29 Noviembre de 2006 en el caso COMP/F/38.638 Butadiene Rubber (BR) y Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR), Consultada por última vez el 31.01.2013 en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38638/38638\\_826\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38638/38638_826_1.pdf)

<sup>35</sup> ; R. WISH, «Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p 155-166 (161).

<sup>36</sup> ; R. WISH, «Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p 155-166 (162).

<sup>37</sup> Court of Appeal of England and Wales, de 23 de Julio de 2010 *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864, Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489. No obstante los tribunales Ingleses sí rechazaron las alegaciones del resto de demandadas que solicitaban la suspensión con la demanda dirigida contra ellas. Por ello el torpedo sólo ha resultado beneficioso para Enichen. *Vid.* R. WISH, «Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales», en L. VELASCO, C. ALONSO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, LexNova, Valladolid, 2011, p 155-166, (162).

<sup>38</sup> STJCE, 9 diciembre 2003, *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*, C 116/02, *REC* 2003 I-4693; STJCE 6 Diciembre 1994 *The owners of the cargo lately laden on board of the ship Tatry v the owners of the ship Maciej Rataj*, C 406/92, *REC* 1994 I 5439.

<sup>39</sup> R. FENTIMAN, «Tactical declarations and the Brussels Convention», *C.L.J.* 1995, pp. 261-261.

<sup>40</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed. Comares, Granada 2012, p. 251.

<sup>41</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 189.

instrumentos disponibles para las partes implicadas en el procedimiento por lo que sólo pueden considerarse abusivas si se sobrepasa la línea de la buena fe procesal.<sup>42</sup> Con independencia de posibles abusos y desequilibrios generados por la estricta aplicación del principio de prioridad, la situación actual provoca un *rush to the court* o carrera al tribunal en lugar de la resolución amistosa o extrajudicial de posibles litigios.<sup>43</sup> El *forum shopping*, ya sea abusivo o no, podrá también provocar un aumento de los costes y duración de los procedimientos.

### 3. Problemas con las competencias exclusivas en patentes y marcas del artículo 22.4 del Reglamento Bruselas I

18. La práctica también ha demostrado que las normas descritas pueden generar tensiones en la relación entre los artículos 27 y 22 del Reglamento Bruselas I relativa a las competencias exclusivas en propiedad industrial.<sup>44</sup> El TJCE en *Overseas Union Insurance v New Hampshire Insurance*<sup>45</sup> no aclaró si la norma de litispendencia del artículo 27 también resulta aplicable si el segundo tribunal ante el que se ha planteado la demanda relacionada con inscripción de la patente tiene competencia exclusiva en virtud del artículo 22 Reglamento Bruselas I. En *GAT v Luk* el TJCE concluye que cuando una demanda acumule la acción declarativa negativa o torpedo y la acción de nulidad será competente para conocer del asunto el primer tribunal.<sup>46</sup> La competencia exclusiva del artículo 22.4 no depende del marco procesal en el que se presente. Estas dos sentencias combinadas pueden interpretarse como una excepción a la norma de litispendencia cuando el segundo tribunal sea competente en virtud del artículo 22.4.<sup>47</sup> Esto significaría que una empresa demandada por una violación de patentes podría derivar cualquier procedimiento al tribunal del Estado miembro en el que se encuentran registrada la patente con sólo alegar en su defensa la validez de la patente.<sup>48</sup> De lo anterior se desprende nuevamente que las normas de litispendencia actuales conceden un amplio margen manipulador a posibles infractores. Este mismo problema puede surgir además con los contratos de seguros o consumidores.

### 4. Litispendencia y terceros Estados

19. Otro foco de problemas se plantea en torno a la aplicación de las normas de litispendencia del Reglamento Bruselas I cuando una de las partes se encuentra sita en un tercer Estado y el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro. En el asunto *Owusu*, el TJCE ha establecido que el artículo 2 del Reglamento 44/2001 prevalece frente a jurisdicciones de terceros Estados anulando el principio *forum non conveniens*.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> Sobre el abuso procesal en el Reglamento Bruselas I *vid.* L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 189; H. GROTHE, *Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.)*, en IPRax 2004, pp. 205 -212 p. 212.

<sup>43</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* Vol. I, 13ª ed. Comares, Granada 2012, p. 250.

<sup>44</sup> P. KIESELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, p 1-30, p 5.

<sup>45</sup> STJCE, 27 junio 1991, *Overseas Union Insurance Ltd v New Hampshire Insurance Co*, C 351/89 *REC I* -3317.

<sup>46</sup> STJCE, 13 septiembre 2006, *GAT v Luk*, 2006 C-4/03, *REC I* 6509.

<sup>47</sup> P. KIESELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, p 1-30, p 5.

<sup>48</sup> P. KIESELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview» en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, Londres, 2012, p 1-30, p 5; A.V. DICEY, JHC MORRIS Y L COLLINS, *The Conflicts of Laws*, vol. I, 14ª ed., Sweet & Maxwell, Londres 2006 para 12-049.

<sup>49</sup> STJCE, 1 marzo 2005, *Owusu v Jackson*, C-281/02, *REC I*-1383; P. KIESELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview» en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, p 1-30, p 10.

## IV. Las nuevas normas de litispendencia Intra UE: ¿Solución a los problemas existentes?

### 1. Litispendencia Intra UE: ¿Nuevas reglas o aclaraciones?

20. Después de un intenso debate legislativo, la refundición de las normas de litispendencia y conexidad finalmente aprobadas en el Reglamento contienen dos cambios esenciales que tienen por objeto corregir parte de los problemas señalados y que describimos a continuación.

21. En primer lugar, el mecanismo sobre la litispendencia y conexidad intracomunitario pasa a estar regulado en los artículos 29 a 32 del Reglamento 1215/2012. El artículo 29 del nuevo texto se basa principalmente en el sistema existente reconociendo expresamente la nueva excepción establecida en el artículo 31.2 del Reglamento 1215/2012. En principio, cuando se formulen demandas con el mismo objeto y causa entre las mismas partes, el órgano ante el que se formule la segunda demanda deberá suspender el procedimiento. Así, el mecanismo sin perjuicio de la excepción, que se describe a continuación no ha cambiado frente a la operativa anterior. El artículo 29.2 es nuevo y establece la obligación del segundo tribunal de informar al primero de la fecha de interposición de la demanda mientras que el artículo 32 define que se considerará que el tribunal u órgano judicial conoce de un litigio desde el momento en el que se presente el escrito de demanda y cuando el demandante no deje de tomar las medidas necesarias para que se notifique al demandado. Ambas modificaciones mejorarán la coordinación procesal entre los órganos judiciales de los distintos Estados miembros.

### 2. Litispendencia y acuerdos de sumisión expresa

22. La principal reforma radica en la nueva excepción incluida en el artículo 31.2 que revoca la doctrina *Gasser* al preferir los acuerdos de sumisión contemplados en el artículo 25 frente a la prioridad temporal.<sup>50</sup>

23. Los considerandos 21 a 24 contienen las claves de esta reforma, reconociendo en primer lugar la necesidad del régimen de litispendencia para reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar resoluciones contradictorias respetando el sistema existente. Sin embargo, también resaltan la necesidad de incluir la excepción que proteja a los acuerdos exclusivos de elección de foro. Según el considerando 22, las prácticas litigiosas abusivas se producen cuando un tribunal no designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro recibe la demanda en primer lugar y el tribunal designado en el acuerdo exclusivo de foro recibe una demanda posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa.<sup>51</sup> Así, en virtud del artículo 31.2 del Reglamento 1215/2012 el tribunal designado en el acuerdo atributivo de competencia debe de ser el primero en decidir si se declara competente o no. Si se declara competente el resto de tribunales deberán abstenerse en favor del tribunal designado.<sup>52</sup> Esta excepción no se aplicará a las competencias especiales o si el demandante es el tomador del seguro, el asegurado, la persona perjudicada, el consumidor o trabajador y el acuerdo de sumisión no es válido según los dispuestos en el régimen de competencias especiales. De esta forma, se protege a la parte más débil frente a acuerdos de sumisión que puedan implicar un abuso.

24. La excepción del artículo 31.2 del Reglamento 1215/2012 es bienvenida y supone un giro radical frente a la doctrina *Gasser* solucionando así parte de los problemas arriba descritos. No obstante,

<sup>50</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013 p.6.

<sup>51</sup> Así esta definición de práctica abusiva se refiere sólo a las prácticas que buscan bloquear acuerdos de atribución de competencia. M. WELLER en B. HESS en B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008. P. 186 y consultado por última vez el 25.01.2012 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf)

<sup>52</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013 p.6.



esta reforma se queda corta al no contener ningún tipo de control de abusos para otro tipo de acciones en las que no haya un acuerdo atributivo de competencia. Los torpedos también se plantean en acciones basadas en obligaciones extracontractuales, en acciones relacionadas con la propiedad industrial, así como cualquier otro ámbito en el que no opere el acuerdo de sumisión expresa.

25. No olvidemos, que precisamente muchos informes nacionales analizados en el Informe Heidelberg expresaban su disconformidad con el estricto orden de prioridad temporal desarrollado por el TJCE.<sup>53</sup> Recordemos que, una vez constatados los problemas antes descritos en el ámbito de la propiedad industrial y las normas de litispendencia, la Comisión Europea propuso en el Libro Verde dos propuestas para poner fin a los torpedos italianos:

- (i) exclusión de las acciones declaratorias negativas.
- (ii) permitir la acumulación de acciones contra varios infractores de la patente europea pertenecientes a un grupo de empresas que actúa de manera coordinada siguiendo el principio de la araña en la telaraña (*spider in the web*).<sup>54</sup>

26. Sin perjuicio de esto la versión final del Reglamento no recoge ninguna de las alternativas planteadas dejando la solución de los problemas de propiedad industrial al Sistema Unificado de Protección de Patentes.<sup>55</sup>

27. La propuesta de 2010 de la Comisión Europea no incluía estas propuestas aunque sí incluía un plazo de seis meses para que el primer tribunal se declare competente. De esta forma se hubiese podido limitar parcialmente la efectividad de los torpedos. No obstante, es necesario ser precavido en la valoración de esta propuesta de solución de la Comisión ya que parece incompleta puesto que no se regulaba qué debía suceder en caso de que el primer tribunal incumpliese este plazo. La única consecuencia podría ser que el segundo tribunal decida continuar con el procedimiento aunque esto provocaría una situación de procedimientos paralelos no deseada.<sup>56</sup>

### 3. Litispendencia y arbitraje

28. La sentencia *West Tankers* arriba mencionada dejó claro que los convenios arbitrales podían ser *torpedeados* en base al principio de confianza recíproca permitiendo la ejecución de una sentencia del tribunal torpedo y excluyendo las *anti suit injunctions* del sistema del Reglamento 44/2001.<sup>57</sup> Este

<sup>53</sup> M. WELLER en B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, Heidelberg, 2008. P. 186 y consultado por última vez el 25.01.2012 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf)

<sup>54</sup> La propia Comisión Europea considera que la segunda opción debe de ser rechazada porque podría fomentar fórum shopping por parte de los demandantes que tratarían de buscar el domicilio de la matriz o una de sus filiales que más le interese. *Vid.* STJCE, 13 julio 2006, Roche v Primus, C-539/03, *REC* 2006 I -06535 que considera que esta acumulación no cabe dentro del artículo 6 del Reglamento Bruselas I. 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, COM (2009) 175 final, consultado por última vez el 25.01.2013 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>

<sup>55</sup> *Vid.* al respecto: Reglamento (UE) N° 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, DOUE 31.12.2012 y Reglamento (UE) N° 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción, DOUE, 31.12.2012. No obstante estos reglamentos no contienen regulación en materia de competencia judicial internacional sino que se refieren a la «patente europea con efecto unitario». *Vid.* también: M. DESANTES REAL, *Una primera aproximación al «paquete de patentes»*, en el blog *Conflictus Legum* de F. GARAU de 8.1.2013 consultado por última vez el 26.01.2013 en <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/01/manuel-desantes-real-una-primera.html>

<sup>56</sup> P. KIESSELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, p 1-30, p 13.

<sup>57</sup> *Vid.* J. HARRIS, E. LEIN, «Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 31.

problema no queda resuelto por la nueva redacción del Reglamento 1215/2012. Conviene recordar que la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de 2010 sí recogía una norma de litispendencia y arbitraje en el artículo 29.4 que permitía la suspensión *a partir del momento en el que se someta a los tribunales del Estado miembro en el que esté situada la sede del arbitraje o tribunal arbitral una acción para determinar, a título principal o como cuestión incidental, la existencia, la validez o los efectos de dicho convenio de arbitraje*.<sup>58</sup>

**29.** Aunque esta propuesta era bienvenida por la doctrina<sup>59</sup> el texto finalmente aprobado no contiene referencia alguna al arbitraje. El considerando 12 del Reglamento Bruselas bis excluye expresamente el arbitraje remitiéndose al Derecho nacional y estableciendo de forma expresa que el Reglamento *no debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional*.<sup>60</sup>

**30.** Así la propuesta de la Comisión Europea se alejaba de *West Tankers* adoptando una postura más atractiva desde el punto de vista comercial y fue bienvenida.<sup>61</sup> No obstante, tampoco resolvía la totalidad de las tensiones existentes entre el arbitraje y el Reglamento Bruselas I. En particular, no quedaba claro el alcance de la exclusión de la Propuesta de Reglamento de la Comisión en su considerando 11 ni en el artículo 29.4 propuesto y esto podría haber generado más dudas que respuestas.<sup>62</sup> Esta propuesta tampoco contenía referencia al efecto del Reglamento sobre arbitrajes en terceros Estados. En conclusión, si bien la situación actual no resuelve los problemas de *West Tankers*, la exclusión del arbitraje ha quedado clara. La relación del arbitraje continuará siendo regulada por el Derecho Internacional Privado de producción interna y por el Convenio de Nueva York de 1958.<sup>63</sup>

## V. Conexidad Intra UE

**31.** Las normas de conexidad no han experimentado cambio alguno a excepción de la nueva denominación de los órganos jurisdiccionales común a todo el Reglamento 1215/2012 por lo que respecta a su funcionamiento.

<sup>58</sup> 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, versión refundida, SEC (2010), 1547, consultada por última vez el 28.01.2013 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:ES:PDF>

<sup>59</sup> Vid. J. HARRIS, E. LEIN, «Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 31. B. HESS en B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, p. 329, Heidelberg, 2008 y consultado por última vez el 25.01.2012 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf), p. 65.

<sup>60</sup> La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo contenía un considerando muy distinto al finalmente aprobado: (11) *El presente Reglamento no es aplicable al arbitraje, salvo en los casos en los que disponga lo contrario. En concreto, no se aplica a la forma, la existencia, la validez o los efectos de los convenios de arbitraje, a las competencias de los árbitros, al procedimiento ante los tribunales arbitrales, ni a la validez, la anulación, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales*. Este texto fue rechazado por el Parlamento Europeo en su Enmienda 121, 2010/0383 de 25.09.2010 a la Propuesta de Reglamento que ya contiene la versión finalmente aprobada. Consultado por última vez el 28.01.2013 en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARG+PE-496.504+01+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>

<sup>61</sup> J. HARRIS, E. LEIN, «Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 39.

<sup>62</sup> J. HARRIS, E. LEIN, «Arbitration and Brussels I: The Recast», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012p. 179-191, p. 56.

<sup>63</sup> Vid. Al respecto A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol I., 13ª ed. Granada, Comares, p. 2012-2013, p. 253 y A.E. ANTON, P.R. BEAUMONT, P.E. McELEVAY, *Private International Law*, 3 ed. 2011, W. Green, Edinburgo, p. 559.

## VI. Litispendencia con terceros Estados

32. El artículo 33 del Reglamento 1215/2012 regula el mecanismo a aplicar a las situaciones de litispendencia entre los órganos jurisdiccionales de un Estados miembros y los de terceros Estados que conozcan con anterioridad de una acción con el mismo objeto, causa y partes. Este sistema sólo funciona cuando el tribunal del Estado miembro pueda ser competente en virtud del foro general del domicilio del demandado o de los foros especiales recogidos en los artículos 7 (materia contractual), 8 (litisconsorcio) y 9 (buques). De esta forma esta norma no se aplica cuando el tribunal del Estado miembro tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo de sumisión, de un contrato de seguro, de un contrato de trabajo o de consumo.

33. El mecanismo de litispendencia con terceros Estados es muy diferente al aplicable en situaciones intra UE.<sup>64</sup> El artículo 33 permite suspender el procedimiento en el Estado miembro cuando se pueda esperar que la resolución del tribunal del tercer Estado pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro en el que se tramita el segundo procedimiento y se estime que la suspensión del procedimiento resulta necesaria en aras de la buena administración de justicia.<sup>65</sup> De acuerdo con el considerando 24, la apreciación de la buena administración de justicia *debe valorar todas las circunstancias del asunto de que conoce. Esta valoración puede incluir las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, la fase a la que se haya llegado en el procedimiento en el Tercer Estado en el momento en el que se inicia el procedimiento ante el órgano del Estado miembro, y si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro dicte una resolución en un plazo razonable.* También se podrá tener en cuenta una posible competencia exclusiva del tribunal del tercer Estado en las mismas circunstancias en las que el tribunal europeo tendría competencia exclusiva.<sup>66</sup>

34. Los efectos de esta norma son, en principio, positivos al permitir al tribunal suspender el procedimiento mediante un análisis del proceso y circunstancias y evitar los excesos criticados después de la sentencia *Owusu*.<sup>67</sup> Asimismo el criterio de la buena administración de justicia evita la decisión automática y mecánica de la norma de litispendencia intracomunitaria permitiendo cierta discreción y análisis por parte del juez del Estado miembro. En suma, el criterio buena administración de justicia finalmente definido en el considerando 24 parece introducir un test similar al principio *forum non conveniens*.<sup>68</sup>

35. No obstante carece de sentido, no permitir la exclusión de los acuerdos atributivos de competencia, minando así autonomía de las partes, en cuanto la acción se plantee ante un tercer Estado. De esta forma los acuerdos de sumisión sólo estarán protegidos cuando la litispendencia tenga lugar dentro de la Unión Europea de acuerdo del artículo 31.2 del Reglamento Bruselas 1215/2012.<sup>69</sup> El Convenio de

<sup>64</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013 p.6.

<sup>65</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013 p.6.

<sup>66</sup> P. ROGERSON, «Lis pendens and third states: The Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, pp. 101-124, p. 118.

<sup>67</sup> P. ROGERSON, «Lis pendens and third states: The Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, pp. 101-124, p. 118.

<sup>68</sup> La propuesta inicial de la Comisión Europea de 14 de Diciembre de 2010 no contenía una definición de buena administración de justicia dificultando la interpretación de un término calificado como «oscuro» y de difícil interpretación en países que desconocen el principio de *forum non conveniens*. Vid. P. ROGERSON, «Lis pendens and third states: The Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, pp. 101-124, p. 118.

<sup>69</sup> Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro. Sobre la situación actual del Convenio Vid., Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, consultada por última vez 31.01.2013. [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=98](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98)

la Haya sobre los acuerdos de elección de foro contiene ciertos mecanismos que podrían solucionar este problema; no obstante, este Convenio aún no resulta aplicable y contiene numerosas exclusiones, como por ejemplo derechos reales.

**36.** El Tribunal del Estado miembro podrá ejercer cierta discreción y retomar el procedimiento y revocar la suspensión cuando el procedimiento en el tercer Estado sea suspendido o sobreseído, o estime poco probable que el procedimiento ante el tribunal del tercer Estado pueda concluirse en un *tiempo razonable*, o finalmente la continuación del procedimiento en Europa sea necesaria para la buena administración de justicia. Precisamente esta salvedad añade al mecanismo extracomunitario la flexibilidad que no existe a nivel comunitario para combatir abusos intra UE. No obstante, esta excepción podría considerarse como una injerencia en la soberanía de los terceros Estados afectados. De otra parte, ni el Reglamento ni sus considerandos contienen definición alguna sobre términos como *tiempo razonable*. ¿El tiempo razonable se deberá determinar en función de las circunstancias aplicables al caso en el tercer país o en las circunstancias que deberían aplicarse en Europa? Aunque se trate de un doble rasero, esta norma servirá para bloquear torpedos extracomunitarios.

## VII. Conexidad con terceros Estados

**37.** El artículo 34 contiene un régimen equivalente al artículo 33 antes descrito aplicable a las situaciones de conexidad. El Libro Verde reconoce que la extensión de la normas de competencia judicial internacional aumentará el riesgo de procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de terceros países y de los Estados miembros.<sup>70</sup> En este sentido la Comisión Europea expresó su voluntad de considerar el efecto reflexivo de las normas de litispendencia, y de competencia judicial exclusiva del artículo 22 y acuerdos de sumisión regulados por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I.<sup>71</sup> La propuesta de Reglamento de 2010 tan sólo recogía la aplicación de la norma de litispendencia a terceros Estados sólo a aquellos casos con identidad de partes y objeto sin referirse a las situaciones de conexidad. No obstante y aceptando las críticas recibidas, la versión finalmente aprobada sí contiene la extensión de las normas de conexidad a litigios en los que haya terceros estados involucrados.<sup>72</sup> Por lo demás, la norma de conexidad funciona de la misma forma que el mecanismo de litispendencia.

## VIII. Efectividad de los mecanismos existentes y nuevos contra abusos en procedimientos paralelos

**38.** El informe inicial de la Comisión Europea defendía distanciarse de la doctrina *Owusu* introduciendo el derecho de cualquier tribunal europeo a suspender un procedimiento si considera que existe otro tribunal más apropiado para conocer del caso la versión finalmente aprobada es más conservadora. El Informe también indica que este mecanismo ya existía en el artículo 15 Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestiones matrimoniales y de responsabilidad parental.<sup>73</sup> Sin embargo, la versión finalmente aprobada es más conservadora y tan sólo permite una flexibilidad relativa.

<sup>70</sup> 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, COM (2009) 175 final, consultado por última vez el 25.01.2013 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>

<sup>71</sup> Artículos 24 y 25 del Reglamento (CE) N° 1215/2012 Bruselas I Bis.

<sup>72</sup> Vid. P. ROGERSON, «Lis pendens and third states: The Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, pp. 101-124, p. 118.

<sup>73</sup> P. KIESSELBACH, «The Brussels I Review Proposal- An Overview», en E. LEIN, *The Brussels I Review proposal uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2012, p 1-30, p 23.

39. Como hemos podido observar, las nuevas normas evitarían varios tipos de torpedo:

- (i) torpedos intracomunitarios contra acuerdos de elección de foro.
- (ii) torpedos extracomunitarios cuando sean contrarios a la buena administración de justicia o el procedimiento tenga una duración excesiva.

Aunque estas mejoras sean bienvenidas, siguen existiendo diferentes tácticas abusivas que no se podrán evitar en base al Reglamento 1215/2012.

40. Otros mecanismos para evitar los torpedos, como por ejemplo una interpretación más restrictiva del objeto del litigio, tampoco solucionan los problemas derivados de la inflexibilidad del criterio *prior tempore potior in iure*.<sup>74</sup> Esta opción debe de ser rechazada ya que existen muchos supuestos bien diferenciados entre sí, además de las acciones por daños y las acciones declarativas negativas, por lo que resulta difícil establecer un criterio práctico y previsible.<sup>75</sup>

41. Otras opciones ya existentes, como son las sanciones como compensación por daños y perjuicios por iniciar un procedimiento sin justificación y de mala fe, sanciones monetarias y el orden público, tampoco resultan efectivas en todos los Estados miembros ya que las primeras no tienen cabida en el ámbito del Reglamento y no todos los sistemas nacionales conocen el principio de victoria para determinar el reparto de las costas procesales y la compensación por daños y perjuicios en caso de demandas abusivas tampoco es común a todos los Estados miembros.<sup>76</sup> Asimismo tan sólo se podrían aplicar a posteriori y una vez finalizado el procedimiento torpedo y el posterior procedimiento reclamando compensación si es que el demandante no inicia una nueva acción torpedo, esta vez contra los daños y perjuicios que le puedan reclamar por el primer torpedo. De esta forma el bucle procesal sólo puede crecer y prorrogarse en el tiempo.

42. Por otra parte, el principio del orden público sólo serviría frente al comportamiento fraudulento. El artículo 45 tampoco incluye la competencia judicial internacional entre las cuestiones de orden público que puedan servir para rechazar la ejecución de una demanda y esta norma ha sido eliminada como consecuencia de la supresión del *exequátur*.<sup>77</sup> En este sentido el Tribunal de justicia considera que el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos tampoco puede aplicarse a la hora de interpretar las normas de litispendencia del Reglamento Bruselas I.<sup>78</sup> La larga duración de un procedimiento tampoco se considera motivo de peso para aplicar el orden público.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> B. HESS en B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation (EC) No 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, p. 329, Heidelberg, 2008 y consultado por última vez el 25.01.2012 en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf)

<sup>75</sup> Vid. también por otros motivos: L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, Londres 2012, p. 179-191, p. 189.

<sup>76</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 189. En España el incumplimiento del acuerdo de sumisión puede ocasionar una indemnización por los gastos derivados del incumplimiento contractual ya que este genera responsabilidad que podrá ser reclamada por la parte que ha sufrido el torpedo. STS 12.12.009 y definida por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, como «*antisuit injunction* a la española» A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 13ª ed., Comares, Granada, p. 2012-2013 p. 219.

<sup>77</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 188. Sobre la supresión del *exequátur* véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013

<sup>78</sup> J. FENTIMAN, «article 27» en U Magnus P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2 ed.2012, Munich. J. SUDEROW, «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo», *CDT*, octubre 2010, vol. 2, nº 2, pp. 323-328.

<sup>79</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 188 OLG Hamburg, *EuLF* 2009 II-10 and J. KROPHOLLER, J. VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9 ed, Verlag Recht und Wirtschaft 2011, Frankfurt, p. 500.

43. Asimismo, aunque el considerando 24 contenga una definición de buena administración de justicia siguen, existiendo dudas que podrían dificultar la aplicación práctica del artículo 33 por tribunales que desconozcan la tradición del *forum non conveniens*.

44. De lo anterior se desprende que, aunque la nueva redacción de las normas de litispendencia y conexidad deba de ser bienvenida, nos encontramos ante un acuerdo de mínimos modesto y se ha perdido la oportunidad de mejorar aún más la cohesión del mercado interno para acabar con los torpedos o abusos similares de forma efectiva y definitiva.

## IX. Rechtschutzbedürfnis y necesidad de introducir el concepto de abuso procesal en el Reglamento Bruselas I

45. Aunque el Reglamento Bruselas bis debe «evitar prácticas litigiosas abusivas»<sup>80</sup>, su texto no contiene una norma general que conceda protección frente a posibles abusos procesales.<sup>81</sup> Así, deberemos esperar al próximo debate sobre el Reglamento 1215/2012 para plantear la inclusión de una herramienta que podría solventar parte de los problemas existentes. Puede que la solución consista en introducir el concepto de abuso procesal que podría referirse a actuaciones contrarias a la buena fe que tienen intención de perjudicar y provocar una situación contraria a derecho.

46. Como hemos visto, en el marco del Reglamento Bruselas I bis los abusos pueden estar relacionados a situaciones de *forum non conveniens* y demandas torpedo basadas en evidencias y documentación falsas cuyo mero objeto es perjudicar a la parte contraria como es el caso de la acción declarativa negativa de Enichem ante los Tribunales de Milán.<sup>82</sup> Por tanto el Reglamento debería contener una norma realmente efectiva frente a estos abusos.

47. La definición del abuso de procedimiento está ligada al principio de buena fe y al interés de protección legal legítimo o *Rechtsschutzbedürfnis*. La creación de foros artificiales o torpedos cuyo claro objetivo es retrasar o bloquear un procedimiento no tienen el *Rechtsschutzbedürfnis* necesario que justifique el inicio del procedimiento e incluso son contrarios al principio de buena fe. Para valorar el interés se debe analizar el objetivo de la demanda y la medida en que los intereses del demandante se ven realmente afectados.<sup>83</sup> Si la demanda tiene un objetivo distinto al reclamado en su propio texto o busca perjudicar a la contraparte creando situaciones artificiales, ésta debería ser rechazada o cuando menos el procedimiento debería ser suspendido si hubiera otro tribunal *conocedor* del caso y sea más apropiado que el primero. Así, el Reglamento Bruselas bis debería incluir también la obligación de los tribunales de revisar la intención real de la demanda y el *Rechtsschutzbedürfnis* antes de suspender o rechazar una demanda en base a las normas de litispendencia.<sup>84</sup> También se puede valorar el obligar al primer tribunal a comprobar la existencia de un interés de protección legal legítimo de la primera demanda cuando se haya planteado una segunda demanda ante otro tribunal.

<sup>80</sup> Considerando 19 del Reglamento (CE) N° 1215/2012 Bruselas bis.

<sup>81</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, Londres 2012, p. 179-191, p. 181.

<sup>82</sup> Vid. L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 180.

<sup>83</sup> L. TICHY, «Protection against Abuse of Process,» en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 190.

<sup>84</sup> L. TICHY propone la inclusión de una cláusula general que abarque la totalidad del reglamento y no sólo las normas de litispendencia al proponer el siguiente texto: *Actions of parties, which aim at circumventing the law, which contradict good morals and which, in their result, abuse the law, are considered ineffective*: L. TICHY, «Protection against Abuse of Process», en E. LEIN *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, p. 179-191, p. 190.

# LA PROPUESTA DE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL), UN PASO MÁS HACIA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA, LASTRADO POR LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR\*

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA  
*Catedrático de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Navarra*

Recibido: 28.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

**Resumen:** La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL) es un «instrumento opcional» que los contratantes pueden elegir, en ciertos supuestos, como derecho que regule su contrato. Es un texto basado en los trabajos previos en esta materia, aplicable a contratos transfronterizos y a relaciones B2C y B2B, y que regula tanto una teoría general de contratos como el contrato de compraventa y algunos contratos de servicios. Constituye una gran oportunidad de avanzar hacia la unificación del derecho privado en Europa, si bien la necesidad de incluir normas de protección de consumidores se muestra como un «lastre» que perjudica su coherencia interna y el contenido de la regulación.

**Palabras clave:** normativa común compraventa europea; derecho de consumidores; CESL; derecho privado comunitario.

**Abstract:** The proposed Common European Sales Law (CESL) is an «optional instrument» that contractors can choose, in certain cases, such as right to govern their contract. It is a text based on previous works in this area, applicable to cross-border contracts and B2C and B2B relationships, and regulating both a general theory of contract as the contract of sale and some service contracts. It is a great opportunity to move towards the unification of private law in Europe, although the need to include consumer protection rules is shown as a «ballast» that harms its internal coherence and content regulation.

**Key words:** Common European Sales Law, CESL, consumer law, European private law, unification of private law.

**Sumario:** I. La gestación de la Propuesta de Reglamento CESL. 1. La necesaria armonización del derecho europeo de contratos. 2. De los principios Lando al CESL, pasando por el DCFR. 3. Las Directivas sobre protección de consumidores. II. La Propuesta de Reglamento CESL. Ámbito de aplicación. 1. Ámbito de aplicación territorial y subjetivo. A) Configuración como un «segundo derecho nacional». B) Aplicación a contratos transfronterizos, incluso con contratantes ajenos a la UE. C) Aplicación a relaciones B2C o B2B PYME. D) Carácter facultativo. 2. Ámbito material. Contratos a los que se aplica: compraventa, suministro de contenidos digitales y servicios relacionados. III. La Propuesta CESL. Algunos aspectos de especial relevancia. 1. Un texto único para contratos con empresas y con consumidores, y que no distingue lo «civil» de lo «mercantil». 2. Una «teoría general del contrato». 3. Una regulación de los «contratos de servicios». IV. Valoración general: un texto positivo, pero lastrado por la protección al consumidor.

---

\* Trabajo elaborado dentro del Proyecto de Investigación de la Universidad de Navarra (PIUNA) «La unificación del Derecho privado patrimonial europeo: el marco común de referencia y otras propuestas de integración», del que es Investigador principal el autor.

## I. La gestación de la Propuesta de Reglamento CESL

### 1. La necesaria armonización del derecho europeo de contratos

1. En el ámbito del comercio internacional son continuos los esfuerzos por lograr una armonización del derecho privado, o al menos una serie de reglas sectoriales que permitan escapar de la aplicación de «derechos nacionales» y acudir a una regulación adecuada para ese sector de la contratación. Desde siempre se ha puesto de manifiesto que la diversidad de los ordenamientos nacionales retrae la contratación internacional, puesto que supone para quien contrata un estudio del otro ordenamiento, de las consecuencias que tendría en el mismo un posible incumplimiento, de cuál sería el derecho aplicable, etc. Estos altos «costes de transacción», además, suelen no conducir a resultados seguros, pues en muchos casos no existen criterios claros de determinación del derecho aplicable o de la jurisdicción competente. Por eso los contratantes prefieren tener unas normas aplicables ajenas a los derechos internos, y un sometimiento a arbitraje para huir de las jurisdicciones nacionales. De esta forma, y con muy diverso alcance, han surgido normas como la Convención de Viena sobre compraventa internacional; reglas modelo sectoriales, como las relativas a los créditos documentarios, a las garantías independientes, o los muy aplicados INCOTERMS; y hasta propuestas de régimen general, como los Principios UNIDROIT para contratos comerciales internacionales.

2. En el ámbito de la Unión Europea el problema se ha planteado de forma parecida, en relación con la «armonización del mercado interior» que se propone en el art. 114 TFUE. Resulta ilusorio hablar de un «mercado único» cuando hay 27 derechos privados distintos aplicables, y en un contrato entre nacionales de distintos países debe determinarse el derecho aplicable, y luego operar conforme a él. De hecho, los estudios demuestran que el comercio internacional interno dentro de la UE es relativamente pequeño, en buena parte por esta diversidad. Los «Eurobarómetros» ponen de manifiesto que muchos consumidores prefieren comprar a empresas de su país porque desconfían de cómo será el derecho aplicable en otro caso; e igualmente, muchas pequeñas PYMEs se dedican al comercio nacional porque no quieren estudiar qué derecho se aplicaría en otros casos y las diversas consecuencias según los países de compra<sup>1</sup>. Por eso desde fines del siglo pasado se ha dado un impulso importante para llegar a una posible unificación de ese derecho privado que fuera aplicable, cuando menos, en las relaciones entre nacionales de países distintos dentro de la UE<sup>2</sup>.

### 2. De los principios Lando al CESL, pasando por el DCFR

3. Uno de los resultados más conocidos de esa vía de estudio fue el logrado por la «Comisión de Derecho Europeo de los Contratos», más conocida como «Comisión Lando», que redactó los *Principles of European Contract Law* (en adelante *PECL*)<sup>3</sup>. A partir de ahí, la Comunicación de la Comisión

---

<sup>1</sup> Según la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa (en adelante, Propuesta CESL), sólo uno de cada diez comerciantes vende sus productos fuera del país, y una de las razones fundamentales es la disparidad de derechos nacionales. Una de las conclusiones del Eurobarómetro sobre el Derecho contractual europeo es que el primero de los obstáculos a las transacciones entre empresas y consumidores es la dificultad de investigar las disposiciones de una ley extranjera. Sobre estas cuestiones se expone la Exposición de Motivos de la Propuesta CESL.

El estudio de campo de los problemas de existencia de derechos nacionales diversificados (*Impact Assessment*) y el resultado de los dos Eurobarómetros acerca de la incidencia de esa diversidad de derechos pueden verse en [http://ec.europa.eu/justice/contract/impact-assessment/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/impact-assessment/index_en.htm)

<sup>2</sup> Sobre los problemas que plantea la fragmentación y la incoherencia de los diversos derechos contractuales aplicables véase, últimamente, J. SMITS, «Coherence and Fragmentation in the Law of Contract», en P. LETTO-VANAMO - J. SMITS (eds.), *Coherencia and Fragmentation in European Private Law*, München, Sellier, 2012, pp. 9-24.

<sup>3</sup> Los Principios se dividen en tres partes y se publicaron en dos volúmenes. El primer volumen, aparecido en 2000, incluye las partes I y II, y versa sobre disposiciones generales, formación de los contratos, representación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento, incumplimiento y remedios frente al incumplimiento del contrato. El segundo volumen apareció en 2005, y recoge la parte III, relativa a pluralidad de sujetos, cesión de créditos, sustitución del deudor, cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización del interés. Se trata, como se aprecia, de una teoría general del contrato, y no de una «parte especial» de contratos específicos.



Europea al Consejo y al Parlamento de 12 febrero 2003 propuso varios caminos para la superación de la diversidad legislativa<sup>4</sup>, y supuso un impulso relevante, porque a partir de ella se han ido sucediendo diversos textos a un ritmo realmente frenético.

4. Para el estudio y mejora del Derecho comunitario ya existente en materia contractual de protección al consumidor se creó el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Este Grupo no trató tanto de «crear» nuevas reglas, sino de armonizar las ya existentes y de buscar soluciones a problemas de interpretación planteados por ellas. En este sentido se ha afirmado que se trata de una labor de elaboración de *restatements*. Los *Acquis Principles* se formularon en una primera versión de 2007, y actualmente en una segunda de 2009, que además tiene en cuenta el texto del *DCFR*. Su contenido básico es parecido al de una teoría general del contrato, si bien de cada materia se destacan especialidades en relación con ciertas formas de negociación o con ciertos contratos<sup>5</sup>.

5. Para la formulación de principios y reglas se creó en 1999 el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)*, como un sucesor de la Comisión Lando. Este grupo, en el que se integraron muchos de los componentes de la Comisión Lando, extendió su labor a mucho más que el derecho contractual, y elaboró en muy poco tiempo a partir de la Comunicación de 2003 los llamados *Principles of European Law* (en adelante, *PEL*). En la propuesta inicial se trataba de catorce volúmenes, cada uno de ellos dedicado a una materia concreta, algunos de los cuales se publicaron ya a partir de 2007, y otros (los menos) aún se hallan en preparación. Esos Principios no tratan teoría general del contrato, pero sí contratos especiales, y además se extienden a derechos reales sobre bienes muebles y a los *trusts* (que se consideran una parte de los derechos reales)<sup>6</sup>.

6. Pues bien, ambos grupos, que en ocasiones comparten a las mismas personas, unieron sus esfuerzos para formular un borrador o proyecto de «Marco Común de Referencia» (un *draft* de *Common Frame of Reference*). Ese «Marco Común» era uno de los objetivos que planteaba la Comisión en su Comunicación de 2003, y sobre su finalidad hablaremos a continuación. El primer «borrador del borrador» se hizo público en 2007 (la *Interim Outline Edition*), y en 2009 se publicó una segunda versión, en la que se modificaron algunas redacciones, y se completó la materia<sup>7</sup>. Además del texto de los Principios (la *Outline edition*), se publicó en seis volúmenes una especie de comentario o explicación del *DCFR* (la *Full edition*), exponiendo el contenido de los Principios, las razones de la regulación (*Comments*), y las notas relativas a los derechos nacionales (*Notes*)<sup>8</sup>. El *DCFR* no es una suma o yuxtaposición de

<sup>4</sup> «Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Un Derecho contractual más coherente. Plan de Acción» [COM (2003) 68 def.]. Son también relevantes las Comunicaciones de 11 julio 2001 [COM (2001) 398 def.] y 11 octubre 2004 [COM (2004) 651 def.]. El Parlamento también ha impulsado la idea de la unificación en sus Resoluciones de 26 mayo 1989, 6 mayo 1994, 15 noviembre 2001, 15 marzo 2006 y 12 diciembre 2007.

<sup>5</sup> La primera versión está en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms)*, München, Sellier, 2007. La segunda versión se publica como RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions. Delivery of Goods. Package Travel and Payment Services*, München, Sellier, 2009.

<sup>6</sup> Los volúmenes que recogen los *PEL* se han ido publicando desde 2007, conforme cada grupo acababa su trabajo. Al igual que los *Principios Acquis*, cada libro recoge los Principios (en realidad, un verdadero texto articulado), un comentario explicativo sobre los mismos, y las notas relativas a cómo contemplan esa institución los ordenamientos nacionales comunitarios. Los 14 volúmenes de los *PEL* son: *Benevolent Intervention in Another's Affairs; Commercial Agency. Franchise and Distribution Contracts; Service Contracts; Personal Security; Lease of Goods; Sales; Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another; Unjustified Enrichment; Proprietary Security Rights in Movable Assets; Loan Agreements; Acquisition and Loss of Ownership in Movables; Donation; Mandate Contracts; y Trust.*

<sup>7</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, München, Sellier, 2009. En la versión de 2007 no se habían redactado las reglas relativas al préstamo; a la donación; a la adquisición y pérdida de la propiedad y garantías reales sobre muebles; y a los trusts.

<sup>8</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, München, Sellier, 2009. El texto puede consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfir\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfir_outline_edition_en.pdf)

los *Acquis Principles* (teoría general del contrato) y los *Principles of European Law* (parte especial de contratos), sino una nueva exposición de la teoría general y una nueva redacción de los *PEL*<sup>9</sup>.

7. Es más que posible que los órganos comunitarios no esperaran unos resultados tan «completos» en tan poco tiempo<sup>10</sup>. Como casi siempre, el entusiasmo mostrado por el Parlamento y por la Comisión fue muy distinto. La Comisaría de Justicia del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo consideró, en la reunión de 12 de enero de 2010, que el DCFR presentado era una maravillosa pieza de trabajo, que podía ser un embrión del Código civil europeo al que un día se llegará. Frente a esto, la Comisión dictó la Decisión 2010/233/EU de 26 abril 2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. En esa Decisión se menciona al proyecto académico de marco común de referencia, pero se señala que el Programa de Estocolmo para 2010-2014 invita a la Comisión a presentar una propuesta sobre un marco común de referencia, y concluye que «es necesario, por tanto, crear un Grupo de expertos en el ámbito del Derecho civil y, en particular, en el ámbito del Derecho contractual». La Decisión estableció que ese Grupo debía seleccionar las partes del DCFR pertinentes para el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo también en cuenta otros trabajos, y el acervo de la Unión<sup>11</sup>. Resultaba, así, que el DCFR no era un punto de llegada, pero casi ni siquiera un punto intermedio, sino un

<sup>9</sup> La bibliografía sobre el DCFR no se ha hecho esperar. Entre los libros colectivos dedicados a valorar el DCFR véanse VAQUER ALOY, Antoni (ed.): *European Private Law beyond the Common Frame of Reference. Essays in honour of Reinhard Zimmermann*, Groningen (The Netherlands), Europa Law Publishing, 2008; A. SOMMA (ed.): *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer Law International, New York, junio 2009; G. WAGNER (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München, Sellier, 2009; L. ANTONIOLLI - F. FIORENTINI (eds.) - COMMON CORE EVALUATING GROUP (pr.), *A factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2011; E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch, 2011.

<sup>10</sup> Cuestión distinta es que, aparte ser completo, sea valioso. Como era de esperar el DCFR tuvo sus defensores y detractores. Uno de los trabajos más críticos fue el de H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, «The Common Frame of Reference for European Private Law. Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, 2008, pgs. 659-708. Véanse también R. SCHULZE, T. WILHELMSSON, «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *European Review of Contract Law*, vol. 4, issue 2, may 2008, pgs. 154-168; C. VON BAR, «A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (mayo 2008), pgs. 1-10; M. W. HESSELINK, *CFR&Social Justice*, München, Sellier, 2008; E. CLIVE, «An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference», *ERA-Forum*, agosto 2008; S. WHITTAKER, *The «Draft Common Frame of Reference. An assessment*, University of Oxford, 2008; HOUSE OF LORDS, *European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference*, London, 2009; EUROPEAN FINANCIAL MARKETS LAWYERS GROUP. *The Draft Common Frame of Reference. A position paper*, septiembre 2009; L. MACGREGOR, *Report on the Draft Common Frame of Reference: a report prepared for the Scottish Government*, mayo 2009. En la doctrina española F.J. INFANTE RUIZ, «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *InDret*, abril 2008, y A. VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dr.), *Derecho Contractual Europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 235-259. Para las críticas generales formuladas me remito a E. VALPUESTA GASTAMINZA, «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 73 y ss.

<sup>11</sup> Según la Decisión, «La función del Grupo será asistir a la Comisión para la preparación de una propuesta de marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluido el Derecho en materia de contratos mercantiles y de consumo y, en particular: a) para seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho contractual, y b) para reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados del proyecto de marco común de referencia, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este ámbito, así como el acervo de la Unión».

El grupo debe incluir a expertos de las siguientes categorías: organizaciones científicas y de investigación, mundo académico; profesionales de la Justicia; y expertos que representen a la sociedad civil. Las personas nombradas son las siguientes: Susanne Czech, European E-commerce and Mail Order Trade Association; prof. Fernando Gómez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona; prof. Luc Grynbaum, Université Paris-Descartes; prof. Torgny Håstad, Justiteråd Högsta domstolen, Stockholm; prof. Martijn W. Hesselink, University of Amsterdam; prof. Miklos Kiraly, Eötvös Loránd University, Budapest; prof. Irene Kull, Faculty of Law, Tartu; Maître Pierre Levêque, Avocat au Barreau de Paris; prof. Paulo Mota Pinto, Universidade de Coimbra; prof. Jerzy Pisulinski, University Jagiellonian, Krakow; Mr Bob Schmitz, European Consumer Consultative Group, Luxembourg; prof. Hans Schulte-Nölke, European Legal Studies Institute, Osnabrück; prof. Jules Stuyck, Avocat au Barreau de Bruxelles; profa. Anna Veneziano, Università degli Studi di Teramo; Maître Ioana Lambrina Vidican, Notary, Bucarest; prof. Simon Whittaker, University of Oxford; prof. Hugh Beale, University of Warwick; prof. Eric Clive, University of Edinburgh. Los profs. Bénédicte Fauvarque-Cosson (Université Panthéon-Assas) y Christian von Bar (University of Osnabrück) actuarán como asesores especiales de la Vicepresidenta sobre derecho contractual europeo, y le comunicarán las conclusiones del grupo de trabajo.

«punto de partida» y sin ataduras para el posterior trabajo de revisión. También era sintomático que para asesorar al Grupo de Expertos se nombrara un comité que integraba a diversos *stakeholders*, a prácticos del derecho, posiblemente porque se consideraba que el DCFR era demasiado «académico», «teórico» o alejado de la realidad<sup>12</sup>.

8. El «Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas» (Bruselas, 1 julio 2010) mantuvo el desapego hacia el valor del DCFR, y volvió a proponer hasta siete vías de posible avance en la búsqueda de una mayor armonización o unificación<sup>13</sup>. A continuación, lanzó una «consulta pública para recabar orientación y opiniones sobre actuaciones posibles en materia de Derecho contractual europeo», hasta el 31 de enero de 2011.

9. En respuesta al Libro Verde, el Parlamento Europeo, en su perpetuo optimismo hacia la consecución de un derecho privado común, adoptó el 8 junio 2011 una Resolución en la que expresaba su firme apoyo a un instrumento que permitiría mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y beneficiaría a los comerciantes, los consumidores y los sistemas judiciales de los Estados miembros.

10. El grupo de expertos creado mediante la Decisión 2010/233/EU antes citada realizó un estudio de «factibilidad» (*feasibility*) o «viabilidad» de un derecho contractual europeo para consumidores y empresarios. Se publicó una primera versión de agosto de 2011 (*Contract law, Work in progress, versión of 19 august 2011*), y una definitiva fechada el 3 de mayo de 2011<sup>14</sup>. A partir de ella, se redactó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en siglas inglesas, Propuesta de Reglamento CESL), de 11 octubre 2011. El Reglamento tiene dos partes bien diferenciadas: la Exposición de Motivos y los artículos del Reglamento en sí (en adelante, Reglamento CESL); y como anexo, la «normativa común de compraventa europea» (en adelante, Propuesta CESL).

11. Resulta curioso, si no vergonzoso, que el Reglamento no haga referencia alguna al DCFR. Parece como si el texto surgiera de la nada, o directamente del *Feasibility study*, cuando es evidente que está directamente inspirado en el *DCFR*. Quizás la «soberbia» de los redactores del *Common Frame*, que fueron mucho más allá del puro derecho contractual, y que además propusieron figuras totalmente

<sup>12</sup> Las conclusiones de las diversas reuniones del «Key stakeholder Experts Group» pueden consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/contract/stakeholder-meeting/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/stakeholder-meeting/index_en.htm)

<sup>13</sup> Las opciones presentadas fueron: a) una simple publicación de los resultados del Grupo de expertos, que podría inspirar la redacción de los Derechos nacionales, o de las cláusulas contractuales; b) considerar los resultados como una «caja de herramientas» oficial para el legislador, que sirviera para redactar propuestas normativas o revisar medidas en vigor, dándole un respaldo oficial bien mediante un acto del Consejo, bien mediante un acuerdo interinstitucional entre Consejo, Comisión y Parlamento; c) dictar una Recomendación de la Comisión, animando a los Estados miembros bien a sustituir sus legislaciones contractuales con ese instrumento, bien a incorporarlo como régimen optativo para las partes contratantes; d) dictar un Reglamento de creación de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo, que constituiría un «segundo régimen contractual» por el que podrían optar las partes al contratar; e) dictar una Directiva sobre Derecho contractual europeo, para armonizar las legislaciones nacionales con base en normas mínimas comunes; f) dictar un Reglamento que estableciera un Derecho contractual europeo, que sustituyera las legislaciones nacionales; y g) dictar un Reglamento de creación de un Código civil europeo, que no sólo cubriera materia contractual, sino también, p.ej., responsabilidad civil o prestaciones de beneficencia.

<sup>14</sup> *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*. El documento incluye como anexo el *Commission Expert Group on European Contract Law. Feasibility study for a future instrument in European Contract Law. 3 May 2011*, que es el germen de la CESL.

Para consultar las diversas reuniones del grupo, y los resultados de la información pública a la que se sometió el *Feasibility Study* véase [http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm) y [http://ec.europa.eu/justice/contract/background/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/background/index_en.htm)

Una valoración doctrinal del *Feasibility Study* en R. SCHULZE - J. STUYCK (eds.), *Towards an European Contract Law*, München, Sellier, 2011, que contiene la intervención de la Comisaria de Justicia Viviane REDING, cuyo papel fue fundamental en el impulso de las decisiones finalmente adoptadas («The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers», pp. 9-20).

novedosas alejadas del puro «comparatismo», ha querido ser castigada con este ostracismo. No es justo, porque por muchas objeciones que cupiera realizar al *DCFR*, ha supuesto una revitalización de la discusión sobre cómo llegar a una mayor armonización. Posiblemente los autores se «pasaron de frenada» al proponer un texto tan ambicioso, y en algunas partes no demasiado meditado, pero sería justo reconocerle un mérito cuando buena parte de la Propuesta CESL bebe directamente del diseño de la teoría general de obligaciones y del régimen de la compraventa diseñados en el *DCFR* (que a su vez supuso una evolución más a partir de los *PEL*, de los *Principios Acquis*, y de los avances de los otros grupos de trabajo existentes).

### 3. Las Directivas sobre protección de consumidores

12. La cuestión es diferente, aunque en cierta forma paralela, con la problemática de la protección del consumidor. La Unión Europea sí tiene competencia plena para dictar normas de protección del consumidor, en virtud del art. 169 TFUE, que buscan un nivel de protección mínimo del consumidor igual para todos los países de la Unión. Lo que se pretende no es tanto una uniformidad, un derecho único, sino una armonización de normas y un mínimo de protección. Pero el problema real es muy parecido, porque de hecho las diversas materias en las que se han dictado Directivas han dado lugar a otros 27 ordenamientos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos, lo cual plantea de nuevo la diversidad de los derechos nacionales como problema. El *EC Consumer Law Compendium* puso de manifiesto esta diversidad<sup>15</sup>. En las ventas a distancia a través de medios electrónicos, cada país tiene distintas normas acerca de los requisitos de las páginas web, de la información precontractual, del derecho de desistimiento, etc., pese que la Directiva 2000/31/CE asegura una protección mínima uniforme en materia de comercio electrónico, y la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/CE). Esto hace que cada comerciante deba cumplir muy diferentes requisitos según el país en el que se le compren bienes o servicios.

13. La discusión acerca del camino a tomar tampoco ha dado un resultado claro. En octubre de 2008 se hizo pública una propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores que reunificara las normas de las Directivas de negocios fuera de establecimiento, a distancia, cláusulas abusivas y garantía en las ventas a consumidores, basada en un criterio de «armonización máxima» (no establecer unos mínimos uniformes, sino unos máximos). Pero ese enfoque, que resultó muy criticado entre la doctrina, se abandonó en 2010, cuando la responsabilidad de la propuesta recayó en la Dirección General de Justicia. Finalmente, la Directiva 2011/83/CE (en adelante, DDC) únicamente modifica las reglas de ventas a distancia y negocios fuera de establecimiento, y sigue la vía de la «armonización plena selectiva», que significa una armonización máxima en ciertos aspectos muy concretos de alguna regulación<sup>16</sup>.

14. El resultado sigue siendo la dispersión, porque existen muchas Directivas, no siempre coordinadas entre sí, con regulaciones válidas sólo para ese ámbito de regulación (como, por ejemplo, el concepto de consumidor, y la solución -o no solución- al problema del acto mixto). El aplicador tiene que contemplar no sólo la Directiva (o, a menudo, las Directivas aplicables a un mismo negocio), sino la forma en que cada país la ha traspuesto y establecido, en su caso, una protección superior al mínimo exigido por la norma comunitaria. Y la revisión del *Grupo Acquis* sigue sin dar un fruto seguro, pues aparte de las publicaciones antes referidas, el derecho de protección de consumidores derivado de las Directivas sigue perdiéndose en demasiados detalles distintos para negocios muy parecidos. Los propios órganos comunitarios vienen a aceptar que la vía de las Directivas resulta poco efectiva cuando afirman,

<sup>15</sup> La última versión del *EC Consumer Law Compendium* puede consultarse en [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf)

<sup>16</sup> Entre otros, véase C. TWIGG-FLESNER, «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.) - E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2012, pp. 83 y ss. Sobre los criterios de armonización mínima y máxima véase F. GÓMEZ POMAR - J. J. GANUZA FERNÁNDEZ, «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *Indret*, 2-2011, pp. 1-29.

al final del apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta CESL, que «Tampoco sería adecuada una Directiva por la que se establecieran normas mínimas de Derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesario para reducir los costes de transacción». Las Directivas respetan la autonomía de los Estados, pero al precio de no lograr una armonización real.

## II. La Propuesta de Reglamento CESL. Ámbito de aplicación

### 1. Ámbito de aplicación territorial y subjetivo

15. La Propuesta CESL se ha preocupado especialmente por cumplir con la regla de subsidiariedad y de proporcionalidad. El legislador comunitario es consciente de que, al menos por ahora, no puede plantear una normativa obligatoria que suprima los derechos nacionales; ni tiene competencias para ello, ni aunque las tuviera sería algo admitido por los operadores económicos. Por eso avanza por una vía intermedia, una especie de «caballo de Troya» que permita introducir una «unificación no obligatoria», pero efectiva si se elige. La «normativa común de compraventa» será: a) un «segundo derecho nacional»; b) que se aplicará en negocios transfronterizos; c) entre consumidor y empresario, o entre PYME y empresa no PYME; y d) si así lo aceptan las partes<sup>17</sup>.

#### A) Configuración como un «segundo derecho nacional»

16. En primer lugar, se plantea como un «segundo derecho nacional», aplicable a ciertos contratos internacionales. El instrumento opcional europeo podría haberse configurado «un ordenamiento más» que las partes podrían elegir. Se optaría, así, por la vía que ofrecía el Reglamento Roma I en su Considerando 14: «En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas» (se llama a esto el «régimen 28º», porque el nuevo ordenamiento sería uno más añadido a los 27 regímenes nacionales). En tal caso, la elección de esa regulación era una «elección de derecho aplicable» que se sometía a los requisitos generales de Derecho internacional privado. En vez de esto, la Propuesta CESL se plantea como un «segundo ordenamiento nacional» («régimen 2º» o «2º régimen»), de forma que una vez elegido como ordenamiento aplicable el (transfronterizo) de un país de la Unión, sería el obligatorio. Las diferencias son notables en el caso de contratos con consumidores. Si fuera «un ordenamiento más» (el 28º ordenamiento), de ser elegido por las partes, sería además aplicable el ordenamiento del país de residencia del consumidor en la medida en que fuera más beneficioso (art. 6 Roma I)<sup>18</sup>. En cambio, al ser un «segundo ordenamiento nacional»

<sup>17</sup> En cuanto al ámbito material de la propuesta CESL pueden verse, recientemente, R. ILLESCAS ORTIZ – P. PERALES VISCASILLAS, «El reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los Negocios*, núm. 265-266, 2012, pp. 9 y ss.; F. GÓMEZ POMAR - M. GILI SALDAÑA, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret*, 1-2012, pp. 1-27,

<sup>18</sup> Art. 6 Roma I: «1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre 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.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

Conforme al art. 3.1 Roma I « El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato».

es el ordenamiento del país de residencia del consumidor para sus contratos transfronterizos, y entonces no existe el límite señalado. Se aplicaría en bloque la Propuesta CESL, con independencia del nivel de protección de consumidor del ordenamiento nacional interno de ese país (si bien, de todas maneras, se parte de que la protección del consumidor en la CESL es muy elevada, y por eso normalmente no será inferior a la del propio país). De esta forma, no es preciso modificar Roma I ni el derecho de normas de conflicto (Cdo. 12 del Reglamento). Ahora bien, lo que sí resultará preciso es que el ordenamiento nacional de uno de los países de la Unión sea el aplicable, de forma que sí no lo fuera como regla general, las partes tendrían que poder elegir, y elegir, como aplicable el ordenamiento nacional del país de la UE, y además la propuesta CESL (que siempre es opcional).

17. Esta vía no se halla exenta de problemas, como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina<sup>19</sup>. Supongamos un contrato realizado con un consumidor con residencia fuera de la UE, siendo el vendedor un país domiciliado en la UE, en el que ambas partes eligen como aplicable el ordenamiento del país del vendedor y la CESL. Como el «ordenamiento del país de residencia del consumidor» no es la CESL, operarán todos los efectos del art. 6 Roma I (no perderá la protección que le dispensan sus normas nacionales). Por otra parte, también se plantean problemas en el supuesto de contratos entre empresa vendedora no comunitaria, y compradora comunitaria, que eligen como aplicable el CESL. Como regla general, sería aplicable el derecho del país de residencia del vendedor (art. 4.1 Roma I). ¿La elección del CESL supone, implícitamente, también elección del derecho comunitario? Porque si no lo supone (y, desde luego, en principio no, porque la aplicabilidad del derecho comunitario es un *præius* para poder optar por la CESL), no podría operar. Todas estas cuestiones aconsejan una reforma de la Propuesta que evite este tipo de problemas.

## **B) Aplicación a contratos transfronterizos, incluso con contratantes ajenos a la UE**

18. En segundo lugar, se aplica sólo a contratos transfronterizos (art. 4 Reglamento). Cuando el contrato es entre comerciantes, se considera transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro. Y si es con consumidores, si: a) la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual, y b) al menos uno de dichos países es un Estado miembro. Por lo tanto, lo relevante es que sean contratantes de países distintos, y que uno de esos países, al menos, sea de la Unión Europea. La aplicación a contratantes no comunitarios no deja de ser curiosa, pues no queda claro con base en qué competencia puede la Unión regular en esta materia, pero el Reglamento toma esta opción. Esto, además, planteará problemas en función de posibles normas imperativas del país del contratante no comunitario, como se ha expuesto en el epígrafe anterior al tratar del supuesto de consumidor no comunitario y empresa comunitaria.

19. Por ahora no se quiere ni siquiera plantear un «derecho privado uniforme» que sustituya a los derechos nacionales internos, porque ni hay competencia para ello, sería contrario al principio de proporcionalidad, y además resultaría difícilmente admitido por los países. El Libro Verde de 2010 se planteaba si resultaría mejor dictar una norma sólo para contratos transfronterizos o también para los internos, y la opción actual es evidente.

20. Esta elección no impide que un país pueda decidir hacer de la normativa común su derecho interno (esto es, que no se aplique «sólo» a contratos transfronterizos), art. 13 Reglamento. Aunque esto no hacía falta que lo dijera el Reglamento, pues entra dentro de la libertad y autonomía de los órganos

<sup>19</sup> Véase a este respecto S. SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el derecho internacional privado», *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, n.º 11, 2011, pp. 42 y ss.; G. RÜHL, «The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2012/5*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2025879](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879); E. FERNÁNDEZ MASÍ, «Optando por la normativa común de compraventa europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, 2012, pp. 11-20.

legislativos internos, es claro que en cierta forma los órganos comunitarios consideran positivo que los Estados realicen esta ampliación. La UE no puede imponer los derechos privados internos de cada país, pues esto excedería con mucho de asegurar el «funcionamiento del mercado interior», competencia recogida en el art. 114 TFUE que justifica la regulación. Pero es evidente que sería todo más sencillo si la normativa interna y transfronteriza sobre compraventa de un país es la misma, pues evita a consumidor y empresario el tener que pensar con quién contrata para determinar qué derecho se aplica. De todas formas, la discusión sobre el *DCFR* ha puesto de manifiesto que, como es evidente, por ahora los países no están dispuestos a renunciar a «sus» derechos internos, y suplirlos por una normativa europea que, por muy buena que sea (y que aún no es, obviamente), se separa de sus tradiciones.

### C) Aplicación a relaciones B2C o B2B PYME

21. En tercer lugar, se aplica a negocios empresario/consumidor (B2C) o empresario no PYME/PYME (art. 7 Reglamento)<sup>20</sup>. Para contratos entre consumidores o entre grandes empresas se considera que no es preciso uniformizar el derecho de la compraventa (de nuevo el principio de proporcionalidad). En el fondo la Propuesta CESL sigue siendo una norma basada -aunque no lo diga- en el principio de protección de la parte compradora débil, imponiendo una serie de reglas imperativas defensoras de su interés. De hecho las referencias continuas en la Exposición de Motivos a la protección de los consumidores muestran que su preocupación es esta defensa, quizás también porque así ha nacido el derecho contractual comunitario, y dar un paso claro hacia una normativa para todo tipo de partes resultaría hoy en día políticamente incorrecto.

22. Ahora bien, precisamente porque la Propuesta CESL se va a aplicar a negocios con consumidores, el nivel de protección de éstos tiene que ser alto, mayor incluso, que el de las Directivas, ya que sólo de esta manera será compatible esta normativa con la armonización (sea mínima o máxima) lograda por la vía de las Directivas. Por eso la Propuesta recoge reglas propias de la protección del interés de consumidores, pero elevando incluso plazos de reclamación, posibilidades de resarcimiento, etc.<sup>21</sup>. De forma un tanto paradójica, el consumidor está más protegido por el sistema optativo que por el mínimo de las Directivas obligatorias. Esto no impedirá, por supuesto, que en algunos países y casos concretos la normativa nacional interna, que «mejore» la Directiva, pueda ser más beneficiosa para el consumidor que la de la CESL. Pero aun en tal caso, si las partes eligen la CESL como aplicable, prevalecerá ésta sobre la nacional (no transfronteriza) más favorable, pese a que el art. 6 Roma I pudiera dar una solución contraria (véase lo dicho anteriormente).

### D) Carácter facultativo

23. Por último, el sistema es facultativo. De nuevo la proporcionalidad exige no imponer un sistema imperativo a las partes, y respetar la autonomía de la voluntad. Por ello «La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes» (art. 8.1 Reglamento. Véase también art. 3 Reglamento). Además, ese acuerdo exige un consentimiento expreso y

<sup>20</sup> Por PYME se entiende, a efectos del Reglamento, un comerciante que: a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual no superior a 43 millones de euros, o para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país (art. 7.2 Reglamento). Esta caracterización se toma de la Recomendación de la Comisión 2003/61, de 6 mayo 2003, sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

<sup>21</sup> Acerca del «nivel muy elevado de protección del consumidor» de la Propuesta CESL véase H. SCHULTE-NÖLKE, «El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 68-72. Considera también que el nivel de protección en materia de cláusulas abusivas es mayor M. EBERS, «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *Indret*, núm. 1/2012, pp. 43-47. En cambio se muestra crítica con este sistema de protección, que cambia el rumbo de actuar mediante Directiva, U. PACHL, «The Common European sales law – have the right choices been made? A consumer policy perspective», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/6*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2027455](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027455)

pleno para el caso de consumidor, pues en tal supuesto se precisa «una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato» (art. 8.2 Reglamento); el comerciante deberá facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero; e incluso, el vendedor debe alertar al consumidor, dentro de la información precontractual, acerca de la intención de aplicar dicha normativa, entregándole una ficha informativa cuyo modelo se incluye en el anexo (art. 9.1 Reglamento). Todo este sistema de *opt-in* respecto del consumidor resulta un tanto «intimidante», como ya ha tenido ocasión de señalar la doctrina<sup>22</sup>. Con tanta precaución y avisos la impresión que puede darle es la de que aceptar la normativa común es peor que no hacerlo, que va a quedar menos protegido. Esto, además, resulta contradictorio con la valoración de que la Propuesta CESL es más protectora del interés del consumidor que el nivel mínimo de las Directivas; si es así, no tiene quizás tanto sentido el tomar prevenciones para su aplicación. En la discusión acerca de cómo uniformizar el derecho privado se acuñó la expresión del «*blue button*», para significar que al concertarse un contrato podía incluirse una «casilla» o «botón azul», con la bandera de la UE, para que tachándola o pulsándola se indicase la aceptación de la normativa europea, y no la de la normativa nacional<sup>23</sup>. Si en vez de un atractivo y curioso «botón azul» lo que se hace es «prevenir» al consumidor, el efecto será distinto.

24. El carácter facultativo u optativo de la normativa común ha sido un requisito importante. Desde los trabajos preparatorios del DCFR la idea de un «instrumento opcional» era la más aceptada entre la doctrina, porque permite ofrecer a las partes una normativa adecuada, protectora de sus intereses y moderna, sin obligarles a someterse a ella. Aunque el Libro Verde de 2010 ofrecía varias opciones, varias de ellas eran casi imposibles por problemas de planteamiento (como la propuesta de un reglamento que impusiera un derecho interno obligatorio a todos los países). En cambio el «instrumento opcional» no violenta ninguna voluntad, y supone una riqueza más de ordenamientos a los que acudir.

25. Cabe también resaltar que la aceptación de la normativa común, si se realiza, debe ser total en contratos empresario/consumidor (art. 8.3 Reglamento). En cambio, entre PYME/Empresa no PYME sí cabría una aceptación parcial. Parece con ello se intenta evitar que el empresario ofrezca sólo la vinculación a las partes más «técnicas» en las que no exista una alta protección del consumidor, y así el contrato se regiría en parte por la normativa común, y en parte por la nacional aplicable, lo cual resulta demasiado complejo, porque además de nuevo entraría en juego el art. 6.2 Roma I que exigiría tener en cuenta el nivel de protección del derecho del país de residencia del consumidor.

## 2. **Ámbito material. Contratos a los que se aplica: compraventa, suministro de contenidos digitales y servicios relacionados**

26. El ámbito «material» de la regulación lo constituyen tres grupos de contratos: compraventas; suministro de contenidos digitales; y contratos de servicios relacionados (art. 5 Reglamento).

27. Por compraventa se entiende «todo contrato en virtud del cual el comerciante (“el vendedor”) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (“el comprador”) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los

<sup>22</sup> Sobre estas cuestiones véase M. W. HESSELINK, «How to Opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s Proposal for a Regulation», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2011/15*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1950107](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950107); B. FAUVARQUE-COUSSON, «Hacia un derecho común europeo de la compraventa», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revision ... cit.*, pp. 55-57. O. LANDO, «On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future perspectives», en R. SCHULZE - J. STUYCK (eds.), *Towards an ... cit.*, p. 22, considera que los sistemas de *opt-in* suelen fracasar, por lo que duda del acierto de la regla que proponía, en esos momentos, el *Feasibility Study*.

<sup>23</sup> La idea del *blue button* fue inicialmente lanzada por H. SCHULTE-NÖLKE, «EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the “Blue Button”», *European Review of Contract Law*, 3/2007, pgs. 348-349. Remarcaba esta opción S. LEIBLE, «¿Qué hacemos con el marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en M. R. DÍAZ ROMERO (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, pp. 221-249.



contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública» [art. 2.(k) Reglamento]. Como se aprecia, y en línea con la Convención de Viena, se incluye la compraventa «clásica», pero también el arrendamiento de obra, el «suministro de bienes que se deban fabricar o producir»<sup>24</sup>.

**28.** El suministro de contenidos digitales incluye tanto el suministro en soporte material como sin soporte material; tanto contenidos que pueden ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario como aquellos a los que simplemente se pueda tener acceso; y tanto la entrega a cambio de precio como gratuita [art. 5.b) Reglamento]. Por otra parte, por «contenidos digitales» se entienden «los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes», con algunas exclusiones [art. 2.(j)]<sup>25</sup>. Lo importante es el «formato» digital, no el contenido de ese formato. Y como en la compraventa, vale tanto la compra de contenidos estándar como los que se elaboren «siguiendo las especificaciones del consumidor» (*sic*, por adquirente). La «personalización de *software* estándar» es también objeto de esta regulación<sup>26</sup>.

**29.** Por lo que se refiere a los «servicios relacionados», son «cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales» [art. 2.(m) Reglamento]. Se excluyen ciertos servicios que, de otra forma, encajarían en el ámbito material, pero que constituyen contratos diversos con regulación propia: los servicios de transporte, de formación, de apoyo a las telecomunicaciones, y financieros. Lo relevante es que ciertos contratos típicos de «arrendamiento de servicios» como la instalación, mantenimiento, reparación o tratamiento se regulan también por la normativa común, y se establecen respecto de ellos reglas que bien pueden entenderse como las tendencias en derecho comunitario en materia de contratos de servicios (véase más adelante III.3).

### III. La Propuesta CESL. Algunos aspectos de especial relevancia

#### 1. Un texto único para contratos con empresas y con consumidores, y que no distingue lo «civil» de lo «mercantil»

**30.** Está claro que para el Derecho comunitario privado no existe el «Derecho mercantil», pero tampoco el «Derecho civil». Sólo existen consumidores y comerciantes que contratan entre sí. La distinción «contratos civiles» y «contratos mercantiles», consagrada en los derechos continentales por los códigos decimonónicos, ya no se mantiene, porque no tiene sentido alguno. Si pudo tener sentido en algún momento fue por la existencia de dos «mentalidades», «conservadora» vs. «especuladora», que podía justificar crear reglas paralelas con distintos *tempos* de actuación. Pero actualmente, cuando todos, consumi-

<sup>24</sup> La misma regla se aplicaba en el *DCFR*, véase M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Libro IV.A. Compraventa», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 221-223. Sobre la ampliación del concepto de compraventa véase P. PERALES VISCASILLAS, «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, nº 4-2003, pp. 1199 a 1224.

<sup>25</sup> Las excepciones son: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; y vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios.

<sup>26</sup> Sobre esta regulación véanse G. SPINDLER, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la propuesta de reglamento sobre un derecho común de compraventa», y R. YANGUAS GÓMEZ, «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», ambos trabajos en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 457-469 y 471-508 respectivamente.

dores y empresarios, tenemos la misma mentalidad especulativa y capitalista, no tiene sentido mantener la distinción<sup>27</sup>. Menos aún en el ámbito de los contratos transfronterizos, en el cual todos los que actúan tienen esa mentalidad de aprovechamiento de las oportunidades de negocio y de maximización del valor.

**31.** La Propuesta es, además, un texto único para contratos entre empresas y entre empresas (B2B, si la adquirente es PYME) y consumidores (B2C). Así como en las Directivas los órganos comunitarios operan únicamente hacia contratos con consumidores, en estos otros instrumentos reguladores no existe esa limitación. Lo importante es que frente a la doctrina que considera que el «Derecho del consumo» es una especie de rama independiente o autónoma, regida por principios propios (como el cuestionado principio *pro consumatore*), el derecho privado europeo apuesta por lo contrario, por unas reglas especiales para consumidores pero integradas, y sin estrépito, en la regulación general del derecho privado. Se muestra así que si se considera precisa una especial protección al interés del consumidor, esto puede hacerse mediante la introducción de reglas especiales, pero no es precisa la creación de todo un conjunto de normas paralelas más proteccionistas que las generales. En muchos casos la combinación de intereses contenida en la norma general es la situación de «equilibrio», por lo que no resulta preciso distinguir si la contraparte es consumidor, PYME o, incluso, gran empresa. De hecho, en la regulación general de la compraventa y de los servicios relacionados las normas específicas sobre consumidores suponen una proporción bastante pequeña.

**32.** Pero además de esto, lo que también resulta relevante es que muchas de las soluciones generales se basan en reglas que, hasta ahora, se habían enunciado en las Directivas de protección de consumidores. Así pasa, p.ej., con la exigencia de «conformidad» de la prestación fundamental, tan alejada de la distinción entre vicios aparentes y vicios ocultos propia de los derechos continentales. Este paradigma de cómo medir el cumplimiento se había formulado hasta ahora en la Directiva sobre garantía en la venta de bienes de consumo (Directiva 1994/44/CEE), y sólo para consumidores, pero a partir de ahí se toma como el modelo general de cumplimiento en la compraventa<sup>28</sup>. Lo mismo cabría señalar de la regulación de las «cláusulas contractuales no negociadas individualmente»: en la Directiva 93/13/CEE sólo se establecen requisitos para tales cláusulas cuando son pactadas con consumidores, pero en la Propuesta CESL parte de esas normas se generalizan para todo tipo de contrapartes, e incluso el «control de contenido» (el concepto y régimen del «*unfair term*», traducido al español como «cláusula abusiva») se aplica también a contratos entre empresarios, si bien con un paradigma de abusividad distinto (véanse arts. 79 y 81 Propuesta CESL, como normas generales, y 82 a 85 para el control de contenido en contratos con consumidores, y 86 para igual control en contrato entre empresarios)<sup>29</sup>. También la «información precontractual» es un requisito de todo contrato, y de las cinco secciones que la regulan sólo una es específica para consumidores, siendo el resto de normas predicables de toda contratación (véanse arts. 13 a 29 Propuesta CESL)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Resulta por ello especialmente sangrante que en España, en pleno siglo XXI, y cuando todo el Derecho privado europeo piensa en clave de «derecho privado», queramos aún mantener la distinción entre «contratos civiles» y «contratos mercantiles» con ocasión de la «modernización» o «refundición» de un nuevo Código de comercio (sobre el mismo véase A. ROJO, «El Código mercantil», *Revista Otrosí*, nº 12, 2012, pp. 17-21). Ciertamente el problema «político» que plantea el art. 149.1.6º y 8º CE parece conducir al mantenimiento de la diferencia, pero habría que buscar otras soluciones que no supongan mantener un absoluto anacronismo.

<sup>28</sup> Ciertamente, el modelo no es original de la Directiva, sino que a su vez ésta se inspiró en el sistema de la compraventa internacional del Convenio de Viena, Convenio que, como es bien sabido, sólo se aplica a compraventas entre comerciantes (véase art. 35 CV). Esta paradoja de que una norma para compraventas entre comerciantes sea tomada como modelo para una Directiva de protección de consumidores ya ha sido puesta de manifiesto por H. BOUCARD, «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, marzo 2008, pp. 1-30.

<sup>29</sup> Para el tratamiento de las condiciones generales en la Propuesta CESL véanse M. EBERS, «El control ... cit., pp. 1-46; S. WHITTAKER, «Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 509-533.

<sup>30</sup> Sobre la información precontractual en la Propuesta CESL véase E. A. MAUD PIERS, «Pre-contractual information Duties in the CESL», *ZEUP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, nº 4-2012, pp. 797-833; X. BASOZÁBAL ARRÚE, «Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 181-209.

33. Esta «generalización» muestra que esas reglas, enunciadas hasta ahora sólo para consumidores, son más bien reglas generales propias de una contratación que responda a los principios de transparencia y buena fe, de una contratación sometida a los principios del «mercado». Si hasta ahora se recogían en Directivas para consumidores no es porque recogieran «principios consumeristas», sino porque la única regulación sobre derecho privado realizada por los órganos comunitarios era en materia de protección de consumidores. Pero son reglas que, en general, se derivan del equilibrio de los intereses en juego en todo contrato.

34. Resulta curioso constatar, en este punto, que regulaciones como la Convención de Viena sobre compraventa internacional o los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales excluían de su regulación las ventas o contratos con consumidores, porque en esta materia existen normas nacionales imperativas que podrían colisionar con la regulación propuesta. Pues bien, las Directivas comunitarias han tomado algunos modelos de esas regulaciones -como la regla de la «conformidad»- para la protección de los consumidores; y la Propuesta CESL ha acabado generalizando esas reglas para todo tipo de contratos. De esta forma se muestra que son reglas adecuadas para contratos entre comerciantes y entre comerciantes y consumidores.

35. De todas formas, como opinión personal el texto final sigue rezumando un exceso de celo en la protección del consumidor. Posiblemente no tenga más remedio que hacerlo, porque, como ya se ha señalado, tiene que ser más protector para el consumidor que las mismas Directivas para lograr que sea aplicable a todo contrato transfronterizo. Pero la «hiperprotección» del consumidor a menudo es completamente inútil. Basta observarlo en la materia de la información precontractual, una de las «regulaciones estrella» en cuanto a protección del consumidor. Exigir que se «atiborre» al consumidor con información precontractual en realidad no defiende al consumidor, más bien todo lo contrario. El consumidor no sólo no lee la información, sino que casi no podría hacerlo aunque se lo propusiera, porque además incluso el mínimo legal es absolutamente indigesto. Sin embargo, sólo por darle un prospecto o suministrarle una información *on line*, y que el consumidor tache la casilla en la que reconoce que se le ha suministrado el ejemplar, todo eso que él no lee le resulta oponible. Sobre estas cuestiones volveré en la conclusión de este trabajo.

## 2. Una «teoría general del contrato»

36. Aunque la normativa común parece regular «sólo» el contrato de compraventa y los servicios relacionados, los 86 primeros artículos son una «teoría general» aplicable a cualquier contrato; y a partir de ahí, incluso muchos capítulos regulan cuestiones generales que no se refieren únicamente a la compraventa y a los servicios, como la indemnización de daños y perjuicios e intereses, la obligación de restitución, y las reglas sobre prescripción (arts. 159 a 186). Todas estas reglas se basan en la Convención de Viena, en los Principios Unidroit, en los Principios Lando, en el *DCFR*, en los Principios *Acquis* y en otros textos que recogen las propuestas de una moderna regulación de la teoría general de obligaciones y contratos.

37. En realidad, los expertos que realizaron el *Feasibility Study* posiblemente optaron por este instrumento porque es una forma «elegante» de continuar con las partes del *DCFR* más técnicas y que mejor recepción tenían en la doctrina, precisamente porque se basaban en trabajos previos ya conocidos, testados en la realidad, perfeccionados, enriquecidos, etc. En cambio otras partes de la regulación del *DCFR* que eran mucho más «atrevidas», «novedosas» y, posiblemente, discutibles, quedan abandonadas (singularmente, lo relativo a derechos reales sobre muebles, y cuestiones como el enriquecimiento injusto o la responsabilidad extracontractual, materia esta última sobre la que ya existen grupos de trabajo específicos que han realizado avances notables). Mantener la teoría general del contrato, la compraventa y los servicios relacionados permite conservar la parte más asentada de los trabajos realizados e incorporar los *Principios Acquis* bajo la vestimenta de una «sencilla» normativa común sobre la compraventa. Por eso decía anteriormente que esta Propuesta es como un «caballo de Troya» mediante el cual en realidad

se viene a proponer una regulación básica de las obligaciones y contratos (teoría general y parte de la especial), que de ser aceptada y luego generalizarse, e incluso adoptarse como normativa interna por algún Estado, pueda servir para luego avanzar más en la unificación.

### 3. Una regulación de los «contratos de servicios»

**38.** Por último, es preciso hacer una referencia, aunque sea somera, a la regulación de los «contratos de servicios relacionados». Aunque parece que sólo se tratan los contratos de servicios relacionados con la compraventa, o con el suministro de contenidos digitales, tales como el mantenimiento o la reparación, en realidad es una regulación que puede ser general de todo contrato de servicios (o, como diríamos en España, de «arrendamiento de servicios»). Por lo tanto la Propuesta CESL es bastante más ambiciosa de lo que parece, pues de admitirse, tendremos una regulación de la teoría general de obligaciones y contratos, y de los contratos paradigma de dos de las partes especiales más relevantes: cambio y servicios.

**39.** Los «servicios» constituyen una categoría negocial básica, que tiene como centro la realización de una actividad del sujeto obligado, en contraposición al objeto real, centrado en la adquisición de la propiedad o del uso de un bien, de los contratos de compraventa o arrendamiento<sup>31</sup>. Por eso las reglas fundamentales de la regulación general se centran en caracterizar cómo debe ser esa actuación: información precontractual, pericia y cuidado, obtención de un resultado y seguimiento de las órdenes del cliente. Después, el contenido concreto de esa conducta, la finalidad económica y social perseguida por quien actúa, puede ser muy diversa. El Derecho comunitario ya promulgado sigue esta consideración de los «servicios» como una categoría general y relevante del Derecho, pues la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, regula los servicios en el mercado interior. Ciertamente es una norma que se refiere a los aspectos del ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, a la libre circulación de los servicios, y al nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1). No trata, por lo tanto, al menos directamente, los aspectos jurídico-privados de la relación negocial de servicios, por no existir competencia para ello de la Unión. Sin embargo sí que indirectamente existen reglas en aquellas materias que tienen incidencia en la vertiente negocial, como la obligación de información y también la de pericia para la obtención del resultado<sup>32</sup>.

**40.** Un rápido vistazo a la regulación CESL constata que se separa bastante de la regulación que proponían los arts. IV.C.-1:101 a IV.C.-2:111 *DCFR*. En el *DCFR* resultaba una regulación bastante novedosa, posiblemente demasiado detallista, si bien lo más objetable no era tanto la «teoría general» de los contratos de servicios (que es lo que trata la Propuesta CESL) cuanto el elenco y regulación de los contratos de servicios especiales (construcción, procesamiento, depósito, diseño, información y asesoramiento, y tratamiento). Por otra parte, si los contratos de servicios se diseñaban en el *DCFR* básicamente como negocios con una «obligación de resultado», esta característica se difumina en la Propuesta CESL. En efecto, conforme al art. 148.1 «El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato»; pero tras este apunte hacia una obligación de resultado, el apartado 2 del mismo precepto establece que «A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia

<sup>31</sup> Para estas cuestiones de propuesta de creación de una categoría general de «contrato de servicios» basada en ser una prestación de resultados véanse M. J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, Comares, 2005, y J. F. ORTEGA DÍAZ, «Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, pp. 221-269.

<sup>32</sup> Por «servicio» entiende la Directiva «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado». Se trata de un concepto quizás demasiado genérico, pero en tal genericidad posiblemente se halle su mayor acierto. El «centro», lo definitorio del servicio, es la realización de una actividad personal, una actuación personal. La Directiva ha sido traspuesta al Derecho español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; esta norma fue complementada por la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de libre prestación de servicios, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado». Por lo tanto, parece que la obligación se configura entre las partes como de medios o de resultado según el pacto, y además a falta de pacto la obligación es de medios. Esto supone un «paso atrás», porque la doctrina ya ha puesto de manifiesto hace tiempo que la distinción entre obligación de medios y de resultado no es nada clara, y provoca más problemas que los que resuelve. Pero, sobre todo, el caracterizar a la obligación del prestador de servicios por la diligencia exigible, y no por alcanzar el resultado, luego se coordina mal con el régimen de la «falta de conformidad» en el contrato (arts. 155 a 158), que se diseña con base en una obligación de resultado. En este punto, por lo tanto, sería mejor que la Propuesta CESL fuera en la misma línea que el *DCFR*, objetivando las obligaciones del prestador de servicios<sup>33</sup>. Piénsese, además, que el carácter «ejemplificador» de esta relación la convierte en el paradigma del negocio de servicios, por lo que su regulación se extenderá a otras muchas prestaciones.

#### IV. Valoración general: un texto positivo, pero lastrado por la protección al consumidor

41. El Reglamento CESL resulta, a mi juicio, un ejemplo excelente de que se puede avanzar en la unificación del Derecho privado en la Unión Europea. Lo que hace diez años parecía un sueño imposible, hoy es una realidad mucho más que posible. Seguro que la regulación es muy perfectible, y desde luego tiene problemas en el diseño del ámbito de aplicación y en muchas de las soluciones concretas. Sin embargo, lo positivo que supondría tener una regulación unificada de estos contratos para todos los negocios transfronterizos realizados en el territorio de la Unión, y aun fuera de él si uno de los contratantes es comunitario, compensa con creces esos problemas. La regulación se podrá mejorar, bien antes de la aprobación del instrumento, bien con posterioridad, pero una ocasión como ésta no se presenta todos los días. Lo que resulta insoportable es tener 27 regulaciones distintas, incluso en materia de contratos con consumidores, dentro de un «mercado único», de forma que el empresario que ofertara bienes y servicios para toda la Unión tiene que cumplir con 27 regulaciones de protección del consumidor, y además 27 derechos imperativos de regulación contractual con no consumidores (aunque éstos sean, desde luego, mucho menos distintos y problemáticos). El cinismo de llamar a eso un «mercado interior» salta a la vista.

42. Desde luego, no estoy diciendo que cualquier regulación unificada, por mala que sea, resulte mejor que la situación actual. La Propuesta CESL bebe de los *PECL*, de los *Principios Acquis*, de los *PEL*, de los resultados de otros grupos de trabajo, no es el resultado caprichoso y creacionista de un «inventor de legislación». Y si después de varios años de discusiones se ha llegado a este texto, podremos no estar de acuerdo con soluciones concretas, pero una «enmienda a la totalidad» me parece excesiva. Además, tenemos que partir de que la Propuesta CESL es optativa, de forma que no se está obligando a nadie a someterse a ella. Se trata de una regulación de «coste cero», que no vincula a nadie, pero que se ofrece en el «menú» de ordenamientos aplicables, y que en muchos casos es más equilibrada y lógica que muchos derechos nacionales que serían aplicables en otro supuesto.

43. Ahora bien, situados bajo esta valoración inicial positiva, hay dos grupos de ideas que resultan muy relevantes. En primer lugar, en el «menú» de ordenamientos elegibles, como acabo de llamarlo, hay también otras muchas ofertas: no olvidemos que la Convención de Viena está ratificada por 24 países de la Unión, de forma que es la vinculante cuando uno de ellos es parte contratante en contratos B2B (no en contratos con consumidores); y están también los Principios Unidroit, los PEL, los ordenamientos nacionales, etc. No todos son elegibles en todos los casos, desde luego. Pero sí que al existir varias posi-

<sup>33</sup> La caracterización de la obligación del prestador de servicios en el *DCFR* como «de resultado», y el avance que esto suponía al no ahondar la división «prestación de servicios» vs. «prestación de resultado», se refleja en E. VALPUESTA GASTAMINZA, «Libro IV.C. Servicios», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 264-269, con cita de la doctrina en este sentido. Respecto de la Propuesta CESL pone de manifiesto que la opción del prelegislador se coordina mal con la exigencia posterior de una «conformidad» en la prestación A. VAQUER ALOY, «Contratos de servicios: entre el derecho de consumo y el derecho contractual general», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 438-445.

bilidades hay que valorar la «competitividad» de estos ordenamientos entre sí. Dos comerciantes que al contratar pueden elegir someterse a la Convención (si bien, en este caso, «no renunciando a ella», pues la Convención resulta aplicable si una de las partes es nacional de un país miembro, si no la excluyen -sistema de *opt-out*, frente al sistema de *opt-in* de la Propuesta CESL), a los Principios Unidroit o a la CESL valorarán cuál responde mejor a sus intereses. De aprobarse la CESL, el futuro dirá si resulta competitiva porque los resultados son que ha resultado elegida más que otras posibilidades. Y en este punto, además, sí que se podrá ir mejorando el texto para ir adecuándolo cada vez más a las necesidades reales. Pero «competitividad» no significa que sea mejor para los comerciantes grandes, o para las PYMEs, o para los consumidores; «competitividad» significa que sea más equilibrado y lógico en su conjunto<sup>34</sup>.

44. En segundo lugar, aun con todas las valoraciones positivas que se me puedan ocurrir, el «lastre» del derecho de protección a los consumidores es evidente. La norma quiere valer tanto para contratos B2B como B2C, y el precio de esto es introducir toda una serie de «precisiones» y reglas especiales para consumidores que «empañan» la claridad y la coherencia del texto. En la situación actual del Derecho europeo no hay otro remedio, porque la protección de consumidores ha ido creando toda una serie de Directivas cuyos «mínimos» tienen que recogerse (y, además, ampliados) si se quiere que el texto jurídico valga para todos. Por eso es un lastre del que no podemos desprendernos, pero que pesa demasiado.

45. Aun así, estimo mejor esta solución de un texto único con especialidades para consumidores, que optar por dos textos, uno para B2B y otra para B2C<sup>35</sup>. De seguirse esta segunda vía estaríamos ahondando una separación que no tiene sentido. La protección del consumidor no exige, en términos teóricos, una protección mayor que la de cualquier otro contratante, de forma que los «límites inmanentes a la autonomía de la voluntad» (el principio de buena fe, de razonabilidad, etc.) y los requisitos de la contratación libre (que sólo es libre si hay información suficiente previa y libertad de decisión) deben cumplirse en todos los contratos. Por supuesto debe tenerse en cuenta a veces, y para ciertos aspectos, la personalidad del contratante, pero eso ya lo cubre bien la teoría general al precisar cuándo hay información veraz, error no vencible, etc. en función de cada caso concreto. Por lo tanto, no tiene sentido hacer un «derecho especial» de protección de la parte débil frente a un «derecho general». Como se expuso anteriormente, la Ley de garantía en la venta de bienes de consumo se basó en el Convenio de Viena, que es una normativa pensada exclusivamente para empresarios. ¿Acaso el régimen de «conformidad» viene exigido, o justificado, por la condición de consumidor de una de las partes? Evidentemente no, pues es un sistema importado de una norma para empresarios. Simplemente es una norma más «moderna» y más adecuada a los intereses de ambas partes<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ponen de manifiesto esta «competencia» entre los diversos instrumentos elegibles J. SMITS, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/11*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2039345](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345), o S. SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta .... cit., pp. 58-60. En esa comparación el resultado es claramente negativo para la CESL para E. POSNER, «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *Institute for Law and Economics Working Paper n° 597*, disponible en <http://www.law.uchicago.edu/files/file/597-eap-European.pdf>. También una visión global negativa en H. EIDENMÜLLER - N. JANSEN - E.M. KIENINGER - G. WAGNER - R. ZIMMERMANN, «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts», *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 269-320.

Un estudio comparativo de la CESL, el Uniform Commercial Code estadounidense, la Convención de Viena y otros instrumentos se realiza en MAGNUS, Ulrich (ed.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification. With a Focus on the New Common European Sales Law*, München, Sellier, 2012. El profesor MAGNUS realiza un estudio específico de comparación entre la Convención de Viena y la CESL para concluir que en los contratos B2B la regulación de la Convención es más completa y adecuada, mientras que lo positivo de la CESL es que cubre contratos con consumidores, pero también a cambio de ser más protectora del interés del comprador, «CISG vs. CESL», en MAGNUS, Ulrich (ed.), *CISG vs. ... cit.*, pp. 97-123. Por su parte, el profesor KOCH considera que no tiene sentido la existencia de una regulación como la CESL cuando ya existe el Convenio de Viena, y valora que sería mejor que la CESL se limitara a contratos entre consumidores, R. KOCH, «CISG, CESL, PICC and PECL», en U. MAGNUS, (ed.), *CISG vs. ... cit.*, pp. 125-146.

<sup>35</sup> En este mismo sentido positivo por la inclusión de ambos aspectos en un mismo instrumento O. LANDO, «On a European ... cit., pp. 213-214, y en esa misma obra colectiva las opiniones en igual sentido de Viviane REDING. En cambio una visión crítica en U. PACHL, «The Common ... cit., pp. 1-23.

<sup>36</sup> Como ha señalado A. RECALDE CASTELLS, «El derecho del consumo como derecho privado especial», en J. TOMILLO URBINA - J. ÁLVAREZ RUBIO (coords.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano*

46. Además, puestos a hacer distinciones no salen sólo dos derechos (el general y el de consumo), sino mínimo tres (el general para dos empresas grandes, el especial de empresa grande/PYME y el de consumo), y por qué no cinco o seis (dos grandes empresas, gran empresa/PYME, PYME/PYME, gran empresa/consumidor, PYME/consumidor, y consumidor/consumidor). Y cualquiera de estas distinciones es irreal, pues no siempre el grado de «debilidad» depende de las condiciones subjetivas (una PYME muy especializada en su sector de producto puede tener un enorme poder fáctico de negociación). En definitiva, mejor el «mal menor» de un único derecho con especialidades de consumo que «dos derechos». Va a resultar que después de olvidarnos de que existe «derecho mercantil» frente a «derecho civil», vamos a crear la dicotomía «derecho mercantil» frente al «derecho de consumo».

47. El lastre es aún mayor porque con la CESL, además, se intenta mejorar una situación que es muy mejorable, teniendo en cuenta la protección «real» que proporcionan las Directivas de consumo. Como las Directivas son de mínimos, siguen existiendo 27 derechos de consumo distintos, unificados «sólo por abajo» (aunque la actual DDC intente invertir los términos, pero únicamente para dos grupos de contratación). Como eso parece claro que no se va a poder cambiar de inmediato, por la oposición a las Directivas de máximos, la CESL camina por la opción de ser una norma que «repita» reglas de consumidores que ya están en las Directivas, pero con soluciones más defensivas del consumidor que las propias Directivas. Los errores en el camino de las Directivas repercuten, y perjudican, a una regulación que busca ser general pero que tiene que conservar ese nivel de protección. Lo único posible, si realmente se quiere «unificar», sería olvidarnos del sistema de Directivas de mínimos, y de la hiperprotección del consumidor mal entendida, para hacer un sistema coherente y realmente único de derechos del contratante sin exagerar la protección (en realidad, con la protección lógica de cualquier contratante para que el consentimiento sea informado y libre, y la contratación acorde con la buena fe). Pero como es por ahora imposible, no está tan mal un sistema como el de la CESL.

48. La discusión que se mantiene ahora respecto de la CESL es la misma que se plantea desde la creación de la CEE: los que realmente creen en la unificación, y los que consideran que es mejor mantener la identidad de cada país y de cada régimen jurídico. Un «mercado interior» exige una regulación única de los contratos, de forma que, p.ej., la venta a través de páginas web no tenga que cumplir distintos requisitos en función de cuál sea el país en el que contrata el adquirente del producto o servicio. Si consideramos que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad nos impiden poner un derecho interno obligatorio único, al menos admitamos la validez de un derecho elegible común para todos (e, incluso, que fuera obligatorio en relaciones transfronterizas). Pero mantener la situación actual resulta cínico. Es verdad que los «derechos nacionales» responden, a veces (sólo a veces), a una tradición que se considera positiva, e incluso ya los conocemos y sabemos cómo actuar frente a ellos (y aplicamos aquello de «Más vale malo conocido ..»). Pero si somos un mercado interior único, su mantenimiento a ultranza no tiene sentido<sup>37</sup>. Por otra parte, ¿no será esta la ocasión para hacer un derecho privado moderno frente a las «antiguallas» que conservamos, que arrastramos más bien, en algunos países?

---

*de Protección Jurídica de los Consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, «De ahí que pueda considerarse que esta regulación no es tanto una normativa de protección del consumidor sino un estricto desarrollo general del Derecho contractual común» (la cursiva es del autor).

<sup>37</sup> Quizás al principio de la armonización se planteaba una armonización de mínimos, pero los resultados bien avalan el sistema contrario. Recientemente afirmaba VON BAR «As much diversity as possible, as less uniformity as necessary? – No, I for my part would certainly change the question into a statement and turn it around: As much uniformity as possible, as less diversity as necessary!», «Statements on Perspectives for European Private Law: As much diversity as possible, as less uniformity as necessary?», en R. SCHULZE - H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, München, Sellier, 2011, p. 265 (por su parte, el profesor Norbert REICH manifestaba su respetuosa discrepancia en esa misma obra y en mismo *panel* de expertos).

Por otra parte, el «éxito» de la CESL dependerá también de que los diversos actores que pueden incentivarla (profesores, empresarios, parlamentos nacionales, etc.) promuevan su difusión, su conocimiento o su aplicación, como señala J. SMITS, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/11*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2039345](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345)

**49.** Concluyo reiterando que, pese a sus muchas imperfecciones y aspectos críticos, la posible aprobación de la CESL supondría vencer un obstáculo y actuar con la CESL como un «caballo de Troya». Si la comunidad acepta, a regañadientes, que existe una regulación única de la teoría general de obligaciones y contratos, de la compraventa y de los servicios, eso ya es un logro. A partir de ahí, podremos ir perfeccionando esa pieza del sistema, limando sus asperezas, incorporando nueva piezas a la regulación, haciendo un derecho privado transfronterizo más coherente, incluso -quién sabe- olvidando la hiperprotección del consumidor. Y quizás en un futuro algunos países vean que este derecho transfronterizo funciona mejor y es mejor que el suyo nacional, y hagan el cambio, o los comerciantes lo apliquen incluso en relaciones que no sean con PYMEs y con consumidores. Llegados a este punto tras evolucionar a través de la Convención de Viena, de los *PEL*, de los *PECL*, del *DCFR*, del Código de Pavía, y de tantos otros trabajos, ¿por qué no intentarlo?



# WORLD POLICY BATTLES ON PHARMACEUTICAL PATENT PROTECTION: MICRO-HISTORY OF A FORUM SHIFT AND ITS LEGAL IMPLICATIONS\*

PABLO ZAPATERO MIGUEL  
*Professor of international law*  
*Carlos III University of Madrid*

Recibido: 25.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

**Resumen:** la internacionalización de la protección de la propiedad intelectual e industrial fue objeto en los años 90 de un desplazamiento de foro desde la OMPI a la OMC, bajo la presión de los países exportadores de tecnología y sus empresas: el producto fue el ADPIC. Este acuerdo fue diseñado para elevar los estándares de protección empleando una estructura regulatoria basada en meros periodos de transición y minusvalorando los efectos sociales de la eventual pero previsible falta de capacidad de producción farmacéutica en muchos países en desarrollo (artículo 31.f). A resultas, los países exportadores e importadores de tecnología están inmersos hoy en día en un proceso de reregulación dirigido a asegurar las “flexibilidades” inherentes al ADPIC, bajo el estandarte del acceso a medicamentos asequibles en el mundo en desarrollo.

**Palabras clave:** regulación, propiedad intelectual, flexibilidades, patentes farmacéuticas, acceso a medicamentos, genéricos, comercio.

**Abstract:** the internationalization of intellectual property protection was subject to a historical forum shift from WIPO to WTO in the 90s under the pressure of technology-exporting countries and their IP constituencies: the TRIPs agreement was its product. However, the agreement was designed to ratchet up global IP standards under a narrow regulatory structure based on mere phase-ins, and without considering social realities such as the eventual lack of pharmaceutical manufacturing capacity in many developing countries (article 31.f). As a result, technology-exporting and technology-importing countries are immersed in a tense ongoing re-regulatory process aiming to secure TRIPS inner “flexibilities”, under the banner of access to affordable medicines in the developing world.

**Key words:** regulation, intellectual property, flexibilities, pharmaceutical patents, access to medicines, generics, trade.

**Sumario:** I. From IP to trade. II. TRIPs in context. III. Playing the flexibility card... IV. A complex re-regulatory process.

## I. From IP to trade

1. The internationalization of intellectual property standards is exacerbating the historical tensions that characterise patent and health protection. Private interest and public values are in serious conflict here<sup>1</sup>. In addition, technology-exporting (read developed) countries and technology-importing

\* Research project DER 2010-20414-C02-01, funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation.

<sup>1</sup> See generally, S. PICCIOTTO, *Regulating global corporate capitalism*, Oxford University Press, 2011 (particularly chapter 9), S. SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, 2003 and M.P. RYAN, *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Brookings Institution Press, 1998.

(read developing) countries are shifting for a vertically and horizontally battling to ratchet up or down IP protection<sup>2</sup>. As a result intellectual property (IP) constituencies and A2K (Access to Knowledge) constituencies, not to mention different ministries in the same government cabinet (e.g: trade ministers / health ministers), have strategically organised their lines of battle on multiple fronts in order to defend their values and interests.

2. These regulatory fluxes produced the first critical forum shift to the benefit of IP constituencies during the Uruguay Round. This shift is already part of modern world history, as it officially inaugurated a relentless and serious game of global “chessboard politics” on the protection, limitations and exceptions to knowledge-based private monopoly rights<sup>3</sup>.

3. At the beginning of 1980s, parties to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the oldest convention providing protection for patented inventions outside the domestic laws, applied the rules of non-discrimination and national treatment to patents and patent applications but retained country autonomy in substantive criteria for the functioning of domestic patent systems such as the patentability of pharmaceuticals<sup>4</sup>.

4. In the 1980s and early 1990s, a Diplomatic Conference held under WIPO auspices attempted to revise the Convention. However, developing and developed countries could not agree on critical issues such as compulsory licenses (CL)<sup>5</sup>. In fact, the attempts by developing countries to upgrade its CL provisions (article 5A) brought the Conference to an end<sup>6</sup>.

5. The failure of this Conference persuaded IP constituencies to promote a forum shift to the ongoing GATT Uruguay Round. Interestingly, by the time of the launch of the Uruguay Round (1986), 49 of the 98 members of the Paris Convention excluded patent protection for pharmaceutical products<sup>7</sup>. In essence, US IP constituencies shifted their strategy from the IP to the trade regime and pushed the United Trade Representative (USTR) to follow suit as a final effect of the crises facing the WIPO in its dealings with the US, when WIPO became a forum for legal criticism of copyright and patents in the 1960s and 70s.

6. The move to the multilateral trading system also aimed to benefit from the comparative institutional advantages of the new dispute settlement mechanism that was being negotiated in the Uruguay Round (e.g: binding multilateral jurisdiction and authorization of sanctions/suspension of concessions)<sup>8</sup>. Interestingly, the ministers represented in WIPO reacted with celerity launching negotiations to produce a (WIPO) dispute settlement treaty, but the initiative was derailed<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> P. DRAHOS, “Four lessons for developing countries from the trade negotiations over access to medicines” 28 *Liverpool Law Review* (2007): 33.

<sup>3</sup> K. ALTER AND S. MEUNIER, “The International Politics of Regime Complexity”, 7 *Perspectives on Politics* (2009): 13-24.

<sup>4</sup> Paris Convention for the Protection of Industrial Property, March 20, 1883, as revised at Stockholm (1967), 21 UST 1583, 828 UNTS 305.

<sup>5</sup> See, e.g., J. H. REICHMAN and C. HASENZAHN, *Non-Voluntary Licensing of Patented Inventions: Historical Perspective, Legal Framework under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the USA.*, UNCTAD/ICTSD-Project on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No. 5, 2003.

<sup>6</sup> Compulsory licensing is as old as patent law. For the historical origins of the patent system see, in particular, MGBEOJI, I. “The Juridical Origins of the International Patent System: Towards a Historiography of the Role of Patents in Industrialization” 5 *Journal of History of International Law* (2003): 403-422.

<sup>7</sup> See *Existence, scope and form of generally internationally accepted and applied Standards/Norms for the Protection of Intellectual Property-Note prepared by the International Bureau of WIPO* (15 September 1988). MTN.GNG/NG11/W/24/Rev.1.

<sup>8</sup> For the negotiating history see J.C. ROSS and J.A. WASSERMAN, “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” in T.P. Stewart and C.J. Callahan, C.J.(ed.) *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Volume II, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, pp.2241-2313 and GERVAIS, D. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Sweet and Maxwell, 1998.

<sup>9</sup> See *WIPO Proposed Treaty on the Settlement of Disputes between States in the Field of Intellectual Property*, WO/GA/XXI/2 (30 April 1997) and *Background information document*, WO/GA/XXI/3 (30 April 1997).

7. Therefore, a pure jurisdictional reallocation or “forum shifting” has taken place in the area of global IP protection. Trade-related IP rights are now part of a “WTO covered agreement” and thus enforceable through its binding dispute settlement mechanism<sup>10</sup>. Wanted or not, WIPO has had to learn to ‘share’ its original competences with WTO and nowadays provides legal advice and technical assistance on TRIPs implementation in accordance with their cooperation agreement of 1995<sup>11</sup>.

8. In short, the Uruguay Round of trade negotiations incorporated IP by sustaining its “trade-relatedness”. As a result, new global standards for IP protection were established under the Agreement on *Trade related to Intellectual Property* (TRIPs). Thus, ministers of trade and finance managed to expand their IP competences in the multilateral trading system by using a strategic association of ideas: “trade-relatedness”. It is self-evident that the “trade-relatedness” invention opens up a world of possibilities for global policy formation in all areas, and also to multiple jurisdictional reallocations. Almost everything is interrelated in some way or another.

## II. TRIPs in context

9. The TRIPs agreement is designed to establish minimum protection standards for trade-related IP, applying a top-down approach towards harmonization<sup>12</sup>. Basically, it is the most far-reaching and comprehensive legal regime ever to be concluded in the intellectual property area<sup>13</sup>. However, it is fair to say that its provisions do not establish “IP-related” public health protection with similar sensitivity. Consequently, the TRIPs agreement has been in need of strategic re-engineering from the very first day that it entered into force in 1996.

10. But history is also important here. Developing countries agreed to negotiate the TRIPs agreement during the Uruguay Round in exchange for trade concessions on textiles and agricultural products, and under the pressure of US trade unilateralism<sup>14</sup>. The agreement was in fact negotiated in the shadow of unilateral trade sanctions pursued by the USTR “diplomacy”<sup>15</sup>.

11. GATT Contracting Parties such as Brazil, India, Argentina, Cuba, Egypt, Nicaragua, Nigeria, Peru, Tanzania and the former Yugoslavia were among the most active GATT Contracting Parties opposing IP lawmaking in the Uruguay Round, arguing that the multilateral trade system was primarily concerned with trade in goods and not property rights in intangibles, which was particularly reasonable.<sup>16</sup> However, their initial resistance for a narrower interpretation of the mandate for the Uruguay Round negotiations on this issue (Ministerial Declaration of 1986) broke down in 1988, with the second amendment of the Section 301 of the US Trade Act of 1974, the so-called Special 301.

<sup>10</sup> For the first studies on the *forum-shifting paradigm* see J. BRAITHWAITE and P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, pp.564–571 and L.HELPER, “Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking”, 29 *Yale Journal of International Law* 1 (2004): 1-83.

<sup>11</sup> For a detailed overview see WIPO Annual Reports, available at <http://www.wipo.int>.

<sup>12</sup> P. STEPHAN, “Institutions and Elites: Property, Contract, the State, and Rights in Information in the Global Economy”, 10 *Cardozo Journal of International Law and Comparative Law* (2002): 305-306.

<sup>13</sup> C. CORREA and A.A. YUSUF, *Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement*, Kluwer Law International, 1998, p.xvii.

<sup>14</sup> See generally K. WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing countries*, Oxford University Press, 2001 and R. OKEDIJI, “Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPs Agreement”, 17 *Emory International Law Review* 2 (2003): 819-918.

<sup>15</sup> The Omnibus Trade and Competitiveness Act in 1988 amended section 301 of the US Trade Act of 1974 and required USTR to identify inadequate domestic IP protection and unilaterally enforce market access. See, particularly, RYAN, M. “The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking”, 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1998): 558-559.

<sup>16</sup> J.A. BRADLEY, “Intellectual Property Rights, Investment, and Trade in Services in the Uruguay Round: Laying the Foundations”, 23 *Stanford Journal of International Law* (1987): 81.

**12.** Entering into operation in 1989, Special 301 granted USTR the authority to apply unilateral trade sanctions against countries providing ‘insufficient’ protection of intellectual property. Indicatively, five of the ten countries in the hard line group which was against incorporating IP protection in the negotiations were listed for bilateral attention in the first USTR announcement of Special 301 country targets. Countries such as Argentina or Egypt were placed on the Watch List, while both Brazil and India, the leading opponents of the US agenda, were placed on the *Priority Watch List*, Special 301 most serious country-category (USTR’s annual Special 301 IPR Reports).<sup>17</sup>

**13.** As a result, the original legal framework of WTO law today contains an agreement on trade-related IP protections, and the rules will be here to stay for decades to come. However, almost a decade since it entered into force, there is growing criticism among developing countries as they have to live with the ‘burden’ of stringent IP standards while developed countries have not equally honoured their trade commitments (lowering tariffs and subsidies on agriculture and textiles)<sup>18</sup>. Last, but not least, the TRIPs agreement is producing some unforeseen adverse effects on the pharmaceutical policies of the developing world<sup>19</sup>.

**14.** The negotiations on the side of developed countries were fuelled by the fact that technological and scientific advancement accounts for a growing portion of the increased domestic productivity in their economies<sup>20</sup>. However, as Drahos explains, both developed and developing countries alike were generally in ignorance about its likely effects on information markets<sup>21</sup>.

**15.** The information revolution and its knowledge-based economy have reduced production costs, significantly raising the (legal) value of knowledge. TRIPs rules were precisely designed to promote the legal protection of these knowledge-production processes; and the result was a failure to develop solutions for key social issues, such as access to medicines in the developing world, among others.

**16.** In any case, finding a proper balance between patents and health is not itself an easy task, as interests and values are seriously at odds in this disputed area of global politics<sup>22</sup>. Conventional thinking on patents argues that effective patent protection is a prerequisite for research and development, but also a lever for economic development generally<sup>23</sup>. According to this view, IP friendly environments promote foreign direct investment (FDI) and technology transfer (i.e, foreign technology licensing, and joint ventures)<sup>24</sup>.

**17.** Conversely, critical thinking argues that less burdensome public mechanisms could alternatively obtain similar outcomes without incurring the social burdens of modern patent systems. And,

<sup>17</sup> F.M. ABBOTT, “Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework”, 22 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1989): 689, 708-709.

<sup>18</sup> See *Integrating intellectual property rights and development policy*: Report of the Commission on Intellectual Property Rights (2003): 8.

<sup>19</sup> On the perverse distributional effects of TRIPs patent protection with regards to pharmaceuticals see, in particular, E. BENVENISTI and G. W. DOWNS, “*Distributive Politics and International Institutions: The Case of Drugs*”, 36 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2004): 21-52.

<sup>20</sup> On the evidence that TRIPs substantially amplified the returns to technology-exporting countries since its adoption see e.g. F.M. ABBOTT, “Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPs and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism”, 8 *Journal of International Economic Law* 77 (2005), and accompanying references.

<sup>21</sup> P. DRAHOS, “Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting”, *Study Paper 008 of the Commission on Intellectual Property Rights*, United Kingdom, 2001, p.13.

<sup>22</sup> On the two main schools alternatively suggesting a conflict (primacy of human rights) or co-existence (need for a balance) of human rights with IP monopoly rights, see in particular L. HELFER, “Human Rights and Intellectual Property Rights: Conflict or Co-existence?”, 5 *Minnesota Intellectual Property Review* (2003): 47.

<sup>23</sup> For the first reports produced by global institutions on the interaction between IP protection, FDI and technology transfers see *Economic Arguments for Protecting Intellectual Property Effectively*, OCDE, Paris, 1989 and *Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, United Nations Department of Economic and Social Development, New York, 1993.

<sup>24</sup> See e.g., *Creativity, Innovation and Economic Growth in the 21<sup>st</sup> Century: An Affirmative Case of Intellectual Property Rights*, Business and Industry Advisory Committee to the OECD, January 2004.

numbers provided by the industry itself tend to bear this out. For example, the figure provided by PhRMA itself in its 2011 industry profile reached \$ 67.4 billion on Global R&D by all private companies in 2010<sup>25</sup>. For that same year, the estimate on global sales by industry-friendly IMS Health Market Prognosis reached \$ 856 billion<sup>26</sup>.

18. For the critics, adding to it, access to affordable medicines in any given society has a significantly more positive impact on development than high standards of pharmaceutical patent protection and enforcement<sup>27</sup>.

19. Notwithstanding the dilemmas raised by the patent and health relationship, a variety of authoritative diagnostics reveal that a more nuanced balance between public health (rights of citizens/patients) and private property (rights of patent holders/corporations) is needed on a global scale, particularly (but not exclusively) regarding access to affordable medicines in the developing world<sup>28</sup>.

### III. Playing the *flexibility* card...

20. Small groups tend to be more adept than the general public at organizing the ways in which they pursue their interests: their free rider problems and transaction costs are lower<sup>29</sup>. As a result of that, developed countries over-protected the interest of their industries in TRIPs agreement. Its drafting was basically a trade diplomat driven-process permeated by the latter. Indeed, its very existence (and much of its substance) owes much to a group of global firms that guided the USTR strategy during the Uruguay Round negotiations with a generously staffed team of business advisors and IP experts<sup>30</sup>. In essence, the USTR acted as a proxy for the technology and pharmaceutical industry (through the US Advisory Committee on Trade and Policy Negotiation) and the EU representatives as well as other developed countries followed suit<sup>31</sup>.

21. The TRIPs agreement is to a great extent a global regulatory product of global corporate capitalism<sup>32</sup>. Its drafting was seriously and strongly influenced by a precisely circumscribed coalition of private technology exporters, namely, the twelve companies that originally founded the Intellectual Property Committee (IPC) in 1986 in order to mobilise support for the trade-related IP adventure<sup>33</sup>. In the bold words of Susan Sell, twelve corporations made public law for the world<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> See 2011 PhRMA industry profile, page 2.

<sup>26</sup> See "Total Unaudited and Audited Global Pharmaceutical Market: 2003 – 2010", *IMS Health Market Prognosis* (March 2011).

<sup>27</sup> See e.g., M. KREMER, "Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation", 113 *Quarterly Journal of Economics* 4 (1998):1137-1167, LOVE, J. *From TRIPS to RIPS: A Better Trade Framework to Support Innovation in Medical Technologies*, Paper presented at Agence Nationale de Recherches sur le Sida, University of the Mediterranean, Marseille, 2003 and T. HUBBARD and J. LOVE "A New Trade Framework for Global Healthcare R&D" *Plos Biology*, 2(2): e52. doi:10.1371/journal.pbio.0020052.

For a comment on these proposals see D. BAKER, *Financing Drug Research: What Are the Issues?* Center for Economic and Policy Research, 2004.

<sup>28</sup> See in particular *Public Health, Innovation and Intellectual Property Rights: Final Report of the WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health*, WHO, 2006 and *Integrating intellectual property rights and development policy: Report the UK Commission on Intellectual Property Rights* (2003).

<sup>29</sup> M. OLSON, *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, 1965, pp.22-36.

<sup>30</sup> In the words of Sell: "it was not merely their relative economic power that led to their ultimate success, but their command on IP expertise, their ideas, their information, and their framing skills (translating complex issues into political discourse)". See *Private Power, Public Law*...op.cit. p.4.

<sup>31</sup> For an insightful business case study on the participation of Pfizer in the development of international trade law see M.A. SONTORO and L. SHARP PAINE, "Pfizer: Global Protection of Intellectual Property", *Harvard Business School Case study* No. 9-392-073, 1995.

<sup>32</sup> See S. PICCIOTTO, *Regulating* ...op.cit and P. DRAHOS and J. BRAITHWAITE, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000.

<sup>33</sup> See G. DUTFIELD, *Intellectual Property Rights and the life science industries: A Twentieth Century History*, Ashgate, 2003.

<sup>34</sup> See S. K. SELL *Private Power, Public Law* ...op.cit: 96.

**22.** The capacity of developing countries to influence outcomes was limited by US unilateralism but also as a result of the scant exposure of some developing country negotiators to the arcane technicalities of western (read US) intellectual property law<sup>35</sup>. Therefore, the model of IP protection which originated in the developed world has been transplanted to the developing world through the tools of international law<sup>36</sup>.

**23.** In consequence, legal flexibility is strongly required. The way the TRIPs agreement approached development is based merely on transitional periods and is therefore too simplistic. The balancing of patent protection and health protection was envisioned as an issue to be approached by buying time, instead of adapting its implementation to the changing levels of development of WTO Members (phase-ins) and linking its compliance to technology transfer.

**24.** Generally, WTO members had to implement the TRIPs Agreement at the end of the 1995–2000 transition period. In addition, an extra term was granted until 1 January 2005 in the area of pharmaceutical product patents for certain developing WTO Members. In consequence, these were allowed to delay product patent protection in areas not protected by their legal systems at the time that the agreement entered into force (TRIPs Article 65.4). Developing countries (less than twenty developing countries including India and Brazil) were required to accept patent applications from 1995 onwards (the so-called patent “mailbox”) until the pending patent applications began to be assessed in 2005.

**25.** Finally, a third transition period covering patent protection of pharmaceuticals and exclusive marketing rights was granted to provide Least Developed Countries (LDCs) with a longer phase-out to comply with TRIPs obligations. As a result, LDCs enjoyed a temporary waiver originally expiring on 1 January 2006 that has been further extended to 1 January 2016 through a Decision of TRIPs Council in 2002<sup>37</sup>.

**26.** However, transitional periods are inevitably incapable of regulating the complexities of pharmaceutical patent protection in the developing world. As mentioned above, transitional periods are unconditional, merely based on granting developing countries time (phase-outs) to implement the given rules. In consequence, they are not easily adapted to the changing realities of regulated entities (developing countries, in this case) and are thus particularly inefficient in regulatory terms.

**27.** As a result direct result, WTO Members are currently involved in a regulatory learning process to re-engineer the TRIPs disciplines in order to address the health realities of developing countries, and have been almost since the entry into force of the agreement<sup>38</sup>. In fact, the problem became a public relations disaster for the new WTO in 2000, immediately following its first (and failed) Round of negotiations (the so-called Millennium Round, derailed in 1999), and prior to beginning a second attempt (the Doha Development Round, initiated in 2001) still ongoing.

**28.** At the beginning of a new decade, century and millennium, health advocates and public health representatives managed to effectively question the state of affairs of pharmaceutical patent protection in the developing world and blamed TRIPs rules in part for the difficulties that developing countries were facing in gaining access to affordable medicines.

<sup>35</sup> P. DRAHOS, “Developing Countries and International Intellectual...op.cit.p.13.

<sup>36</sup> On this issue, see generally, TULLY, S. *Corporations and International lawmaking*, Martinus Nijhoff, 2007.

<sup>37</sup> See IP/C/25 *Extension of the Transition Period under Article 66.1 of the TRIPs Agreement for Least-Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products*, Decision of the Council for TRIPs of 27 June 2002, Council for TRIPs (1 July 2002).

<sup>38</sup> For a proposal on graduation of general substantive rules, based on recourse to economic factors, aiming to make WTO law more responsive to the needs of developing countries see T. COTTIER, “From progressive liberalization to progressive regulation in WTO law”, 9 *Journal of International Economic Law* 4 (2006): 779–821 (taking as a case of study the patenting pharmaceutical products).

**29.** With the WTO's legitimacy being questioned before a new negotiating round, finding a solution was considered an institutional priority by the WTO Secretariat and most, if not all, WTO Members. The world trading system was under pressure to deliver consensus-based solutions on this highly sensitive issue, and also had a major opportunity to demonstrate its "flexible" legal culture in the beginning of the Doha Development Round<sup>39</sup>.

**30.** Thus, trade ministers concentrated on negotiating some collective (re)interpretations to extend the scope within TRIPs agreement for pursuing public health policies in developing countries. In this regard, the TRIPs Council had the complex task of developing a consensus-based formula (acceptable for 147 WTO members) for reinterpreting TRIPs obligations on this issue<sup>40</sup>. In practice, WTO Members collectively entered into a complex re-regulatory learning process which is still ongoing.

**31.** This sign of the times is clearly captured in their reaction, in April 2001, to the settlement of a famous domestic lawsuit against the South African Medicines and Related Substances Control Amendment Act. Interestingly, the settlement of this lawsuit brought by the South African Pharmaceutical Industry Association and several affiliated companies merited an unprecedented welcome by the WTO Director-General himself. Even the Press Release takes advantage of the event as proof of the flexible nature of WTO law (!): "the settlement *shows* that the WTO agreements, such as TRIPs, contain the necessary flexibility to meet the health needs of developing countries *and can be used as a basis for resolving difficult issues* concerning access to essential drugs"<sup>41</sup>.

**32.** However, arriving at a new legal balance with regard to health-related patent protection was not going to be easy. Here, the African Group, Brazil and India took the lead inside WTO corridors and meeting rooms, while social activists were effectively voicing the issue in the global media. The pressures of technology-exporting countries against any substantial policy change with regard to patents and health were critical; but the anthrax cases in the United States, and the subsequent intention of the US administration to issue a compulsory license for Cipro (a Bayer antibiotic), secured some policy space and momentum to upgrade the legal *status quo*.

**33.** It was in June 2001 that TRIPs Council had its first special meeting on access to medicines, requested by the African Group. That was also the same month that the US withdrew its WTO complaint against Brazil's pharmaceutical policies, thus conveying a change in attitude and suggesting a willingness to adapt TRIPs rules to the health realities of the developing world<sup>42</sup>.

**34.** The rationalization of TRIPs rules began in a 7-hour session of that special meeting, with interventions from over 40 delegations in June 2001<sup>43</sup>. In that intense session, trade representatives developed some (first) common interpretations on TRIPs inner "flexibility".

**35.** For the WTO Director-General, TRIPs rules "strikes a carefully-negotiated balance" between providing IP protection and "the flexibility to ensure that treatment reach the world's poorest and most vulnerable people". Pursuant to this, the TRIPs Council "reinforced" the security that WTO Members "can use" the available "flexibility" in the agreement. Furthermore, should any improvements

<sup>39</sup> See E. R. GOLD and J-F. MORIN, "Consensus-seeking, distrust and rhetorical entrapment: The WTO decision on access to medicines" 16 *European Journal of International Relations* 4 (2010): 563-587 (578).

<sup>40</sup> See C.D. EHLERMANN and L. EHRING, "Decision-making in the world trade organization", 8 *Journal of International Economic Law* 1 (2005): 51-75 (64).

<sup>41</sup> See WTO News: Speeches—DG Mike Moore. *Moore welcomes news of settlement of South Africa drug lawsuit*, Geneva (19 April 2001).

<sup>42</sup> See *Brazil Measures Affecting Patent Protection*, WTO Doc WT/DS199/3 (January 9, 2001).

<sup>43</sup> See the working paper submitted by the African Group and 17 developing countries. IP/C/W/296, *TRIPs and Public Health* (June 29, 2001).

be needed, as “nothing is perfect”, these improvements could be negotiated in the Doha Round (Mike Moore, Press release 2001)<sup>44</sup>.

**36.** Access to medicines was on board the so-called Doha “Development Round” in the Ministerial Conference of Qatar. In fact, the Ministerial Declaration opening the Round had already underlined the critical importance of making a pro-health *implementation and interpretation* “by promoting both access to existing medicines and the creation of new medicines” (paragraph 17).

**37.** The Doha Declaration on public health and access to medicines, adopted in November 2001, was certainly the milestone in the whole process. In the words of the current WTO DG, at the High-Level Symposium on Global Health Diplomacy, held in 2011 to mark the Declaration’s 10th anniversary, this historic instrument has reinforced health policy choices worldwide<sup>45</sup>.

**38.** The key idea underlying the Declaration is formal recognition that the TRIPs agreement provides for “flexibilities” to secure state regulatory autonomy in the patents and health policy area.

**39.** The flexibilities of TRIPs rules recognized in the 2001 Declaration are to be found and developed through the interpretative prism of the objectives and principles of the agreement:

- Article 7 (objectives): “The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and *in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations*”.
- Article 8 (Principles): “[Members may adopt] *measures necessary* to protect public health and nutrition, and to promote the public interest *in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development*, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement”.

**40.** Interestingly, Paragraph 5 of the 2001 Declaration itself expressly recalls how flexibility needs to be built upon those provisions: “*In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPs Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles*”.

**41.** The Declaration determines that the TRIPs agreement “does not and should not prevent members *from taking measures to protect public health*”<sup>46</sup>. In this sense, the agreement “can and should be *interpreted and implemented* in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all” (paragraph 4). Its provisions also refer to a right to use those rules, “for this purpose” and “to the full”.

**42.** The legality of *compulsory licensing* is thus secured under this legal rationale. The term was not regulated as such in TRIPs agreement but as “other use without authorization of the right holder” in the title of article 31<sup>47</sup>. In any case, the right to grant compulsory licenses was made clearer than under

<sup>44</sup> See WTO News: Speeches—DG Mike Moore. *Moore: Countries must feel secure that they can use TRIP’s flexibility* (20 June 2001).

<sup>45</sup> See WTO News: *10-year-old WTO Declaration has reinforced health policy choices, Lamy tells symposium* (23 November 2011).

<sup>46</sup> See WT/MIN(01)/Dec/2, Doha WTO Ministerial 2001: *Declaration on the TRIPs Agreements and Public Health* (20 November 2001), paragraph 4.

<sup>47</sup> For a history of article 31 see also R. GOLD and D.K. LAM, “Balancing Trade in Patents: public non-commercial use and compulsory licensing”, 6 *Journal of World Intellectual Property* (2003): 5-32.



article 5A of the Paris Convention<sup>48</sup>, and was thus reworded in broader terms to avoid misinterpretations: “each member has the right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted” (paragraph 5.b).

43. Legal exceptions based on health crises were, in addition, formally recognized: “each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent national emergency or other circumstances of extreme urgency” (paragraph 5.c).

44. To sum up, the 2001 Doha Declaration facilitates pro-health implementation, providing for extra (TRIPs compatible) policy space based on re-regulation and flexible interpretations. Certainly, the reach of “TRIPs flexibility” depends on the political will of those who can authoritatively interpret and waive TRIPs rules through WTO decision making-processes. As even well-known IP critics recognize, in any case, the Declaration has critically increased and reinforced the legality of TRIPs flexibilities on health-related areas<sup>49</sup>.

#### IV. A complex re-regulatory process

45. The Declaration confirms that WTO Members have the “right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted”. However, it also mandated the TRIPs Council to make additional efforts in some areas, and particularly with regard to the so-called “Paragraph 6 issue”: TRIPs Article 31 recognizes the legality of granting CL to order generics but also determines that “any such use shall be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use”.

46. As a result, the provision not only prevented developing countries without manufacturing capacity (which was most of them) to import generics from countries in which the patented drug was produced. It also limited production to an unspecified volume, by using the expression “predominantly”.

47. The wording of the paragraph 6 issue of the 2001 Declaration was precisely framed under the policy pressure of the new pro-development Doha Round: “to find an *expeditious solution* to this problem before the end of 2002”<sup>50</sup>.

48. The ‘solution’ was reached with the so-called “Motta text” (named after Perez Motta, the former Chairman of the TRIPs Council) in December 2002<sup>51</sup>, and was finally adopted on 30 August 2003 through a General Council Decision -interestingly, not a TRIPs Council Decision- on the implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration<sup>52</sup>. In the words of Supachai Panitchpakdi, Director-General

<sup>48</sup> The right of governments to grant CL on virtually any ground (including public interest, abuse or anticompetitive conduct, or for noncommercial government use, among others) was incorporated in TRIPs agreement thanks to the fortitude and analytical skills of the Indian delegation. See J. REICHMAN, “Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options”, *Journal of Law Medicine* (2009): 248.

<sup>49</sup> See J. LOVE, “What the 2001 Doha Declaration Changed”, Knowledge Ecology International, 16 September 2011.

<sup>50</sup> See WT/MIN(01)/Dec/1, Doha WTO Ministerial 2001: *Ministerial Declaration* (20 November 2001) paragraph 17.

<sup>51</sup> See in particular F. ABBOTT, “The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”, 99 *American Journal of International Law* 2 (2005): 317-358 and see D. MATTHEWS, “WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPs Agreement and Public Health: A Solution to the Access to essential medicines problem?”, 7 *Journal of International Economic Law* 1 (2004): 73-107.

<sup>52</sup> See WT/L/540, *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and public health*, Decision of the General Council of 30 August 2003 (1 September 2003).

of the WTO at that time, the “final piece of the jigsaw” had fallen into place with this Decision; proving “once and for all” that WTO “can handle humanitarian as well as trade concerns”...<sup>53</sup>.

**49.** In essence, the Decision waives article 31(f) requiring production under CL to be “predominantly” for the domestic market. The object of this waiver is particularly reasonable, as it is simply an unachievable requirement for compliance by developing WTO members that lack pharmaceutical manufacturing capacity<sup>54</sup>. As mentioned above, these inevitably have to be supplied by global generics markets.

**50.** In order to provide, the *waiver* creates a member-driven mechanism allowing the import and export of generics on a case-by-case, drug-by-drug, country-by-country basis. The regulatory structure of this member-driven (paradoxically not market-driven) mechanism is based on a notification procedure for both importing and exporting countries planning to trade in generics<sup>55</sup>.

**51.** The Decision, pre-negotiated by the United States, India, Brazil, South Africa and Kenya, basically helped WTO Members to keep the ongoing Doha negotiating process on track at the Cancun Ministerial Conference (September 2003).

**52.** The negotiated instrument aims with questionable success to strike a balance between potential importers of generics (mainly in Africa, Asia and America), potential exporters (such as India and Brazil), and technology-exporting countries<sup>56</sup>.

**53.** The 2003 Decision also establishes that WTO Members may notify their intention not to use the system as importers, or to use it only in a limited way. Practically all OECD countries have issued such notifications, under pressure from their patent-holding industries. Thus, the instrument includes a list of developed countries who will formally refrain from importing generic medicines, as well as a list of countries that will commit to importing generic drugs only in cases of extreme urgency or national emergency.

**54.** The Decision is accompanied by a separate statement of the General Council chairperson ensuring that it would not provide a backdoor for commercial use of those generics, by re-entering non-exempted markets. The statement expresses several “shared understandings” regarding the Decision and the way it has to be interpreted and implemented:

- (1) the system has to be used “in good faith”, undertaking not to pursue “industrial or commercial objectives”;
- (2) all reasonable measures should be taken to prevent market diversion (re-exports);
- (3) issues arising from the Decision have to be solved expeditiously and amicably and finally,
- (4) notifications should include information from the Member on the ways and means it has employed to conclude that there is insufficient manufacturing capacity in the sector.

**55.** The chairperson also attaches to his separate statement a short list of guidelines (selected “best practices” from producers) to reduce and minimize product diversion (anti-diversion measures) and thus to ensure market segmentation<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> See WTO News: 2003 Press Releases, Press/350/Rev.1, *Decision removes final patent obstacle to cheap drug imports* (30 August 2003).

<sup>54</sup> In fact, former WTO Director, Supachai Panitchpakdi, described the Decision as ‘an historic agreement.’ See WTO News: 2003 Press Releases (9 September 2003).

<sup>55</sup> See <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/tripos\\_e/public\\_health\\_notif\\_export\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/tripos_e/public_health_notif_export_e.htm)>

<sup>56</sup> For a comment see generally F. ABBOTT, “The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”, 99 *American Journal of International Law* 2 (2005): 317-358 and D. MATTHEWS, “WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health: A Solution to the Access to essential medicines problem?”, 7 *Journal of International Economic Law* 1 (2004): 73-107.

<sup>57</sup> See WT/GC/M/82, *General Council Chairperson’s Statement* (13 November 2003). These schemes built on the previous experience of anti-diversion business practices by companies like Novartis, Merck, Pfizer and others, differentiating regular products from products supplied through discounted pricing or through donor policies.

**56.** The 2003 Decision is an interim *waiver* to be applied until the TRIPs agreement is amended<sup>58</sup>. As a result, the General Council adopted a Protocol of Amendment in 2005<sup>59</sup>. Open to acceptance by WTO Members before 1 December 2007, this protocol contains an extremely elaborate (...bad) article 31bis to be incorporated as an Annex to the TRIPs agreement if accepted by two thirds of WTO Members<sup>60</sup>.

**57.** WTO law is made-up of a complex legal world based on dynamic annexes producing critical regulatory implications in multiple public policy areas. However, it is certainly not easy to incorporate this Amendment to its covered regulatory structure in order to deliver its promised positive effects. By the time this article was completed, less than 50 WTO Members<sup>61</sup> had accepted the Amendment including the United States (17 December 2005) and the European Communities (20 November 2007)<sup>62</sup>.

**58.** Interestingly, a new Decision of WTO Members in 21 December 2007 finally established an unlimited extension to the waiver, probably taking into due consideration the obvious difficulty of ratification by WTO Members: “The period [...] shall be extended until 31 December 2009 *or such later date as may be decided* by the Ministerial Conference”<sup>63</sup>. In short, the self-evident political difficulties to ratify the Protocol suggest that it is unlikely to enter into force, at least in the near future<sup>64</sup>.

**59.** In any case, it is also important to recall that its wording is overly burdensome<sup>65</sup>. In fact, African countries, Brazil and India strongly (and reasonably) opposed the provisions contained in the amendment itself without much success. Basically, the amendment transforms into treaty law the (non-functioning) member-driven mechanism created by the 2003 Decision. Certainly, it was not an efficient (and reasonable) move, as reality has proved. In this regard, it is reasonable to suggest that it is not cost-efficient to allocate significant public resources to that ratification.

**60.** Developing countries without pharmaceutical manufacturing capacity have legal (and legitimate) expectations to access generics in global pharmaceutical markets. In this regard, market mechanisms tend to function better when strong vested interests are involved. A member-driven mechanism such as the paragraph 6 mechanism (requiring a double compulsory licence from both the importing and exporting country to trade in generics) is inefficient vis a vis market mechanisms.

**61.** In this regard, it is not only dependent on the unnecessary bureaucratic processes of public decision-making in both the potentially exporting and importing countries, but it is also highly exposed to the pharmaceutical brand-name industry pressures against the CL which are required to make it function. Therefore, it not difficult to conclude why the mechanism has only been used once since its 2003 inception<sup>66</sup>, involving a generics transaction between Rwanda and Canada (260000 packs) of an HIV/

<sup>58</sup> See *Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health - Decision of 30 August 2003*, WT/L/540 (29, august 2003).

<sup>59</sup> For a complete legal study on the universe of available policy options to tackle this issue see ABBOTT, F.M. “Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on public health”, *QUINO Paper n.9*, 2002.

<sup>60</sup> See WT/L/641, *Amendment of the TRIPS Agreement* (8 December 2005).

<sup>61</sup> See <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/amendment\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm)>.

<sup>62</sup> See SGS/166652, *Instrument of Acceptance, Council of the European Union* (Brussels, 19/11/2007).

<sup>63</sup> See WT/L/711, *Amendment of the TRIPS Agreement-Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement* (21 December 2007).

<sup>64</sup> See *European Parliament Resolution on the TRIPS Agreement and access to medicines*, B6-0288/2007 (9 July 2007), paragraph K.7, the study commissioned by its Committee on International Trade as well as *European Parliament Debates CRE 11/07/2007-18* (7 July 2007) and *PV 11/07/2007-18* (7 July 2007).

<sup>65</sup> See V. BRADFORD and K. LEE, “TRIPS, the Doha declaration and paragraph 6 decision: what are the remaining steps for protecting access to medicines?” *Globalization and Health* (2007) 3:3

<sup>66</sup> See IP/N/9/RWA/1, *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Notification under paragraph 2(a) of the Decision of 30 August 2003 - Rwanda* (19 July 2007) and IP/N/10/CAN/1, *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Notification under Paragraph 2(c) of the Decision of 30 August 2003 - Canada* (5 October 2007), respectively.

AIDS combination therapy (TRIAvir) manufactured by Canadian Apotex Inc<sup>67</sup>. In consequence, it is easy to understand why developing countries are urging to renegotiate alternative solutions.

---

<sup>67</sup> On this transaction see in particular C. COTTER, "The Implications of Rwanda's Paragraph 6 Agreement with Canada for Other Developing Countries", 5 *Loyola University of Chicago International Law Review* (2008): 177 y 185-86, J-C. COHEN-KOHLER, L-C. ESMAIL, and A. PEREZ COSIO, "Canada's implementation of the Paragraph 6 Decision: is it sustainable public policy?", *Globalization and Health* (2007) 3:12 and H.P. HESTERMEYER, "Canadian-made Drugs for Rwanda: The First Application of the WTO Waiver on Patents and Medicines", 11 *ASIL Insight* 28 (December 10, 2007).

# DRUGS IN A BRAVE NEW WORLD OF TRIPS+ SCHEMES: THE CASE FOR LEGAL CEILINGS ON EXTRA PATENT PROTECTION\*

PABLO ZAPATERO MIGUEL  
*Professor of international law  
Carlos III University of Madrid*

Recibido: 25.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

**Resumen:** El comercio de medicamentos genéricos es una condición previa para que los pacientes y autoridades públicas en los países en desarrollo adquieran medicinas asequibles en los mercados farmacéuticos. Sin embargo, la incansable promoción de estándares de protección de patentes por los países exportadores de tecnología está minando la posibilidad la producción y distribución sostenible de genéricos a escala global. En gran medida, los países desarrollados actúan como apoderados de las estrategias de captación de rentas de las empresas farmacéuticas. Las coaliciones de interés público sólo pueden vencer esta desigual batalla (en múltiples frentes paralelos) promoviendo una nueva Declaración sobre el ADPIC como techo legal para la protección de patentes farmacéuticas en el mundo en desarrollo, complementando así la histórica Declaración de Doha de 2001 sobre el ADPIC y la salud pública. Alternativamente, varias instituciones globales con competencias concurrentes en este área están disponibles para promover una solución legal similar.

**Palabras clave:** comercio global, patentes farmacéuticas, techos legales, flexibilidades, acceso a medicamentos, genéricos.

**Abstract:** Trade in generics is a prerequisite for patients as well as public health authorities in the developing world in order to purchase affordable medicines in pharmaceutical markets. However, the relentless promotion of stringent global patent protection standards by technology exporting countries is undermining the ability of sustainable generic production and distribution on a global scale. To a great extent, developed countries are acting as proxies of the socially wasteful rent-seeking strategies of pharmaceutical companies. Public interest coalitions can only win the ongoing battle (on multiple parallel fronts) by promoting a new Declaration on TRIPs rules as a legal ceiling for pharmaceutical patent protection in the developing world, to complement the historic 2001 WTO Doha Declaration on TRIPs and public health. Alternatively, several global institutions with concurring competences in this area are already available to promote a similar legal solution.

**Key words:** world trade, pharmaceutical patents, flexibilities, legal ceilings, access to medicines, generics.

**Sumario:** I. Proxy states. II. Trips+ schemes. III. Private regulatory captures. IV. Public interest coalitions.

## I. Proxy states

1. Many developing countries have scant pharmaceutical manufacturing capacity or none at all and are thus supplied with generics by global pharmaceutical markets. For this reason, patents within

---

\*Research project DER 2010-20414-C02-01, funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation.

middle-income developing countries with pharmaceutical manufacturing capacity are of the most critical concern. In essence, sustainable generic production in the latter is a prerequisite for exporting those medicines to the former.

2. In recent decades, an efficient generic drug industry has burgeoned in developing countries such as South Africa, Thailand, India, and Brazil has also become a key source of global generic production and distribution. Manufacturers such as Cipla (India) or Cristalia (Brazil), for example, have long-standing experience in producing quality drugs for export to developing countries where there is no patent, or where the patent has expired or, less frequently, the patent is under compulsory license (CL), or government use. As a result, a wide variety of cheap generic medicines are competing today in global generics markets.

3. However, patents are becoming more widespread as a result of the WTO agreement on intellectual property related to trade (TRIPs), as well as other TRIPs+ initiatives and this has restricted generic competition for newer patented drugs<sup>1</sup>. Brazil, for example, passed Decree n° 1355 reintroducing patents, after a 30-year vacuum, as early as 30 December 1994, and India amended its Patent Act in March 2005 on similar lines<sup>2</sup>.

4. Patent protection of new drugs in these countries adversely affects access to second and third treatments in developing countries. The cost structure for drugs in developing countries is bound to be severely affected if the generic manufacturers in these countries operate increasingly strong patent regimes and smaller scale operations. For this reason, it is critical to ensure that generic industries successfully compete in the global pharmaceutical markets and thus, upscale their operations.

5. However, the pharmaceutical industry is not particularly supportive of the export-oriented production of generics in the developing world. Lobbies such as IIA (International Intellectual Property Alliance) or US PhRMA (Pharmaceutical Research and Manufacturers of America) are in fact targeting the sources of generic production and distribution.

6. As a result, needless to say, developing countries with export-oriented generic production are under pressure from aggressive TRIPs+ domestic lobbying and litigation. These strategies deployed by the industry are complemented by technology exporting countries acting as proxies to negotiate (bilateral and regional) TRIPs+ treaties<sup>3</sup>.

7. In short, some developing countries are bargaining away the existing health-related TRIPs flexibilities in exchange for more expedient market access, in order to obtain (or not to lose) concessions elsewhere (foreign aid withdrawal, refusal to transfer technology, etc), or to avoid becoming a target for unilateral action by technology-importing countries<sup>4</sup>. In addition, no country is interested in suffering the inconvenience of being subject to a campaign depicting it as a piracy-lenient country.

8. As a result, TRIPs flexibilities remain untested in many developing countries. Public policies in developing countries are subject to carrots and sticks from technology-exporting countries<sup>5</sup>. Thus,

<sup>1</sup> B. WANING, M. KYLE, E. DIEDRICHSEN, L. SOUCY and J. HOCHSTADT, *et al.*, "Intervening in global markets to improve access to HIV/AIDS treatment: an analysis of international policies and the dynamics of global antiretroviral medicines markets", 6 *Globalization and Health* (2010): 13.

<sup>2</sup> Before this, interestingly, both a WTO *panel* and Appellate Body decision had ruled against India for not taking the required steps to prepare its compliance with TRIPs agreements in 2005 (transitional obligations). See WT/DS79/R *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products* (August 24, 1998) and WT/DS50/AB/R *India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products* (December 19, 1997), respectively.

<sup>3</sup> See V. BRADFORD and K. LEE, "TRIPs, the Doha declaration and paragraph 6 decision: what are the remaining steps for protecting access to medicines?" *Globalization and Health* (2007) 3:3.

<sup>4</sup> See, in particular, P. DRAHOS and J. BRAITHWAITE, *Information Feudalism*: 187-197 (chapter 12).

<sup>5</sup> E. HOEN, "Public Health and International Law. TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha", 27 *Chicago Journal of International Law* (2002): 32-33.

ministries other than health ministers tend to be reluctant to support critical health policies such as pharmaceutical compulsory licensing (CL). It is noteworthy, for example, that the first CL granted by India to a generic producer was issued as late as 2012. The decision authorizes Natco until 2020 to manufacture a patented anti-cancer drug from Bayer for the domestic market.

9. The USTR (United States Trade Representative) and the EU DG Trade are critical players in this brave game of ratcheting up IP standards, in which diplomatic signals are systematically sent each time an initiative to issue a compulsory license is underway in a developing country<sup>6</sup>.

10. The USTR's Special 301 epitomizes the race for stringent global patent standards, sharply contrasting with the leniency shown towards IP generally in the United States during the period of its trade power formation. As Picciotto recalls, the United States is appointing itself as the main global policeman of IPRs but paradoxically it refused copyright protection for foreign works until 1891, and did not even join the Berne Convention until 1987, just when it finally placed IP on the regulatory agenda of the Uruguay Round. Certainly, "the late converts may be the most fervent apostles"<sup>7</sup>.

11. In fact, the functioning of Special 301 targets accelerated TRIPs implementation singling out the rules and policies of other countries that the United States deems objectionable, irrespective of whether or not they are TRIPs compatible. Thus, the mechanism often pushes countries to go beyond their TRIPs obligations. In the words of Charlene Barshefsky, former USTR, the instrument is much more than an in-depth review of public policies of other countries: it provides "a direct route to press countries to improve their IPR practices"<sup>8</sup>.

12. Unfortunately, the EU has followed suit of the Special 301 strategy by replicating some of its critical elements in its own IP enforcement strategy, adopted in 2005. The EU strategy on IP enforcement outside Europe, currently under revision, functions with a similar rationale: conducting broad surveys on IPR enforcement, which are used to update the list of "priority countries" and acting accordingly<sup>9</sup>.

## II. TRIPs+ schemes

13. An extra tool for promoting stronger global IP protection is the negotiation of clone treaties based on TRIPs+ schemes. These instruments inhibit the implementation of health-related TRIPs flexibilities in developing countries, and are thus basically producing international re-regulation through the back door.

14. Recent US FTAs, for example, prevent or undermine the ability to implement TRIPs flexibilities by requiring the adoption of measures such as patent term extensions, data exclusivity, linkage of patents with registration, restrictions on compulsory licensing, restrictions on or elimination of parallel imports and border enforcement requirements, among others<sup>10</sup>. The EU also follows the US lead on these practices by promoting its own bilateral TRIPs+ treaties. A recent example is the controversial EU-India FTA originally planned for signature by the end of 2012 but still under negotiation.

<sup>6</sup> See generally F. ABBOTT "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements". *Occasional Paper N. 14*, Quaker United Nations Office, 2004.

<sup>7</sup> See S. PICCIOTTO "Defending the public interest in TRIPs and the WTO", *Global Intellectual property rights: knowledge, access and development*, Palgrave, 2002, p.226.

<sup>8</sup> See "USTR Announces Results of Special 301 Annual Review", Press Release 97-37, April 30 1997.

<sup>9</sup> See *Strategy for the enforcement of intellectual property rights in third countries*, Official Journal of the European Union, C129, Volume 48, 26 May 2005, p. 3.

<sup>10</sup> See generally K.M. GOPAKUMAR, and S.R. SMITH, "IPR provisions in FTAs: Implications for access to medicines", *Intellectual property and access to medicines: papers and perspectives*, World Health Organization 2010 and also *Access to Generic medicines and 'TRIPs plus' provisions*, European Generics Association, Position Paper (November 2007).

**15.** The higher standards of protection in TRIPs+ schemes delay or restrict, by their very nature, trade in generics and thus generic competition<sup>11</sup>. In essence, through these bilateral and regional treaties, developing countries “are being made to agree” to a ratcheting up of IP standards<sup>12</sup>. By strengthening, broadening and lengthening monopolies on medicines generally, their provisions are bound to create a chilling effect on generic market entry and thus they erode the consolidation of a global market for generics.

**16.** It is important to underline that these treaties are not health+, or human rights+, but IP+ schemes. The contents of some of the new obligations are illustrative in this regard: (a) extending patent terms beyond the 20 years required by TRIPs agreement, (b) requiring new export and burdensome procedures for generics, (c) restricting conditions for compulsory licenses to be issued, (d) delaying approval and registration of generics by providing original manufacturers with exclusive rights on pharmaceutical test data, (e) requiring regulatory authorities to pursue a policing role on patent enforcement, among others<sup>13</sup>.

**17.** Inevitably, the restricted rationality of these TRIPs+ treaties undermines the flexibilities provided by TRIPs rules and the Doha Declaration on TRIPs agreement and Public Health, adopted in November 2001<sup>14</sup>. In theory, WTO law and policies have formally recognized some major legal TRIPs flexibilities with regard to access to medicines. In practice, however, pharmaceutical lobbying is taking those rights away by using proxy states to promote stringent global standards in other fora.

**18.** A significant example of the present state of affairs is the new IP enforcement trends treating generics as counterfeit. These TRIPs+ enforcement trends have already allowed the seizure of generic medicines transiting through European ports to Africa and Latin America on the basis of the EU Customs Regulation 1383/2003. Cases include several million doses of generics detained in transit at Rotterdam in December 2008 (Losartan, an anti-hypertension drug), Frankfurt in May 2009 (Amoxicillin) and in Paris in October 2009 (Clopidogrel, a blood thinner). As a result, Brazil and India filed a WTO complaint against the EU in May 2010, recently settled<sup>15</sup>, on the legal grounds of GATT article V (freedom of transit) and the 2001 Doha Declaration<sup>16</sup>.

**19.** In addition, TRIPs+ treaties such as the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) also contain measures confusing generics with counterfeit medicines<sup>17</sup>. Despite its name, this (“trade-related”) IP enforcement treaty targets border and internal enforcement of IP infringements regarding private monopoly rights. ACTA provisions formally exclude patents from border measures and, in fact, contain safeguards on access to health as well as referring to the 2001 Declaration. However, ACTA also include civil trademark infringement with strong penalties, to name just one qualified

<sup>11</sup> See C. CORREA, “Implications of bilateral free trade agreements on access to medicines”, 84 *Bulletin of the World Health Organization* (2006): 402

<sup>12</sup> See P. DRAHOS “Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting”, UK Commission on Intellectual Property Rights, *Study Paper 8*, 2002, p. 21.

<sup>13</sup> See S. K. SELL, “TRIPs-Plus Free Trade Agreements and Access to Medicines” 28 *Liverpool Law Review* (2007): 56–57 and F. ABBOTT, “A new dominant Trade Species emerges: is bilateralism a threat?”, 10 *Journal of International Economic Law* (2007): 571–583.

<sup>14</sup> The United Nations Development Report of 1999 already referred openly to the “relentless march of intellectual property rights” and underline that this process “needs to be stopped and questioned”. See *Human Development Report 1999*, UNDP, Oxford University Press, 1999, p.73.

<sup>15</sup> See B. MERCURIO, ‘Seizing’ pharmaceuticals in transit: analysing the WTO dispute that wasn’t’, 61 *International and Comparative Law Quarterly* (2012):389-426 and B.K. BAKER, “Settlement of India/EU WTO Dispute re Seizures of In-Transit Medicines: Why the Proposed EU Border Regulation Isn’t Good Enough”, *Northeastern University School of Law Research Paper No. 81-2012* (January 1, 2012).

<sup>16</sup> See WTO/DS408, *European Union and a Member State-Seizure of Generic Drugs in Transit* - Requests for consultations, India (11 May 2010) and see WTO/DS409, *European Union and a Member State-Seizure of Generic Drugs in Transit* - Requests for consultations, Brazil (12 May 2010).

<sup>17</sup> See K. OUTTERSON, and S. SMITH “Counterfeit Drugs: The Good, the Bad and the Ugly”, 15 *Albany Law Journal of Science & Technology* (2006): 525.



regulatory feature. As a result, customs officials could initiate a seizure and even destruction of an allegedly infringing product in order to protect the interests of the rights holder of a commercial trademark.

20. Generally, these IP enforcement trends are in themselves strong disincentives for those companies eager to trade in generics at global scale, and thus for the consolidation and development of a global market for generics to the benefit of patients in developing countries.

21. The drive towards stronger IP enforcement is thus of particular concern. Something wrong is going on in global IP politics when IP advocates such as the former President of the International Anti-Counterfeiting Coalition, Timothy Trainer, with no hesitation whatsoever, makes this formal statement: “ACTA is an initiative that allows governments to voluntarily commit themselves to whatever TRIPS+ standards are agreed”<sup>18</sup>. The statement certainly suggests that for some actors global IP protection is nowadays a sort of Wild West in terms of international legislation.

22. Interestingly, the European Parliament has recently rejected ACTA under its Lisbon Treaty power to reject international agreements: for the first time after the entry into force of the Lisbon Treaty, EU MPs have exercised here their power to reject an international agreement (478 votes against, 39 in favor, and 165 abstentions)...<sup>19</sup>.

23. The current state of affairs has to be seriously considered from an international legal standpoint. Pro-health TRIPs flexibilities cannot reasonably be interpreted as a floor but rather as a ceiling of pharmaceutical patent protection. In this sense, it is reasonable to argue that TRIPs+ regimes with regard to pharmaceutical patent protection are not WTO compatible. Not only does the TRIPs agreement contain major flexibilities with regard to public health but WTO Members have agreed to adopt the 2001 Doha Declaration on TRIPs agreement and public health.

24. In any basic notion of global equity or justice, it is not legally reasonable to put forward the argument that what WTO Members have agreed on multilaterally with regard to public health can be undone in other fora. Pro-health flexibilities operate as legal *benefits* granted to all WTO Members. These flexibilities contained in WTO primary rules (TRIPs agreement) have in fact been confirmed in WTO secondary rules through WTO decision-making (2001 Doha Declaration).

25. As Correa recalls, implementation of the 2001 Doha Declaration should not be regarded as a matter of political choice if article 26 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties is taken into due consideration: the Declaration creates international obligations which should be complied with in good faith by all WTO Members<sup>20</sup>. In this sense, good faith is a key principle for treaties, but also in order for international law in general to function properly<sup>21</sup>: “*every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*” (article 26). In addition, article 31 of VCLT clearly determines that treaties “*shall be interpreted in good faith*”. Thus, applying TRIPs rules and the health-related 2001 Doha Declaration in accordance with the VCLT reasonably imposes certain limitations on WTO members. A contrary application may constitute an abuse of rights<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> See T. TRAINER, “Intellectual Property Enforcement: A Reality Gap (Insufficient Assistance, Ineffective Implementation)?”, 8 *John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law* (2008): 74.

<sup>19</sup> See *European Parliament legislative resolution of 4 July 2012 on the draft Council Decision on the conclusion of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)).

<sup>20</sup> C. CORREA, *Implementation of the WTO General Council Decision on paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, World Health Organization, 2004, p.8.

<sup>21</sup> See generally J.F. CONNOR, *Good Faith in International Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991.

<sup>22</sup> For a study on abuse of rights as a ceiling to patent protection see in particular M. TEMMERMAN, “The Legal Notion of Abuse of Patent Rights” *NCCR Trade Regulation Working Paper No 2011/23* (May 2011), pp.5-10.

26. In addition, TRIPs+ schemes with regard to pharmaceuticals can technically infringe WTO law by producing an annulment or denial of WTO benefits. These TRIPs+ schemes are to be read by their own nature as TRIPs-Minus with regard to the balance of benefits and concessions resulting from WTO law: a body of law made up of a series of complex trade-offs involved among WTO Members (i.e: more market access in exchange for stringent patent standards).

27. In consequence, TRIPs+ schemes invalidate the flexibilities provided by the TRIPs agreement and, as such, could be challenged as WTO non-compatible under the WTO Dispute Settlement Body (DSB)<sup>23</sup>. In fact, any WTO Member may request a panel if any measures from other Members (including treaties) is denying or annulling those benefits<sup>24</sup>. As a result, the negotiation or implementation of TRIPs+ schemes by WTO Members (treaties *external to* WTO) could *nullify or impair benefits* deriving from WTO law.

28. The compatibility of these schemes could be challenged not only by *IP violation complaints* but also by the so-called *non-violation* complaints, provided the present moratorium on the latter is finally lifted<sup>25</sup>. However, it is also true that technology-exporting countries are probably those who would benefit most from the lifting of the moratorium, as they have more resources to invest on speculative legal claims<sup>26</sup>.

29. In any case, the substantive rules are already in place (TRIPs flexibilities) to be properly adjudicated as violation complaints. This generous standing has been part of the legal *acquis* of the multilateral trading system almost since GATT was originally conceived<sup>27</sup>.

30. However, those who manage the inner functioning of WTO processes are trade ministers, not health ministers. Arguably, some health ministers would see a legal case here, irrespective of whether or not they represent a developing country. However, they are not on board of the WTO ship. In practice, ministers or trade are those responsible for the final decision on whether to file WTO complaints, or not.

31. Promoting stringent patent standards for pharmaceuticals outside WTO, once these rules are in place, is playing against the rules and traditional inner functioning of the world trading system. In fact, it is also playing above those rules (playing a meta-game) against the interest of WTO itself as a global institution responsible for progressive trade liberalization.

32. The balance between rights and obligations resulting from the trade-offs negotiated in the Uruguay Round should be honoured. In this regard, there is a strong case for a legal ceiling on health-related patent protection in the benefit of the developing world. In fact, it could probably be critical to the success of the ongoing Doha Development Round.

<sup>23</sup> F. ABBOTT "The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health", 99 *American Journal of International Law* (2005): 357.

<sup>24</sup> In fact, the DSU standing is very open, and in practice close to an *actio popularis*. See P.J. KUIJPER, "The Law of GATT as Special Field of International Law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international law?", *Netherland Yearbook of International Law*, Vol XXV(1994): 239-241.

<sup>25</sup> The moratorium is being extended from one ministerial conference to the other, the latest being the extension from the 2011 Geneva Ministerial Conference to the ministerial meeting agreed to hold in 2013. For the last extension see WT/L/842, *TRIPs non-violation and situation complaints, Decision of 17 December 2011* (19 December 2011).

<sup>26</sup> Non-violation complaints allow WTO Members to challenge a measure in WTO dispute settlement procedures that is not infringing WTO law, but nullifying or impairing the trade benefits that WTO members could have reasonably expected to obtain from WTO law. See ABBOTT, F. *Non-violation nullification or Impairment Actions under the TRIPs Agreement and the Fifth Ministerial Conference: A Warning and Reminder*, QUNO Occasional Paper N11, 2003.

<sup>27</sup> For its critical evolution compare 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, 1969, pp.163-189, J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York Council on Foreign Relations Press, 1990, p.65 and, finally (and particularly) J.H. JACKSON, "The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", 91 *American Journal of International Law* (1997): 60.

**33.** The WTO constituency should recall that the 2001 Declaration on Public Health (read Doha) helped to keep on track the first post-GATT (read WTO) Round of negotiations, after the (globally broadcasted) 1999 Millennium Round derailment (read Seattle).

**34.** In this sense, the existence (or non-existence) of *legal ceilings* for the global ratcheting up of patent protection is a structurally critical *trade* issue deserving consideration in the Doha Development Round.

**35.** In short, the TRIPs rules, together with the 2001 Declaration on Public Health, should reasonably be interpreted as a legal ceiling against stronger IP protection in health-related areas, but also as a legal floor to promote the consolidation of a global generics market to the benefit of developing countries.

### III. Private regulatory captures

**36.** However there are vested interests involved. Nowadays, modern patent systems have created high returns on revenues, assets and shareholders' equity over decades, making the pharmaceutical industry annually ranked as among the most profitable industries in the world. These revenues are highly concentrated in the pharmaceutical markets of developed countries but the CEOs' and shareholders' expectations on high future returns from investments on R&D and marketing in this area have been fuelled by their increasing collaboration with trade representatives negotiating new global IP standards.

**37.** In practice, this phenomenon has produced a "global money illusion" on exponential increases of corporate profits. As a result, brand-name pharmaceutical companies are involved in aggressive strategies to secure worldwide monopoly rents<sup>28</sup>, and are not open to other profitable but alternative wealth-enhancing strategies.

**38.** In this regard, brand-name pharmaceutical companies could easily obtain profits at least comparable to those of generic producers (profiting from off-patent medicines in developing countries) by selling their brand-name products to larger numbers of poor people at *very* low prices<sup>29</sup>: price-based competition is the word. That was in fact the rationale of the government of Thailand, when it officially suggested shifting pricing strategies based on 'low-volume, high margin returns' to 'high-volume, low margin returns'<sup>30</sup>.

**39.** However, brand-name companies are less focused on this aspect and more on derailing generic companies from global pharmaceutical markets through lobbying in order to ratchet global IP standards. In consequence, international legislation is perceived as a second level playing field for policy formation, and it is often more effective than merely lobbying domestic legislators.

**40.** For corporations operating in multiple state jurisdictions, it is more efficient to lobby collectively for international legislation (which is binding in at least two or more state jurisdictions) than to lobby merely for domestic legislation (binding in one state jurisdiction). In addition, as Correa bluntly recalls with regard to US bilateralism, by creating protection standards higher than those applied domestically, the pharmaceutical industry may be able to force an amendment of US domestic laws "in ways simpler and less costly than through lobbying in Congress"<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> See particularly, S. PICCIOTTO, Private rights vs public interests in the TRIPs agreement: the access to medicines dispute: in *Proceedings of the annual conference of the American society of international law*, 2003, 167.

<sup>29</sup> J. REICHMAN, "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", 37 *Journal of Law Medicine* (2009): 247-263.

<sup>30</sup> See *Facts and Evidence on the 10 Burning Issues Related to the Government Use of Patents on Three Patented Essential Drugs in Thailand*, Ministry of Public Health and National Health Security Office, Thailand, February 2007.

<sup>31</sup> C. CORREA, "Bilateralism in Intellectual Property...op.cit. p.93.

41. The point applies to any technology-exporting country. These modern rent-seeking strategies are amplifying socially wasteful public law on a multi-state scale. As a result, nowadays, some international rules are almost by-products of corporate regulatory captures.

42. The enhanced and increasing leverage of special interest groups on global decision making has critical consequences for international law. These processes, which are currently shaping global politics cannot be understood or explained through a simple and traditional state-centric approach to international rule-making<sup>32</sup>. Therefore, traditional approaches need to be revisited, to combat or avoid the capture of public international law by special interest.

43. In this regard, it is also reasonable to argue that the pharmaceutical business model itself requires a major revision. In fact, the WHO Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Health (CIPIH) has already made some clear recommendations on this issue: “companies should adopt patent and enforcement policies that facilitate greater access to medicines needed in developing countries. In low income developing countries, they should avoid filing patents, or enforcing them in ways that might inhibit access. Companies are also encouraged to grant voluntary licenses in developing countries, where this will facilitate greater access to medicines, and to accompany this with technology transfer activities”. And last but not least: “companies should not lobby government for more stringent standards than those contained in TRIPs agreement”<sup>33</sup>.

44. These are basic key ideas. However, the socially wasteful rent-seeking strategies of the industry in developing countries cannot be inhibited through mere (voluntary) initiatives of corporate social responsibility (CSR) but by reforming some modern legal institutions. The reason is simple: these companies are run by publicly inefficient incentives structures, and not merely by unethical persons who could be convinced to act (read manage) differently. In essence, these companies do what they do because their CEOs are tied too tightly to the mast of profit maximization as a direct result of the incentives structure in modern corporate law (the corporate form itself) and financial markets.

#### IV. Public interest coalitions

45. Nowadays, global policymaking occurs through nodes of closely connected actors in a diversity of networks<sup>34</sup>. In the world of “nodal governance”, both public interest and private interest coalitions battle in multiple fora, without equal footing, to regulate critical public issues such as access to medicines<sup>35</sup>.

46. Fortunately, transnational advocacy networks have an essential role to play here<sup>36</sup>, as direct result of the growing research and legally-oriented function of NGOs in global politics<sup>37</sup>. As Shaffer suggests, developing countries could critically enhance their prospects of success with regard to access to medicines if they worked together with US and European constituencies such as NGOs<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> See K. ALTER and S. MEUNIER, “The Politics of International Regime Complexity” / *Perspectives on Politics* (2009): 13-24.

<sup>33</sup> See *Public Health, Innovation...* op.cit, paragraph 4.16, p.181.

<sup>34</sup> P. DRAHOS “Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: a Nodal Governance Approach”, 77 *Temple Law Review* 2004: 401-424.

<sup>35</sup> See S. BURRIS, P. DRAHOS and C. SHEARING, “Nodal Governance”, 30 *Australian Journal of Legal Philosophy* (2005): 30-58.

<sup>36</sup> On the use of law for empowering and legitimating transnational advocacy networks see SIKKINK, K. “Transnational Advocacy Networks and the Social Construction of Legal Rules” *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Y. Dezalay and B. Garth (Eds.), The University of Michigan Press, 2002, pp.37-64.

<sup>37</sup> See generally M. KECK, and K. SIKKINK, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, 1998.

<sup>38</sup> G. SHAFFER, “Recognizing public goods in WTO Dispute Settlement: Who participates? Who Decides? The case of TRIPs and pharmaceutical patent protection”, 7 *Journal of International Economic Law* (2004): 479–80.

47. In fact, global campaigns had a major impact on the WTO decision-making processes regarding both the 2001 Doha Declaration<sup>39</sup>. The policy momentum would certainly not have been reached without global campaigns such as the so-called *PMA case* in South Africa<sup>40</sup>. These and other events provided the window of opportunity for developing countries and civil society to obtain the first special session of the TRIPs Council to discuss health-related TRIPs issues in April 2001. The rest is already part of modern world history (i.e: 2001 Doha Declaration)<sup>41</sup>.

48. The 2001 Doha Declaration on public health is, as Drahos refers to it, ‘a case of a weak coalition making a gain that an observer would not have predicted given the power resources of the US-led coalition’<sup>42</sup>. In the brave new world of TRIPs+ schemes, however, developing countries/NGOs coalitions are forced to take action in multiple battlefields almost daily: the ongoing cycle of action and reaction with regard to global IP standard setting takes place in a wide variety of fora<sup>43</sup>.

49. Since early 1980s, advocates seeking to ratchet up IP protection have shifted fora both vertically and horizontally to achieve their goals. They have shifted vertically, from multilateral to regional to bilateral levels, and they have shifted horizontally across diverse international organizations<sup>44</sup>.

50. As Sell suggests, international politics are far messier than is generally assumed<sup>45</sup>. In fact, the game is never over, as all actors involved continuously cycle through fora to find one at a moment in time where their power will be optimized<sup>46</sup>. In the words of Chorev, institutions have interactive effects in any given policy space<sup>47</sup>: as a result, the repositioning of one piece in one of those institutions (i.e: adoption of a rule) may result in the repositioning of more pieces in other institutions. This phenomenon has been also defined as “chessboard politics”<sup>48</sup>.

51. Securing pro-health law and policy at global scale is directly dependent on the relative efficiency of the strategies deployed by developing countries/NGOs coalitions.

52. Susan Sell employs an illustrative “cat and mouse” metaphor to explain the arena in which public interest coalitions struggle for success today: in the 1980s, IP advocates (the “cat”) made the first move moving “trade-related” intellectual property from WIPO into the GATT regime. However, once the Developing countries/NGOs coalition (the “mouse”) mobilized in the WTO, IP advocates (the “cat”) moved again to TRIPs+ bilateral and regional treaties, the Anti-counterfeiting Trade Agreement (ACTA) or a Substantive Patent Law Treaty (SPLT). The “mouse” is nowadays certainly trying to chase the “cat” out of the WTO<sup>49</sup>.

<sup>39</sup> See, for example, R. MAYNE, ‘The Global Campaign on Patents and Access to Medicines: An Oxfam Perspective’ in Peter Drahos and Ruth Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, Palgrave Macmillan (2002): 244-259.

<sup>40</sup> See *The Pharmaceutical Manufacturers’ Association of South Africa and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Case no. 4183/98, High Court of South Africa (Transvaal Provincial Division).

<sup>41</sup> On the impact of events such as the PMA case see S. K. SELL, “TRIPs and the Access to Medicines Campaign” 20 *Wisconsin International Law Journal* (2001–2002): 511

<sup>42</sup> P. DRAHOS “Four lessons for developing countries from the trade negotiations over access to medicines” 28 *Liverpool Law Review* (2007): 11-39.

<sup>43</sup> See F. ABBOTT, “The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health” Pedro Roffe, Geoff Tansey and David Vivas-Eugui (Eds.), *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, Routledge, 2006, p.31.

<sup>44</sup> See S. SELL, “Cat and Mouse: Forum shifting in the battle over intellectual property rules and enforcement”, Paper presented the *International Studies Association Montreal*, March 16-19th, 2011.

<sup>45</sup> S. SELL, “Cat and Mouse... op.cit, p.31.

<sup>46</sup> P. DRAHOS, “Four lessons ... op.cit, p.33.

<sup>47</sup> N. CHOREV, “Political and Institutional Manoeuvres in International Trade Negotiations: The United States and the Doha Development Round” in Wolfgang Blaas and Joachim Becker (Eds.), *Strategic Arena Switching in International Trade Negotiations*, Ashgate, 2007, pp.33-34.

<sup>48</sup> K. ALTER and S. MEUNIER “The International Politics of Regime Complexity”, 7 *Perspectives on Politics* (2009): 13-24.

<sup>49</sup> S. SELL, “Cat and Mouse... op.cit, p.30.

**53.** The ongoing global battles over generic medicines are taking place in parallel on multiple fronts, both in and outside the WTO. Under this scenario, public interest coalitions need to adopt a longitudinal, broad perspective of multiple moving parts on global IP negotiations<sup>50</sup>. Otherwise, as Drahos suggests, these coalitions risk winning battles (2001 Doha Declaration) yet finally losing the war<sup>51</sup>.

**54.** In this sense, as resources are limited on their side, it would be reasonable to argue that public interest coalitions should consider forming a coalition to veto the continuous ratcheting up of IP standards<sup>52</sup>. A veto coalition on TRIPS+ schemes should certainly fight the major battle in the corridors of the William Rappard building in Geneva, speaking the language of WTO law and TRIPS flexibilities.

**55.** Interestingly, in May 2006, ten South American Ministers of Health (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela) adopted *the Declaration of Ministers of South America over Intellectual Property, Access to Medicines, and Public Health* to establish a united position against TRIPS+ schemes...

**56.** In this regard, an efficient and reasonable strategy for the developing countries/ NGOs coalition, in order to avoid battling continuously on every front (to finally lose the war), would be to obtain a formal WTO Declaration confirming that TRIPS flexibilities constitute a legal ceiling with regard to pharmaceutical protection in the developing world.

**57.** Promoting a new Declaration on TRIPS as a legal ceiling for pharmaceutical patent protection would be a major move, complementing the historic 2001 Doha Declaration on public health. In addition, such a critical initiative could provide some extra leverage towards the final completion of the Doha Development Round. Alternatively in any case, multiple global institutions with concurring competences in this sensitive social area are already available to promote a similar legal solution.

---

<sup>50</sup> P. DRAHOS, "Four lessons ... op.cit, pp.35-37.

<sup>51</sup> P. DRAHOS, "Winning Battles, Losing the War: Lessons for the Weak from the Negotiations over the Doha Declaration on TRIPS and Public Health", paper presented at *Trade Negotiation and Developing Countries: The Doha Round, International Workshop*, Griffith University, August 12-13, 2005.

<sup>52</sup> See P. DRAHOS and J. BRAITHWAITE, *Information Feudalism...* op.cit. pp.204-205 and pp.208-209.

VARIA

ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS Y *FORUM DELICTI COMMISSI*. ¿GALGOS O PODENCOS?: LA LITISPENDENCIA  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
(SALA PRIMERA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2012.  
*FOLIEN FISCHER AG Y FOFITEC AG CONTRA RITRAMA SPA*

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES  
*Catedrática de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Extremadura*

Recibido: 17.01.2013 / Aceptado: 22.01.2013

**Resumen:** La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, en el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y AG contra Ritrama SpA* establece la aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento 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 a las llamadas acciones declarativa negativas (*negatives Feststellungsklage*, en la terminología alemana).

**Palabras clave:** acción declarativa negativa, foro del lugar del daño, acción torpedo, litispendencia, objeto del litigio.

**Abstract:** The Court of Justice of the European Union decided that a court may base its jurisdiction in respect of an action for a negative declaration in matters relating to tort, delict or quasi-delict on Article 5(3) of the Brussels I Regulation (ECJ 25 October 2012, C-133/11). According to the Court, if the relevant elements in the action for a negative declaration can show a connection with the State in which the damage occurred or in which the causal event giving rise to that damage took place (or, in the case of a potential tort or delict, the State in which the damage may occur).

**Key words:** negative declaratory action, forum delicti commissi, torpedo action, lis pendens, object of the proceeding.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Antecedentes. 2. La cuestión prejudicial. 3. Las Conclusiones del Abogado General. 4. La decisión del TJUE. II. La acción declarativa negativa ¿es una acción torpedo? 1. El objeto de la acción declarativa negativa. 2. Acción declarativa negativa y acción torpedo. III. Conclusiones.

## I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012, en el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG y AG contra Ritrama SpA* (en lo sucesivo STJUE *Fofitec*)<sup>1</sup> establece la aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3 del Reglamento 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 a las llamadas acciones declarativa negativas (*nega-*

<sup>1</sup> Todavía no publicada, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=131552&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=281126>.



*tives Feststellungsklage*, en la terminología alemana; en el Derecho anglosajón *declaratory judgements*, *action en constatation négative* en Francia y en Italia *azione di mero accertamento*). La cuestión había merecido respuestas dispares en sentencias pronunciadas tanto por diferentes tribunales de algún Estado miembro como de distintos Estados miembros<sup>2</sup>.

2. Debate jurisprudencial acompañado de amplia polémica doctrinal, si bien la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en el sentido de incluir las acciones declarativas negativas en el ámbito material de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001<sup>3</sup>. La discusión se ha centrado en dos aspectos esenciales. En primer lugar, el entendimiento de la naturaleza de las acciones declarativas negativas, pues dependiendo de su consideración como acción de responsabilidad extracontractual o no, la respuesta sobre su inclusión en el ámbito material de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 sería afirmativa o negativa. Desde esta perspectiva, se analiza la noción de materia extracontractual, cuya interpretación autónoma ha generado una rica jurisprudencia del TJUE a partir de la sentencia *Kalfelis*<sup>4</sup>, por la que se perfila para los supuestos en que la demanda se dirija a exigir la responsabilidad de del demandado que no resulte de una relación contractual; doctrina seguida en las sentencias *Reichert*, *Réunionn européenne*, *Handke*, *Tacconi*, *Henkel* y *Frahuil*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sin ánimo exhaustivo, vid., en favor de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001<sup>a</sup> las acciones declarativas negativas, sentencias dictadas en Alemania por el Oberlandesgericht de Düsseldorf el 12 de mayo de 2005 (I-2 U 67/03, nº 34, [www.juris.de](http://www.juris.de)) y el Landgericht de Francfort el 25 de marzo de 2010 (2-03 O 580/08, 2/03 O 580/08, 2/3 O 580/08, 2-3 O 580/08, [www.juris.de](http://www.juris.de)); en los Países Bajos, por el Rechtbank de Breda el 29 de junio de 2011, *Mivena/Geogreen c.s.* (LJN: BR0157); en el Reino Unido, por la High Court of Justice (England & Wales) – Queen’s Bench Division (Commercial Court), *Equitas Ltd and another v Wave City Shipping Co Ltd and others*, LJ (2005) EWHC 923 (Comm); en Italia por la Corte suprema di Cassazione el 17 de octubre de 2002 (n. 14769, *Riv. dir. inter.*, 2003, p. 238) y el Tribunale di Brescia el 11 de noviembre de 1999 (*Riv. Dir. Ind.*, II, p. 236). Vid. también las sentencias del Tribunal federal suizo de 2 de agosto de 1999 (ATF 125 III 346); de 23 de octubre de 2006, *G. GmbH/A. AG und B. AG* (4C.210/2006, ATF 132 III 778), de 23 de octubre de 2006, *F. AG/G. GmbH* (4C.208/2006/len), y de 13 de marzo de 2007 (ATF 133 III 282). Sentencias disponibles en la página del Tribunal de Justicia (<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/tableau/tableau.htm>), en el apartado «*Information au titre du protocole n° 2 annexé à la Convention de Lugano*», respectivamente, con los nºs 2000/19, 2007/14, 2008/19 y 2008/20. Resoluciones en contra de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001, en Alemania, vid. Sentencias del Landgericht de Munich de 23 de octubre de 2008 (7 O 17209/07, [www.juris.de](http://www.juris.de)) y del Oberlandesgericht Dresden el 28 de julio de 2009 (14 U 1008/08, [www.juris.de](http://www.juris.de)). Con respecto al foro de competencia similar contenido en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, véase, en Alemania, la sentencia del Oberlandesgericht de Munich de 25 de octubre de 2001 (6 U 5508/00, [www.juris.de](http://www.juris.de)); en los Países Bajos, las sentencias del Gerechtshof’s-Gravenhage de 22 de enero de 1998, *Evans/Chiron* (IEPT19980122), y del Rechtbank’s-Gravenhage de 19 de junio de 2002, *Freelift/Stannah Stairlifts* (NiPR 2002, Afl. 4, nr. 279), y, en Italia, la resolución del Tribunale de Bolonia de 22 de septiembre de 1998 (*Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 754), y las sentencias de la Corte d’appello de Milán de 2 de marzo de 2004 (*Dir. ind.*, 2004, p. 431) y de la Corte suprema di Cassazione de 19 de diciembre de 2003 (n. 19550, *Riv. Dir. Ind.*, 2005, II, p. 162).

<sup>3</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Comentario al artículo 5.3», en A.L. CALVO CARAVACA (Dir.) Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Madrid, 1994, pp. 119-130, p. 126.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II, 2008, pp. 12 y s.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. II, Granada 2012, p. 825; A. LÓPEZ – TARRUELLA MARTÍNEZ, Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, Madrid, 2008, pp. 100 y ss. ; P. A. DE MIGUEL ASENSIO: «Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition between Jurisdictions», *AIDA*, vol. XVI, 2007, pp. 105-154. pp. 121 y s.; C. ORÓ MARTÍNEZ, «Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3º del Reglamento Bruselas I», *AEDIPR*, t XI, 2011, pp-185-206, p. 205; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional, 2007, p. 189; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 7º edic., 2002, p. 153; S. LEIBLE, «Besondere Zuständigkeiten» en TH. RAUSCHER (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kolissionsrecht EuZPR/EuPR Kommentar*, 2011, p.265. En contra, T. BALLARINO, *P. Diritto internazionale privato*, 7ª edic., 2011, p. 29; D. BUREAU/H. MUIR-WATT, *Droit International privé, t. II, Partie spéciale*, 2ª edic., 2010, p. 380; P. DE CESARI: *Diritto internazionale privato dell’Unione Europea*, 2011, p. 93.

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Athanasios Kalfelis* contra *Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1988, pp. 5579 y ss.

<sup>5</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1992, C-261/90, *Mario Reichert, Hans-Heinz reichert e Igeborg Kockler* contra *Dresdner Bank A.G.*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1992, pp. I-02149 y ss.; de 17 de junio de 1992, C-26/91, *Handte*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1992, pp. I-3967 y ss.; de 27 de octubre de 1998. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros* contra *Splithoff’s Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, *Recopilación de Jurisprudencia* 1998, pp. I – 6534 y ss.; de 17 de septiembre de 2002, C-334/00, *Tacconi*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2002, pp. I-7357 y ss.; de 1 de octubre de 2002, C-167/00, *Henkel*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2002. pp. I-8111 y ss.; de 5 de febrero de 2004, C-265/02, *Frahuil SA* contra *Assitalia SpA*, *Recopilación de Jurisprudencia* 2004, pp. I -1547 y ss.

3. Partiendo de esta definición, los esfuerzos doctrinales tendentes a exigir la presencia de un elemento negativo –relación no contractual- y un elemento positivo- exigencia de responsabilidad-, para concluir que las acciones declarativas negativas no están incluidas en el ámbito de aplicación material del art. 5.3, se han encontrado con serias dificultades lógico-sistemáticas. En efecto, como señalan CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>6</sup>, en la amplitud de la que la jurisprudencia del TJUE ha dotado a la noción «material delictual o cuasi delictual», reside que su identificación sólo puede hacerse a partir del elemento negativo. Es decir será extracontractual toda obligación que no pueda ser calificada como contractual; noción que los autores coherentemente aplican para precisar el concepto de obligaciones extracontractuales en el ámbito del Reglamento Roma II<sup>7</sup>.

4. En segundo, lugar el debate ha girado sobre el presupuesto del foro del lugar del hecho dañoso que exige una estrecha vinculación, una especial proximidad entre el juez y el litigio, concluyendo que dado que en las acciones declarativas negativas el litigio versa sobre la inexistencia del daño o de la responsabilidad, no se cumpliría dicho presupuesto y por lo tanto no sería de aplicación el art. 5.3 del Reglamento 44/2001. Argumento doblemente infundado pues desprecia el objeto del litigio: declaración de no existencia del daño, que es el único criterio a tener en cuenta para aplicar los foros especiales por razón de la materia.

5. De una primera lectura de la STJUE *Fofitec* resulta, a nuestro juicio, una valoración positiva. No sólo porque resuelve las contradicciones puestas de manifiesto en la jurisprudencia de distintos Estados miembros y zanja el debate doctrinal, sino también porque perfila el *forum delicti commissi*. Además, merita una valoración positiva porque modela coherentemente el alcance unificador de las reglas de competencia judicial internacional, marcando el *limes* de la autonomía procedimental de los Estados miembros frente a estas reglas<sup>8</sup>. Y, sobre todo, encauza principios bien intencionados, aunque no siempre suficientemente justificados, que ponen el acento en las necesidades de protección de las víctimas. Sin embargo, no aporta nada nuevo en orden al problema, si es que a estas alturas merece que se considere un problema, al menos desde el punto de vista dogmático, que late tras el procedimiento que dio origen a la cuestión prejudicial y que, como ha señalado CARRASCOSA GONZÁLEZ, no es otro que el de las acciones torpedo<sup>9</sup>, o si se prefiere el de la aplicación mecánica de la regla de la litispendencia.

## 1. Antecedentes

6. Para comprender mejor el alcance de la STJUE *Fofitec* conviene tener presente los hechos que dieron pie al procedimiento que fundamenta el planteamiento de la cuestión prejudicial. Extractados de la resolución del *Bundesgerichtshof* por la que se plantea la cuestión prejudicial, de la Sentencia y de las Conclusiones presentadas por el Abogado General JÄÄSKINEN, se resumen en lo siguiente. Un grupo suizo tiene una sociedad, *Fofitec*, que es titular de varias patentes para el desarrollo y fabricación de productos de papel plastificado y laminas plásticas y otra sociedad, *Folien Fischer*, que comercializa, particularmente en Alemania, material de soporte para formularios de tarjetas en rollo continuo. Una sociedad italiana, *Ritrama SpA*, que desarrolla, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos, en marzo de 2007 se dirigió extrajudicialmente a las sociedades anteriormente mencionada instándolas a abandonar la política de distribución de *Folien Fischer*, por ser contrarias al Derecho

<sup>6</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II, op. Cit.*, p. 12.

<sup>7</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, cit. , pp. 853 y s.

<sup>8</sup> Conclusiones presentadas por el ABOGADO GENERAL JÄÄSKINEN, accesibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121721&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=281126> , nº 42: «... los requisitos de su admisibilidad (de la acción declarativa negativa) ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vienen definidos por las normas procesales nacionales. En este sentido, deseo señalar que los planteamientos nacionales difieren pero que, en general, la posibilidad de recurrir a la acción declarativa negativa está sometida a requisitos relativos al objeto de dicha acción y al interés jurídico o el interés del demandante en ejercitar la acción para ejercer esta forma de protección jurídica».

<sup>9</sup> <http://www.plataformamillennium.com/e-76-2-asunto-c-133-11-folien-fischer-ag-ag-fofitec-vs-ritrama-spa-25-octubre-2012>

de la competencia y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes. Tras dicho reclamación, *Folien Fischer* y *Fofitec* ejercitaron ante el *Landgericht* de Hamburgo una acción declarativa negativa al objeto de que se declarara que *Folien Fischer* no está obligada a abandonar sus prácticas comerciales en lo relativo a los descuentos y el contenido de los contratos de distribución y, por otra parte, que *Ritrama SpA* no tiene derecho a exigir su cese ni a reclamar una indemnización. Asimismo, solicitaron que se declarase que *Fofitec* no está obligada a otorgar ninguna licencia sobre las patentes europeas de las que es titular. Tras la interposición de esa acción declarativa negativa, *Ritrama SpA* y *Ritrama AG*, filial domiciliada en Suiza, a través de la cual la primera comercializa sus productos, en Alemania, promovieron una acción ejecutoria ante el *Tribunale* de Milán solicitando que se condenase a *Fofitec* a conceder licencias sobre las patentes en cuestión, señalando que la conducta de *Folien Fischer* y *Fofitec* es contraria al Derecho de la competencia y solicitando indemnización por daños y perjuicios.

7. El *Landgericht* de Hamburgo, mediante resolución de 9 de mayo de 2008, resolvió que carecía de competencia internacional declarando inadmisibles las acciones declarativas negativas interpuestas por *Folien Fischer* y *Fofitec*. El 14 de enero de 2010, el *Oberlandesgericht* de Hamburgo confirmó dicha decisión en apelación al no admitir la competencia internacional de los tribunales alemanes, basándose en que la competencia en materia delictual prevista en el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 no comprende una acción declarativa negativa, puesto que esa acción pretende precisamente establecer que en Alemania no se ha cometido ningún acto ilícito. Contra dicha sentencia *Folien Fischer* y *Fofitec* recurrieron ante el *Bundesgerichtshof* (BGH, en lo sucesivo) que planteó al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial que se resuelve en la sentencia que comentamos. *Folien Fischer* y *Fofitec*, *Ritrama SpA*, los Gobiernos alemán, francés, neerlandés, polaco y portugués y el Gobierno suizo, formularon observaciones escritas al Tribunal de Justicia. El Presidente del Tribunal de Justicia, mediante decisión de 19 de julio de 2011, rechazó las observaciones escritas de la Comisión, presentadas fuera de plazo.

## 2. La cuestión prejudicial

8. La resolución del BGH de 1 de febrero de 2011<sup>10</sup> por la que plantea la petición de decisión prejudicial al TJUE en demanda de interpretación, precisando que se inclinaba a aplicar el artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001 a una acción declarativa negativa, constituye un ejemplo de rigor que merita nuestra atención. Si bien la publicación oficial<sup>11</sup> se limita a recoger escuetamente la principal interrogante: «¿Debe interpretarse el artículo 5, número 3, del Reglamento [nº 44/2001] en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual también comprende una acción declarativa negativa [«negative Feststellungsklage»] mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado en un determinado contexto no le corresponde ninguna acción derivada del hecho ilícito (en el caso de autos, infracción del Derecho de la competencia)?», el BGH se detiene en planteamientos que resultan de gran interés.

9. En primer lugar, el BGH se preocupa de sentar la aplicabilidad de las reglas de competencia judicial del Reglamento 44/2001 en razón del domicilio en un Estado miembro de la sociedad demandada, subrayando la irrelevancia del domicilio en Suiza de las demandantes<sup>12</sup>. Seguidamente afronta la singularidad derivada de la inversión de roles que se produce en las *negative Feststellungsklagen*, subrayando que carece de trascendencia a la hora de delimitar quién sea el actor y quién el demandado, pues se trata de una cuestión de naturaleza procesal predeterminada por el ejercicio del derecho a la ac-

<sup>10</sup> Accesible en <http://lexetius.com/2011,637>

<sup>11</sup> Vid. Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de julio de 2011, C 204/12.

<sup>12</sup> BGH, BESCH. 1.02.2011, KZR 8/2010, FJ 8: *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestimmt sich vorliegend nach der Verordnung, weil die Beklagte ihren Geschäftssitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hat (Art. 2 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1 EuGVVO). Dass die Klägerinnen nicht in einem Mitgliedstaat, sondern in der Schweiz ansässig sind, ändert hieran nichts (EuGH, Urteil vom 1. März 2005 - C-281/02, Slg. 2005, I-1383 = RIW 2005, 292 Rn. 23 ff. - Andrew Owusu; Urteil vom 13. Juli 2000 - C 412/98, Slg. 2000, I-5925 = NJW 2000, 3121 Rn. 33 ff. - Group Josi).*

ción e independiente de la relación jurídico material subyacente<sup>13</sup>. Determinada la estructura normativa aplicable en función del domicilio del demandado, el BGH centra la cuestión en la precisión del alcance *rationae materiae* del foro del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, recordando la doctrina del TJUE a cerca de la calificación autónoma de la noción de materia delictual o cuasi-delictual, comprensiva de todas las acciones por las que se dirime una responsabilidad que no resulta de un contrato, noción que a su vez también debe calificarse de manera autónoma. Subraya, no obstante, que el TJUE no se ha pronunciado acerca de la aplicación del art. 5.3 del reglamento 44/2001 al supuesto en que el presumible autor del daño ejercita una acción declarativa por la que solicita que se declare que a la presumible víctima no puede reconocérsele ninguna pretensión derivada de una posible responsabilidad extracontractual. Que la respuesta no es obvia se pone claramente de manifiesto a la vista de las contradicciones existentes en la jurisprudencia de distintos Estados miembros y las posiciones doctrinales divergentes, unas y otras ilustrativamente enumeradas<sup>14</sup>.

**10.** En este contexto, acomete el planteamiento de la cuestión prejudicial tras fijar su posición explicando las razones por las que considera que el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 resulta aplicable a una acción declarativa negativa como la planteada por las demandantes. Razones que se fundan en primer lugar en un argumento de interpretación literal, pues en estas acciones el objeto del proceso se funda en una responsabilidad extracontractual y, en segundo, en un argumento teleológico, pues el objetivo del *forum delicti commissi* como reiteradamente ha subrayado la jurisprudencia del TJUE reside en garantizar la proximidad entre el tribunal que conoce del litigio y los hechos enjuiciados en aras de una buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso. Objetivos que no se ven cuestionados por el hecho de que sea el potencial causante del daño quien ejercite la acción ante un tribunal que indubitadamente resultaría internacionalmente competente caso de que fuese la víctima quien plantease la demanda. Consciente de que con ello se adentra en el pantanoso terreno de la multiplicación de foros, afirma el BGH que esta hipótesis resulta asumible pues se trata de reconocer al actor-causante del daño las mismas posibilidades que a la víctima<sup>15</sup>. Reconocimiento que, con invocación de la doctrina contenida en la STJUE de 1 de octubre de 2002, C-167/2000, *Henkel*, a juicio del BGH resulta justificado pues el principio de proximidad del juez al litigio que revela el foro del lugar donde el hecho dañoso se ha producido, se puede producir o amenaza con producirse, no depende ni de la posición de las partes en el proceso ni del tipo de acción ejercitada. Considera el BGH que la posibilidad de que se produzca un abuso derivado de una finalidad dilatoria por parte de las demandantes no pone en entredicho la interpretación de una de las disposiciones del Reglamento, tal como resulta de su tenor literal y de su finalidad<sup>16</sup>. En cuanto a la multiplicación de foros derivada de la disociación entre el lugar del hecho y el lugar el resultado dañoso, no es razón que pueda esgrimirse ya que se trata de una facultad de elección de la que dispone la potencial víctima, que no responde a un designio de especial protección de sus intereses en el proceso sino al principio de proximidad del juez a los hechos enjuiciados. Por lo que dicha facultad se extiende al potencial causante del daño.

**11.** Sentado ello, el BGH se confronta con la determinación del lugar donde se produce el hecho dañoso, subrayando que en el litigio la conducta de las demandantes que constituye el objeto de la acción, también se concreta en Alemania, en cuyo mercado compiten las partes en el procedimiento y donde pudieran desplegar sus efectos las conductas anticoncurrenciales que se imputan a *Folien Fischer* respecto de su política de precios y a *Fofitec* en cuanto a su negativa a licenciar sus patentes. Concluye el BGH que la aplicación de los principios del Derecho europeo de la competencia para determinar el lugar del hecho dañoso, en armonía con los principios que inspiran las soluciones del Reglamento Roma II, fundamenta que en Alemania se ha producido el hecho dañoso.

<sup>13</sup> *Ibidem*, FJ 9.

<sup>14</sup> *Ibidem*, FJ 11 y s.

<sup>15</sup> *Ibidem*, FJ 17

<sup>16</sup> *Ibidem*, FJ 19

### 3. Las conclusiones del Abogado General

12. Todo el razonamiento en que se sustentan las Conclusiones del Abogado General se orienta a justificar su propuesta en el sentido de excluir del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a las acciones declarativas negativas. De tal modo que entiende que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual. Argumenta, en primer lugar sobre la interpretación literal del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 señalando que esta acción no persigue «exigir la responsabilidad del demandado» y, por tanto, debe quedar sometida al foro general del domicilio del demandado. No entiende el A. G. JÄÄSKINEN cual es el verdadero objeto de la acción, al afirmar que: «*La acción negativa persigue una declaración, en Derecho privado, que en mi opinión implica necesariamente que el vínculo de conexión, en el Derecho procesal internacional, no existe. En efecto, podría imaginarse un supuesto particular en el que el demandante admitiera la existencia de un perjuicio sufrido por el demandado, pero solicitara la declaración negativa de que no es responsable de dicho perjuicio, por ejemplo porque el acto cometido no fuera ilícito o porque no existiera relación de causalidad entre el acto enjuiciado y el perjuicio alegado. Sin embargo, incluso en este supuesto, la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001 a semejante acción declarativa negativa no me parece compatible con la jurisprudencia recogida en la sentencia Tacconi, antes citada, puesto que en este caso la demanda no persigue «exigir la responsabilidad del demandado» y, por tanto, no depende, en mi opinión, de esta disposición especial, sino de la regla de competencia general relativa al domicilio del demandado*»<sup>17</sup>. En cuanto a la finalidad de la regla especial que consagra el *forum delicti commissi*, realiza un giro difícil de explicar para concluir que la identificación de un nexo «particularmente estrecho» entre el litigio y el órgano jurisdiccional del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso, no es posible si lo que se ejercita es una acción declarativa negativa. A nuestro juicio, se trata de una petición de principio que, además, entra en clara contradicción con la literalidad del art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

13. En cuanto a la interpretación sistemática, tras reconocer que el TJUE en la sentencia *Tatry* estimó que existía una identidad de causa y objeto entre una demanda que tiene por objeto la indemnización de un perjuicio y una demanda que tiene por objeto que se declare que no se produjo dicho perjuicio, considera que esta jurisprudencia no supone un óbice para propugnar una interpretación restrictiva del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. Finalmente, advierte de las consecuencias prácticas de una interpretación extensiva del *forum delicti commissi*: «*Admito que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una parte puede «torpedear» o «entorpecer» la acción de la otra, al beneficiarse de una excepción de litispendencia en virtud de una aplicación extensiva del artículo 21 del Convenio. Sin embargo, admitir que una acción declarativa negativa en materia delictual pueda basarse en el foro especial de competencia previsto por el artículo 5, número 3 del Reglamento n° 44/2001 podría, en mi opinión, aumentar el riesgo de acciones de entorpecimiento, al ofrecer a los autores de hechos dañosos potenciales la opción de acudir a un órgano jurisdiccional distinto del lugar del domicilio del demandado*»<sup>18</sup>. Por fin aparece la verdadera razón, no suficientemente razonada ni debidamente explicada.

### 4. La decisión del TJUE

14. Desatendiendo la propuesta del Abogado General, como ya se ha señalado, el TJUE afirma que el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Las razones con que justifica una decisión de gran trascendencia son, sin embargo, escuetas. Respecto del tenor literal, considera que la expresión «en materia delictual o cuasidelictual» no permite excluir *ipso facto* a una acción declarativa

<sup>17</sup> Considerando 50

<sup>18</sup> Considerando 70

negativa<sup>19</sup>. Y en cuanto a los objetivos de la regla, recuerda que se fundamenta en una vinculación particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso. Recuerda también que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño. De modo que, a elección del demandante, la acción puede ejercitarse ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares. Y pese a la particularidad de una acción declarativa negativa, puesto que el demandante es el deudor potencial de un derecho de crédito derivado de un acto ilícito mientras que el demandado es la presunta víctima de dicho acto ilícito, tal inversión de los papeles no es suficiente para excluir a una acción declarativa negativa del ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001. Finalmente resalta que esta disposición no persigue el mismo objetivo que las reglas de competencia judicial contenidas en las secciones 3 a 5 del Capítulo II del mismo Reglamento y destinadas a ofrecer a la parte más débil una protección reforzada. En consecuencia, la aplicación del artículo 5.3, no requiere que sea la presunta víctima quien ejercite la acción.

15. Finalmente, el TJUE señala que, en el momento de verificar la competencia internacional, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda no examina la admisibilidad ni la procedencia de la acción declarativa negativa a la luz de las normas del Derecho nacional, sino que se limita a identificar los puntos de conexión con el Estado del foro que justifican su competencia en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento 44/2001. Expresión que subrayamos porque llama la atención la falta de precisión que lleva al TJUE a confundir dos nociones sustancialmente diferentes, como son las de punto de conexión y foro de competencia judicial. Pese a esa confusión, lo que resulta determinante en la Sentencia es que si los elementos relacionados con la acción declarativa negativa pueden justificar la vinculación con el Estado en el que o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos lugares podrá declarar válidamente su competencia para conocer de la mencionada acción. Competencia judicial que es independiente de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial de un derecho de crédito que tenga su fundamento en el acto ilícito<sup>20</sup>.

16. *Roma locuta causa finita*. Pero, *quid* de la multiplicidad de foros que justificarían la existencia de distintos Tribunales de distintos Estado miembros internacionalmente competentes? *Quid* de la carrera hasta los tribunales? *Quid* de las acciones torpedo? Silencio. El Tribunal no se pronuncia. Ni se hubiera podido pronunciar, atado como está a los claros precedentes sentados en las sentencias de 8 de diciembre de 1987, 144/86, *Gubisch v. Palumbo*, de 6 de diciembre 1994, C-406/92, *Tatry*, y de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *Gasser*.

## II. La acción declarativa negativa ¿es una acción torpedo?

### 1. El objeto de la acción declarativa negativa

17. En nuestro Ordenamiento, el art. art. 5 de la LEC sintetiza las clases de tutela que puedan prestar los jueces y tribunales. Más precisamente, sin que podamos detenernos aquí en precisar las nociones de tipos de tutela, acción y objeto de la acción, el precepto referido señala los posibles objetos de un proceso, asimilando el derecho a la acción con la pretensión de tutela. La consecuencia de esta asimilación es que sólo podrá ejercitarse una acción cuando la pretensión reclamada esté prevista en nuestro Ordenamiento. Aunque la enumeración del art. 5 LEC tiene una textura abierta a la posibilidad de otras pretensiones que puedan reconocerse legalmente, recoge la clasificación de las pretensiones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia bajo la vigencia de la LEC de 1881. A los efectos que aquí interesan, la LEC prevé la existencia de pretensiones meramente declarativas, que tienen por objeto conseguir que

<sup>19</sup> FJ, 36

<sup>20</sup> FF. JJ. 49 a 53.

el juez dicte un pronunciamiento en el que se declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho o de una concreta relación jurídica, con el fin de lograr certeza frente a situaciones jurídicamente controvertidas. Lo que incluye la posibilidad de plantear pretensiones meramente declarativas de naturaleza negativa. Es decir, aquellas en las que se solicita del juez que declare la inexistencia de un derecho o relación jurídica, a pesar de que el art. 5 LEC expresamente sólo recoja la posibilidad de pretensiones declarativas de naturaleza positiva<sup>21</sup>.

**18.** Aunque dictada en el ámbito laboral, resulta pertinente recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que como ha declarado en la Sentencia 210/1992 de Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 30 de Noviembre de 1992, con cita de las sentencias anteriores, no puede ponerse en duda la admisibilidad de las acciones meramente declarativas puesto que si el art. 24.1 C.E. impone que cualquier derecho subjetivo o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, no puede entenderse admisible la exclusión de las acciones meramente declarativas -en el orden laboral-, pues ello significaría una injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva. Naturalmente, negar la proscripción de las acciones laborales meramente declarativas no supone su admisibilidad incondicionada. La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela Y señala el TC que «*La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva*».

**19.** La acción declarativa negativa no puede confundirse con el derecho subjetivo ni con las facultades resultantes del mismo, con ella no se ejercita un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter conforme a ley de un acto, negocio o relación jurídica. Este carácter meramente declarativo de la acción, tiene importantes consecuencias prácticas, pues no requiere que se haya perjudicado al actor, ni depende de la voluntad del protegido. En España, en el ámbito civil, la acción declarativa se admite hoy pacíficamente en la doctrina, principalmente, a partir de las SSTS de 21 febrero de 1944; 22 de septiembre de 1944 y 31 octubre de 1952, sin que a pesar de ello, exista en realidad base legal directa para fundamental tal tipo o modalidad de acción, si bien implícitamente la acción declarativa está reconocida y aceptada en el deber de adecuación judicial con las pretensiones de las partes, deber que garantiza el art. 359 LEC. Prescindiendo de los antecedentes legales e históricos de las acciones declarativas, como la acción *jactancia* contra una *turbatio verbis*<sup>22</sup>, que contemplaba, como es sabido las Partidas (III, 2, 46), la acción declarativa en la actualidad, tanto positiva como negativa, amplía su espectro a los más diferentes ámbitos, civil, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.

**20.** La tutela declarativa presupone una situación de incertidumbre objetivamente apreciable, en la que se discute su existencia o inexistencia o la conformación del derecho de un acto, negocio o relación jurídica. En toda acción declarativa negativa al solicitar del tribunal un pronunciamiento que se limita a constatar la existencia, inexistencia del acto o relación jurídica en cuestión, o que no es contrario a Derecho, se produce una inversión procesal de la relaciones *inter partes*. Así en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el demandante, eventual responsable civil, se previene de una posible reclamación por parte del hipotético dañado instando que se resuelva que su conducta no es responsable del mismo. Esta inversión de las partes en la relación procesal no es óbice para considerar que el objeto de esta acción coincide sustancialmente con el de la acción de responsabilidad que eventualmente pudiera plantear el

<sup>21</sup> Vid. M. P. CALDERÓN CUADRADO: *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia 2008, *passim*.

<sup>22</sup> Vid. V. FAIRÉN GUILLÉN: «La «acción de jactancia» como forma de «tutela anticipada» en el proceso civil: Su futuro», *Revista de derecho procesal*, Nº 2, 1998, pp. 271-302.

potencial dañado contra el hipotético causante del daño, si bien difiere de ella en cuanto a la limitación del *petitum*, que lógicamente no alcanzará a la indemnización por los perjuicios causados. En el supuesto de las acciones declarativa negativas de responsabilidad no se podrá otorgar una tutela de condena.

## 2. Acción declarativa negativa y acción torpedo

21. Desde principio de lo años noventa del siglo pasado se planteó agudamente el problema conocido como el *torpedo italiano* o el *torpedo belga*<sup>23</sup>. Además de Italia y Bélgica, las jurisdicciones de Grecia, Alemania y España han sido consideradas como idóneas para torpedear o, al menos, ralentizar un procedimiento, valiéndose del sistema distributivo y concurrente que articulan los foros de competencia judicial desde el Convenio de Bruselas, mediante tácticas procesales destinadas a ganar ventaja de una rápida actuación normalmente destinada a capturar el litigio en un tribunal determinado. Tácticas que han movido al esfuerzo dogmático para lograr el equilibrio entre los postulados federadores del sistema de competencia judicial internacional que nace con el Convenio de Bruselas y la carencia de medios para asegurar en la Unión Europea un estándar de tutela judicial efectiva no lastrada por procedimientos judiciales de una lentitud tal, que cuestionan la misma efectividad de la tutela judicial; una realidad de la que puede servirse el actor que actúa con mayor celeridad<sup>24</sup>.

22. En la galaxia de las competencias concurrentes, fundadas en el foro general del domicilio del demandado y en los foros especiales por razón de la materia, la constelación de las acciones torpedos dibuja una figura de perfiles confusos, que no deja ver los límites entre el derecho a la acción y el abuso de ese derecho. Ahora bien, esa línea difusa en ningún caso justifica enajenar las reglas de competencia judicial, cautivas de un razonamiento que sólo puede seguir el tribunal y resolver con un pronunciamiento sobre el fondo una vez fundada aquella y sustanciado el procedimiento. Como hemos indicado las acciones declarativas negativas se plantean en muy diferentes ámbitos. No obstante, los casos típicos de acciones con finalidad de torpedear la competencia judicial del tribunal normalmente competente se manifiestan en el ámbito de las acciones para la protección de los derechos inmateriales<sup>25</sup>, especialmente

<sup>23</sup> G., CUNIBERTI: «Action déclaratoire et droit judiciaire européen», *J.D.I.* 2004, pp.77-87; R. FENTIMAN: « Tactical declarations and the Brussels Convention », *C.L.J.* 1995, pp. 261-263; P. DE JONG: «The Belgian Torpedo: From Self-propelled Armament to Jaded Sandwich», *EIPR* 2005, pp.75-81; A. VON MEHREN, *The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens*, en J. BASEDOW/K. J. HOPT/H.KÖTZ (ed.) *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Berlín, 1998 pp.409 y ss.; M. PERTEGAS-SENDER: *Cross-border enforcement of patent rights*, Oxford, 2002, 3.182-3.188 and 4.81-4.152; TH. SIMONS: «Grenzüberschreitende Torpedoklagen». *Zur Praxis der Rechtshängigkeitsregel im*; P. SCHLOSSER: «Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation», *RCADI* 2000 t. 284, *europäischen Zivilprozessrecht*, *The European Legal Forum (D)* 5/6-2003, 289 – 291; P. WAUTELET: *Le droit au procès équitable et l'égalité des armes: le cas de la litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, en CAUPAIN /DE LEVAL, *L'efficacité de la justice civile en Europe*, París, 2000, pp.101-129; P. WIDMER/ B. MAURENBRECHER: « What's Negative about Negative Declaration? », en *The International Practice of Law – Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer* (N. P. VOGT et al., ed.), Basilea, Francfort, La Haya, Londres. Boston 1988, pp. 263.

<sup>24</sup> La más plausible y fundada explicación puede verse en. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 227 y ss. y pp. 250 y ss.

<sup>25</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO: «La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional», en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2008. Bilbao, pp. 365-446, pp. 70 y ss.; U. P., GRUBER: «Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozeß – Plädoyer für eine Neubewertung?», *Zeitschr. f. Zivilprozess* 2004, p. 133 y ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI: «*lis alibi pendens* and related actions in civil and commercial matters within the European judicial area», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11 (2009), pp. 511-564, pp. 531 y ss.; H., RÜSSMANN: «Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ», *IPRax* 1995, p. 76 ss., ID., «Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter Gemeineuropäischem Einfluß?», *Zeitschr. f. Zivilprozess* 1998, pp. 399 y ss, esp. p. 404 y s.; B., HEIDERHOFF: «Diskussionsbericht zu Streitgegenstandslehre und EuGH», *Zeitschr. f. Zivilprozess*, 1998, p. 455 y ss.; J. SUDEROW: «Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del derecho antitrust: forum shopping y «demandas torpedo», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 315-331; W. D., WALKER: «Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter Gemeineuropäischem Einfluß?», *Zeitschr. f. Zivilprozess*, 1998 p. 429-454, p. 437 y ss.;

M. WILDERSPIN, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *RCDIP* 2006, p. 777.



en el ámbito del Derecho de patentes y en el del Derecho de la competencia. En ambos casos pretenden dificultar las pretensiones indemnizatorias.

23. Como FRANZOSI supo poner de manifiesto con agudeza<sup>26</sup>, las acciones torpedo son aquellas por las que el potencial infractor de un derecho de patente, normalmente tras recibir una primera reclamación no judicial, presenta una demanda ante un tribunal de un Estado miembro (Italia y Bélgica fueron los primeros) reconocido por su extrema lentitud y premiosidad para reclamar que se declarase que su conducta no constituía una violación de la patente y, en muchos casos, solicitar la declaración de nulidad de la patente. El titular de la misma se veía así apresado en la jurisdicción elegida por el infractor, ante la aplicación ciega y automática de la regla *prior tempore* consagrada en el art 27 del Reglamento 44/2001.

24. Junto a estos casos, la acción declarativa negativa también permitiría al deudor frustrar las pretensiones de cobro del acreedor recurriendo a una jurisdicción lenta para solicitar una declaración de nulidad de su obligación de pagar, incluso a sabiendas de lo infundado de la competencia del tribunal elegido, jugando con la duración del procedimiento hasta que se declarase su incompetencia. Durante todo ese tiempo el acreedor no podría reclamar ante la jurisdicción competente.

25. En cualquiera de los supuestos, el elemento característico de la acción torpedo implica una intención fraudulenta, de abuso del principio de prioridad. Este elemento, nos sitúa en un escenario de clara permisividad del *forum shopping*<sup>27</sup>, en la medida en que los foros especiales por razón la materia son auténticos foros de ataque que permiten al actor diligente elegir el tribunal que conocerá de su demanda; una posición reforzada por el principio dispositivo que rige el procedimiento civil<sup>28</sup>. Y, pese a la contundencia con que se expresa la jurisprudencia del TJUE y la claridad con que se recoge en el Considerando 11 del Reglamento 44/2001, una consecuencia lógica de la pluralidad de jurisdicciones eventualmente competentes que el propio Reglamento consagra.

26. La intención fraudulenta es un elemento subjetivo cuya constatación plantea complejos problemas. Si la misma se basa en la sospecha de que el actor se ha decidido a demandar ante un determinado tribunal por su conocida lentitud, el TJUE ha establecido que no pueden establecerse excepciones a las disposiciones sobre litispendencia basadas en la duración de los procesos, subrayando que si así se hiciese se violentaría el principio de confianza mutua<sup>29</sup>. La valoración de la conducta del actor como abusiva o fraudulenta depende del supuesto de hecho sometido a la consideración del tribunal. La decisión acerca de si una acción que genera responsabilidad se ha producido o amenaza con producirse, tanto en el caso de una acción de indemnización como en el caso de una acción declarativa negativa, no es una cuestión relativa a la competencia judicial sino a la fundamentación de la demanda, a la admisibilidad de la acción, para cuya respuesta está especialmente habilitado el tribunal del lugar de la potencial acción causante de responsabilidad.

27. En supuestos internacionales la acción declarativa negativa genera aprensión y se considera bajo la perspectiva adversa de las anteriormente mencionadas acciones torpedo. Exponente de ello es la

<sup>26</sup> M. FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, *EIPR* 1997, p. 382-385, accessible en <http://www.franzosi.com/english/article/torpedo.htm>.

<sup>27</sup> Vid. A. S., BELL: *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford 2003, pp. 38 y ss.; J., KROPHOLLER: 'Das Unbehagen am forum shopping', en D. HENRICH, B. VON HOFFMANN (ED.): *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, ed. by, Munich 1985, pp. 165 y ss.; K., SIEHR: «Forum Shopping» im internationalen Rechtsverkehr», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1984, pp. 124 y ss.; F. K., JUENGER: «Forum Shopping, Domestic and International», *Tulane Law Rev.* 1989, pp. 553 y ss.; D., JASPER: *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlín 1990, pp. 20 y ss.; M. L., NIBOYET-HOEGY: 'Les conflits de procédures', *Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1995-1996, París 1999, pp. 71 y ss.; A., NUYTS 'Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen', *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, 2004, pp. 745 y ss.

<sup>28</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 236 y ss.

<sup>29</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *Erich Gasser*, FJ 72 y 73.

regulación contenida en el art. 97.5 del Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria que expresamente veda la posibilidad de interponer una acción de declaración de inexistencia o de violación de una marca comunitaria ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación, una regulación limitada al ámbito del Reglamento 207/2009 y que, según resulta de lo dispuesto en el art. 94.2.a) del mismo Reglamento, al excluir la aplicación del art. 5.3. del Reglamento 44/2001 a este tipo de acciones declarativas negativas, permite inferir que la respuesta a la cuestión hubiese sido precisamente la contraria, porque si no la exclusión realizada carecería de sentido. Por ello, el problema fue reconocido por la Comisión y planteado en 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*<sup>30</sup> llegando a someter a encuesta pública si excluir la aplicación de la norma de litispendencia en aquellos casos en que existiendo una cláusula de elección de foro, con incumplimiento de la misma se plantean dos procedimientos cuando los procedimientos paralelos consistan, por una parte, en un procedimiento sobre el fondo y, por otra, en un procedimiento tendente a obtener una decisión declarativa (negativa) o, al menos, a asegurar la suspensión de los plazos de prescripción de la demanda sobre el fondo en caso de que no prospere la demanda de decisión declarativa. En cuanto a la coordinación de los procedimientos paralelos de infracción, sugiere la Comisión que podría reforzarse la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido paralelamente un asunto y excluir la aplicación de esta norma en caso de resolución negativa de naturaleza declarativa<sup>31</sup>. Las cuestiones sometidas a información pública por la Comisión se inspira en las soluciones del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre cláusulas de elección de foro<sup>32</sup>, aún no en vigor y firmado por la UE por Decisión del Consejo de 26 de febrero de 2009<sup>33</sup>.

**28.** Entre las respuestas recibidas a la consulta de la Comisión sobre estos concretos problemas, destaca por su rotundidad la ofrecida por la *Bundesrechtsanwaltschaftskammer*: «*Die negative Feststellungsklage erfüllt die wichtige Funktion, eine rechtliche Auseinandersetzung bereits im früheren Stadium zu klären. Sie steht daher, was die Frage einer doppelten Rechtshängigkeit anbetrifft, nicht hinter anderen Klagearten zurück und sollte nicht anders behandelt werden als Leistungsklagen*»<sup>34</sup>. Y, en la misma línea, pero con sólidos argumentos competenciales, la respuesta de la *House of Lords*: *We firmly believe that the current rules on lis pendens should be reformed. We believe that the objective of seeking to avoid parallel proceedings is justifiable (though the risks and disadvantages of such proceedings are, we think, sometimes overstated). However, the implementation of this objective in the Regulation has inadvertently produced the possibility of abuse through the use of the «torpedo»—the tactical seising of a jurisdiction other than that agreed—and has also prevented the proper implementation of choice of court (exclusive jurisdiction) agreements. The objective should be to discourage the use of tactical pre-emptive claims and to enable the appropriate court to hear proceedings.*<sup>35</sup> Igualmente clara es la respuesta del *Conseil des barreaux européens* afirmando: «*Le CCBE est conscient que les demandes de décisions déclaratives négatives peuvent être abusives (le risque d'actions « torpilles » par exemple). Le CCBE estime toutefois que le fait de limiter ou d'éviter l'utilisation des actions déclaratoires n'est pas la solution à de tels abus*». Como alternativa el CCBE propone algunas medida de carácter sustantivo tendentes a limitar la duración de los procedimientos<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> COM (2009) 175 final.

<sup>31</sup> Sobre la coordinación de procedimientos vid. CH. THOLE: «Parallelverfahren und Justizgewährung : zur Verfahrenskoordination nach europäischem und deutschem Zivilprozessrecht am Beispiel taktischer «Torpedoklagen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 33. (2012), Heft 13, pp. 605-613.

<sup>32</sup> Vid. M. SALVADORI: «El Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I: autonomía de la voluntad y procedimientos paralelos», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 829-844.

<sup>33</sup> DOCE L 133/1, de 29 de mayo de 2009.

<sup>34</sup> Accesible en : [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/civil\\_society\\_ngo\\_academics\\_others/bundesrechtsanwaltschaftskammer\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/bundesrechtsanwaltschaftskammer_de.pdf)

<sup>35</sup> Accesible en : [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0002/contributions/ms\\_parliaments/united\\_kingdom\\_house\\_of\\_lords\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_parliaments/united_kingdom_house_of_lords_en.pdf), p. 20, n° 66, aunque reconoce que en algunos casos la acción declarativa negativa puede estar justificada, p. 21, n° 68.

<sup>36</sup> Accesible en [http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/CCBE\\_response\\_to\\_the2\\_1246371870.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/CCBE_response_to_the2_1246371870.pdf), p. 7

**29.** Finalmente, el Reglamento 1125/2012 desiste de cualquier consideración sustantiva que limite o afecte a la potestad de cada Estado miembro para regular las acciones declarativas negativas. No obstante, fiel al objetivo de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en Estados miembros distintas resoluciones contradictorias, propone algunas soluciones en sede de litispendencia, para conciliar dicho objetivo con la necesidad de mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro y de evitar las prácticas litigiosas abusivas. A tal fin establece una excepción a la norma general de litispendencia para resolver satisfactoriamente una situación particular en la que se desarrollen procedimientos paralelos. Esta situación se produce cuando conoce del asunto en primer lugar un órgano jurisdiccional no designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro y, a continuación, se somete ante el órgano jurisdiccional designado una acción entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. En tal caso, el órgano jurisdiccional que conoció del asunto en primer lugar suspenderá el procedimiento tan pronto como la demanda se presente ante el órgano jurisdiccional designado por el acuerdo sumisorio y hasta que este último se declare incompetente conforme al acuerdo exclusivo de elección de foro. Se garantiza así que, en tal situación, el órgano jurisdiccional designado tenga prioridad para decidir sobre la validez del acuerdo y sobre el alcance de su aplicabilidad al litigio de que conoce. El órgano jurisdiccional designado debe poder actuar con independencia de que el órgano jurisdiccional no designado ya se haya pronunciado sobre la suspensión del procedimiento (Considerando 21 y 22). Excepción que se recoge en los apartados 2 y 3 del art. 31 del Reglamento 1125/2012, en los que se dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general para la litispendencia en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo sumisorio ex artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo. Cuando el órgano jurisdiccional designado en el acuerdo se declare competente en virtud de dicho acuerdo, los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros deberán abstenerse en favor de aquel.

**30.** La cuestión que plantean las acciones declarativas negativas, por lo tanto, continúa latente y nos coloca ante la disyuntiva de admitir eventuales conflictos positivos de competencia, neutralizados por la regla de la litispendencia, a sabiendas de las profundas divergencias en los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. Además nos desvela las carencias de la pretendida equivalencia de la tutela judicial de los Estados miembros, fruto de esas diferencias y, sobre todo de un muy diferente funcionamiento de los tribunales. De ahí el nacimiento de las llamadas acciones torpedo, con las que una parte consciente y deliberadamente se sirve de la lentitud de una jurisdicción ante la que plantea la demanda. Las acciones torpedo son un mecanismo perfectamente anclado en el principio inspirador de las normas de funcionamiento de las reglas de competencia judicial europeas: el objetivo de evitar al máximo resoluciones contradictorias. Un objetivo que en la práctica también comporta consecuencias negativas ante el riesgo de abuso. Consecuencias que deben ser asumidas y que ceden frente al principio de superior rango de mutuo reconocimiento del que deriva el principio de equivalencia de las jurisdicciones de los Estados miembros, reflejo del paradigma de la igualdad de todos los Estados miembros y de la confianza mutua.

**31.** Y también reflejo de la competencia entre ordenamientos jurídicos resultante de las limitadas posibilidades de la armonización europea. Es más, incluso con normas uniformes, resulta imposible de establecer criterios que aseguren que la duración de los procedimientos obedecerá a un estándar que permita el normal desenvolvimiento de esos principios sin perturbaciones<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Grande Instance Paris de 9 de marzo de 2001 -00/04083; traducción inglesa en *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2002, pp. 225 y s.. E. JAYME/CH. KOHLER: «Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts», *IPrax* 2002, 461-471, p.468, consideran que esta sentencia es un «cri de cœur»; sí, pero claramente contrario al Reglamento.

### III. Conclusiones

**32.** En primer lugar, tras la STJUE *Fofitec* la aplicación del *forum delicti commissi* ex art. 5.3 del Reglamento 44/2001 a las acciones declarativas negativas requiere que el tribunal ante el que se presenta la demanda verifique «los puntos de conexión con el Estado del foro que justifican su competencia». *Kaì oúk ěstiv p̃an prósfaton úpò tòn ĥlion*, nada nuevo pues el tribunal nacional debe comprobar sólo y exclusivamente que la materia objeto del proceso es una «materia delictual» y que existe una vinculación con el Estado del foro en razón al lugar donde se ha producido o pudiera producirse el daño. Ese foro se aplica a todo tipo de acciones y resulta irrelevante que la acción sea positiva o negativa, declarativa, de condena o ejecutiva. El art. 5.3 del Reglamento 44/2001 se aplica a todo tipo de acciones, tal y como las configura autónomamente el Derecho Procesal de cada Estado miembro. Y se aplica con independencia de la posición procesal que ocupen el autor del daño –real o potencial y la víctima – actual potencial- del mismo. Por ello es irrelevante también lo que pida o la clase de tutela judicial que reclame el actor.

**33.** En segundo lugar, para aplicar el *forum delicti commissi* a las acciones declarativas negativas, el juez ante el que se presenta la demanda debe atender muy especialmente al objeto del proceso, éste marcará la verificación de los elementos señalados además de determinar una eventual situación de litispendencia, caso que se cumplan los demás requisitos para la misma. Esta atención al objeto de la demanda impone distinguir entre «objeto de proceso y «calificación del objeto del proceso» y, sobre todo, tener muy claro quién califica el objeto del proceso, porque de ello depende la norma de competencia judicial internacional que resulte aplicable. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>38</sup> subrayan que es el tribunal ante el que se presenta demanda quien debe proceder a la calificación de la acción, la tutela judicial reclamada o, si se prefiere, la pretensión del actor. En el proceso civil, inspirado en el principio dispositivo, el demandante fija el objeto del proceso, que se limitará a decidir sobre lo que ha solicitado al tribunal y, en su caso, sobre lo que el demandado solicite mediante reconvencción. Pero se trata de una delimitación fáctica y fática, pues la calificación jurídica de la pretensión ejercida corresponde al tribunal que será quien decida si la pretensión del actor se encuadra en una categoría jurídica u otra y establezca si, en atención a ello, se cumplen o no los requisitos de los diferentes foros de competencia judicial internacional. Dicho de otro modo, la competencia judicial internacional no la funda el tribunal en lo alegado por el demandante, si no en la calificación de la pretensión procesal que en este momento es, siempre, meramente instrumental, a los exclusivos efectos de determinar la norma de competencia judicial internacional aplicable. A estos efectos, el juez aplicará las normas y categorías de su propio Ordenamiento. Obviamente, cuando el juez deba aplicar las normas de competencia judicial internacional europeas, la calificación de la pretensión del actor se hará, exclusivamente, con arreglo al Derecho europeo. Y debemos recordar que la noción de materia extracontractual ha sido perfilada por la jurisprudencia del TJUE incluyendo todos los supuestos en que la demanda se dirija a exigir la responsabilidad de del demandado que no resulte de una relación contractual.

**34.** En tercer lugar, la singularidad derivada de la inversión de roles que se produce en las *negative Feststellungsklagen*, carece de trascendencia. La finalidad del *forum delicti commissi* como reiteradamente ha subrayado la jurisprudencia del TJUE reside en garantizar la proximidad entre el tribunal que conoce del litigio y los hechos enjuiciados en aras de una buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso. Objetivos que no se ven cuestionados por el hecho de que sea el potencial causante del daño quien ejercite la acción ante un tribunal que indubitadamente resultaría internacionalmente competente caso de que fuese la víctima quien plantease la demanda. En estas acciones, cuando se solicita del juez que declare que no existe el daño o que no es atribuible a la conducta del actor, el objeto del proceso se funda en una responsabilidad extracontractual. La interpretación literal del art. 5. 3 del Reglamento 44/2001 resulta reforzada, como señala F. GARAU SOBRINO<sup>39</sup> porque cuando el Reglamento ha querido excluir una acción declarativa negativa lo ha hecho de manera explícita, como se desprende de la regulación del reconocimiento y la declaración de ejecutividad .

<sup>38</sup> *Derecho internacional privado*, cit. vol. I, pp. 151-153

<sup>39</sup> Vid. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil internacional*, Palma de Mallorca, 2008, pp. 115 y ss.

**35.** En cuarto lugar, la intención fraudulenta es un elemento subjetivo, cuya constatación no es una cuestión relativa a la competencia judicial sino a la fundamentación de la demanda, a la admisibilidad de la acción, para cuya respuesta está especialmente habilitado el tribunal del lugar de la potencial acción causante de responsabilidad. La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela requisito de la acción meramente declarativa que sólo podrá enjuiciarse tras la apreciación de la competencia judicial internacional.

# DE INMUNIDADES, SUMISIONES Y CENTROS DE TRABAJO: LA STJUE DE 19 DE JULIO DE 2012, *MAHAMDIA C. REPÚBLICA DE ARGELIA*

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.01.2013 / Aceptado: 25.01.2013

**Resumen:** El 19 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una interesante decisión, por la amplitud de las cuestiones que aborda y por la novedad de hacerlo en un contexto inédito: el contrato individual de trabajo. Tanto el alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados como el contenido de los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’, son asuntos que el TJUE nunca había abordado en este ámbito. También novedosa resulta la cuestión de la posible extensión del régimen comunitario de la sumisión expresa en materia laboral a los pactos que atribuyen la competencia judicial a tribunales pertenecientes a terceros países. Aunque desiguales desde la perspectiva de su fundamentación, todas las respuestas del TJUE a tales cuestiones se presenta un denominador común: su decidida apuesta a favor de una interpretación eminentemente *pro operario* del Reglamento nº 44/2001.

**Palabras clave:** inmunidad de jurisdicción, Estado empleador, embajadas, competencia judicial internacional, sumisión expresa, contrato individual de trabajo, despido, centro de trabajo, sucursal, agencia u otro establecimiento.

**Abstract:** On July 19, 2012, the Court of Justice of the European Union (ECJ) pronounced an interesting judgment, because it deals very different issues in a new context: the individual employment contract. Indeed, the Court has never addressed the scope of the immunity from jurisdiction and the content of the concepts of ‘branch’, ‘agency’ and ‘establishment’ under the individual employment contract. Also new is the issue of the possible extension in this area of the rules of Regulation nº 44/2001 to submission agreements that enable jurisdiction to courts belonging to third countries. Court responses have very different legal basis, but they have a common denominator: its firm commitment in favor of a *pro operario* interpretation of Regulation nº 44/2001.

**Key words:** jurisdictional immunity, employing State, embassies, international jurisdiction, expressed submission, individual employment contract, dismissal, workplace, branch, agency or another establishment.

**Sumario:** I. El asunto “Ahmed Mahamdía contra la República Argelina Democrática y Popular”. II. Las cuestiones prejudiciales planteadas (y una no planteada) al TJUE. III. La normativa controvertida. 1. Régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción. 2. El artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001. 3. El artículo 21 del Reglamento nº 44/2001. IV. La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas (y a la no planteada). 1. El alcance de la inmunidad de jurisdicción. 2. El concepto de ‘sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’. 3. La extensión del régimen de la sumisión expresa en los contratos de trabajo. V. Conclusiones.

## I. El asunto «Ahmed Mahamdia contra la República Argelina Democrática y Popular»

1. Con fecha de 19 de julio de 2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una sentencia<sup>1</sup> que presenta un doble interés, por la amplitud de las cuestiones que aborda y por la novedad que supone hacerlo en el marco del contrato individual de trabajo, un «*contexto inédito*», como subraya el Abogado General P. Mengozzi, autor de las conclusiones presentadas al TJUE en el presente asunto<sup>2</sup>. La decisión responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional Superior de Trabajo de Berlín-Brandenburgo (*Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*), donde solicita la interpretación de determinadas reglas de competencia judicial internacional del Reglamento nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, aplicadas al contrato de trabajo. El litigio surge a raíz del despido del Sr. Mahamdia, trabajador con doble nacionalidad -argelina y alemana- contratado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular para prestar servicios como chófer en la Embajada de Argelia en Berlín, cuyo contrato laboral incluía una cláusula de sumisión que consagraba la exclusiva competencia de los tribunales argelinos para cualquier litigio que pudiera surgir de dicha relación laboral.

2. Impugnado el despido ante la jurisdicción alemana, el país argelino opuso la inmunidad de jurisdicción reconocida por el Derecho internacional público a los Estados extranjeros, alegando que ésta impedía al tribunal alemán juzgarle en su condición de empleador del demandante. Correlativamente, el Estado de Argelia invocaba la cláusula procesal de sumisión a la jurisdicción argelina, única legitimada en su opinión para conocer de la demanda planteada. El tribunal laboral (*Arbeitsgericht*) de Berlín acogió la excepción de incompetencia, al considerar que las funciones del trabajador estaban incluidas en las actividades diplomáticas cubiertas por la inmunidad de jurisdicción, desestimando la demanda presentada por el Sr. Mahamdia.

3. Recurrida en apelación, esta sentencia fue anulada por la Audiencia Territorial de Trabajo (*Landesarbeitsgericht*) de Berlín-Brandenburgo, para quien la actividad del demandante no podía considerarse un ejercicio de la autoridad pública del Estado demandado, siendo sus funciones meramente auxiliares respecto al ejercicio de su soberanía estatal. Asimismo, el *Landesarbeitsgericht* proclamó la competencia judicial internacional de la jurisdicción alemana para conocer del despido del Sr. Mahamdia, considerando que la embajada constituía un «establecimiento» en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001, y declaró inválida la sumisión a los tribunales argelinos, que a su juicio no cumplía los requisitos del artículo 21 del citado Reglamento, por ser anterior al litigio y designar la competencia exclusiva de la jurisdicción de Argelia.

4. La República de Argelia interpuso recurso de casación ante el Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), que revocó la sentencia y devolvió el asunto al *Landesarbeitsgericht*, conminándolo a clarificar las actividades del trabajador, a fin de determinar si constituían funciones soberanas del Estado demandado. Al mismo tiempo, le requería que, en caso negativo, precisara el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio, a la vista de la cláusula de sumisión incluida en el contrato de trabajo. En cumplimiento de lo cual, el *Landesarbeitsgericht* despejó la primera incógnita presumiendo que la actividad del demandante quedaba excluida de las funciones soberanas del Estado argelino -a falta de prueba en contrario por parte del demandado-, rechazando así la alegación de inmunidad de jurisdicción. Tras lo cual, faltaba por determinar la validez del acuerdo de sumisión a los tribunales argelinos y, con carácter previo, la concurrencia del domicilio del demandado en el Alemania, como criterio de aplicación del Reglamento nº 44/2001. El tribunal alemán trasladó ambas cuestiones al TJUE, preguntándole si una embajada de un tercer Estado ubicada en un Estado miembro se considera «una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» en el sentido del artículo 18.2. Y en caso afirmativo, si cláusula de sumisión procesal, otorgada

<sup>1</sup> DOUE C 295 de 29 septiembre 2012, p. 11. Sobre esta decisión, *vid.* P. PIRODDI, «Dipendenti ambasciate estere: sulle cause di lavoro la competenza giurisdizionale è dei giudici nazionali. Fornita un'interpretazione estensiva della nozione di «qualsiasi altra sede d'attività», *Guida al diritto*, 2012 nº 33/34 pp.92-94; y L. IDOT, «Contrats individuels de travail conclus par une ambassade», *Europe*, octubre 2012, nº 10, p. 50.

<sup>2</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 24 de mayo de 2012.

antes del nacimiento del litigio, puede servir de base de la competencia de un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, cuando esa cláusula atributiva de competencia excluya la competencia fundada en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001.

## II. Las cuestiones prejudiciales planteadas (y una no planteada) al TJUE

5. Dos fueron las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* al Tribunal de Justicia en el presente asunto, aunque fueron tres las que resolvió el TJUE en su respuesta, considerando que había una más implícita en las otras dos, al constituir la premisa sobre la que ambas habían de ser resueltas. Así, versando las dudas del órgano alemán sobre el concepto de centro de trabajo utilizado por el Reglamento nº 44/2001 y la validez de la sumisión a la jurisdicción argelina a la luz de los parámetros en él contenidos, el TJUE consideró que para resolver ambas cuestiones era necesario delimitar *a priori* la aplicabilidad de dicho texto al presente litigio. Y dicha aplicabilidad quedaba supeditada al rechazo de la alegada inmunidad de jurisdicción por el Estado argelino para determinar la falta de competencia de los tribunales alemanes, una cuestión que el TJUE aborda *obiter dicta*, circunstancia que conviene tener presente a la hora de valorar el alcance de este pronunciamiento. Con los argumentos que veremos -que acogen, en esencia, la TESIS de la inmunidad relativa-, el Tribunal desecha la posibilidad de oponer la inmunidad estatal a la acción de la jurisdicción alemana, dejando así expedita la vía para ejercer su labor interpretativa respecto de las dos cuestiones prejudiciales planteadas.

6. Dichas cuestiones fueron formuladas al TJUE en los siguientes términos:

- «1) ¿Es la embajada, situada en un Estado miembro, de un Estado que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 ‘una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’ en el sentido del artículo 18, apartado 2, de dicho Reglamento?  
2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede una cláusula de sumisión procesal, otorgada con anterioridad al nacimiento del litigio, servir de base de la competencia de un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 cuando esa cláusula atributiva de competencia excluya la competencia fundada en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001?»

7. Al resolverlas, el TJUE realiza una interpretación que, con el Abogado General P. Mengozzi<sup>3</sup>, podemos calificar de ‘teleológica’, elaborada con el fin de propiciar la consecución efectiva del objetivo de las normas sobre competencia judicial internacional recogidas por el Reglamento en materia de contrato de trabajo: proteger a la parte más débil mediante reglas más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales<sup>4</sup>. Esta interpretación *pro operario* impregna todo el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el presente asunto: marcándole el camino para dilucidar el ámbito de aplicación de la inmunidad de jurisdicción, sirviendo como directriz interpretativa del concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» contenido en el artículo 18.2, y forzando una interpretación del alcance del artículo 21 posiblemente excluida de su redacción original.

## III. La normativa controvertida

### 1. Régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción

8. Como es sabido, el régimen relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados es eminentemente jurisprudencial, siendo escasa -y como evidencia la práctica judicial, insuficiente- la modulación

<sup>3</sup> Apartado 35 de las conclusiones.

<sup>4</sup> Decimotercer considerando del Reglamento nº 44/2001.



legislativa de su contenido y alcance. El marco general de dicha regulación viene configurado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961<sup>5</sup>, que se completa con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963<sup>6</sup>. Con una vocación más ambiciosa, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 2 de diciembre de 2004 la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes<sup>7</sup>, que acoge la tesis de la inmunidad restringida<sup>8</sup> y aspira a ser el fundamento del régimen jurídico internacional universal de la inmunidad estatal y constituye la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional público vigente en esta materia<sup>9</sup>. Asimismo, la Convención pretende subsanar la laguna que hasta su aprobación evidenciaba este ámbito, regulado principalmente por normas consuetudinarias, y lastrado por las evidentes dificultades que su determinación presenta, sobre todo a partir de una práctica judicial interna que se ha caracterizado por su heterogeneidad, su carácter fragmentario y su naturaleza evolutiva y cambiante<sup>10</sup>.

Este objetivo ha quedado, sin embargo, en suspenso por la falta de entrada en vigor de la Convención, al no haberse alcanzado todavía las treinta ratificaciones que su artículo 30 para que ésta pueda producirse. A este -escaso- marco regulatorio sobre la inmunidad hay que añadir el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados, elaborado en el seno del Consejo de Europa y aprobado el 11 de junio de 1972<sup>11</sup>. Su artículo 5 elimina la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción en supuestos muy similares al debatido en el presente asunto: cuando el litigio derive de un contrato de trabajo celebrado entre el Estado y una persona física, cuando los servicios deban prestarse en el territorio del Estado del foro<sup>12</sup>. El hecho de que Argelia no sea parte de este Convenio -que entró en vigor en Alemania el 16 de agosto de 1990- lógicamente impide su aplicación al presente asunto, pero resulta significativa su invocación por parte del órgano jurisdiccional alemán, que admite su valor como prueba del derecho internacional consuetudinario en esta materia y declara doctrina propia que los tribunales alemanes son competentes para conocer de los litigios en materia laboral planteados entre una embajada de un Estado y su empleados, siempre y cuando sus actividades no puedan incluirse entre las propias de sus funciones soberanas<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95. *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968. Al respecto, *vid.* también el Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 (*BOE* núm. 263, de 1 de noviembre de 2011).

<sup>6</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261. *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

<sup>7</sup> A/RES/59/38. España se adhirió a ella el 21 de septiembre de 2011.

<sup>8</sup> M. HERZ, «La nueva Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes. Su compatibilidad con el régimen argentino», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 10, 2005, p. 2.

<sup>9</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, N° 2, 2011, p. 162.

<sup>10</sup> J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 4. (pp. 3-61).

<sup>11</sup> Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 74. Firmado únicamente por nueve países (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suiza), tan sólo está en vigor para ocho de ellos (pues Portugal continúa pendiente de ratificación desde el 10 de mayo de 1979), lo que es obvio que minimiza significativamente su impacto, efecto que no resulta desproporcionado temer que se reproduzca en el ámbito de la Convención de Naciones Unidas de 2004. Respecto al Convenio Europeo, hay que añadir el dato de que su Protocolo adicional, de la misma fecha -que para F.J. CARRERA HERNÁNDEZ «*crea un inoperante Tribunal Europeo en materia de inmunidad del Estado*»- entró en vigor el 22 de mayo de 1985 y ha sido ratificado únicamente por seis Estados («La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 64).

<sup>12</sup> «1. Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne physique, lorsque le travail doit être accompli sur le territoire de l'Etat du for. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas: a. lorsque la personne physique a la nationalité de l'Etat employeur au moment de l'introduction de l'instance; b. lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, elle n'avait pas la nationalité de l'Etat du for; ni n'avait sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat; ou c. lorsque les parties au contrat en sont convenues autrement par écrit, à moins que, selon la loi de l'Etat du for, seuls les tribunaux de cet Etat ne soient compétents à raison de la matière. 3. Lorsque le travail est exécuté pour un bureau, une agence ou un autre établissement visés à l'article 7, les dispositions du paragraphe 2, lettres a et b, du présent article ne sont applicables que si la personne avec laquelle le contrat a été conclu avait sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat employeur au moment de la conclusion du contrat».

<sup>13</sup> J.A. PEREA UNCETA, «La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)», *Diario La Ley*, N° 7955, Sección Tribuna, 31 Octubre 2012,

9. En el asunto Mahamdia, el marco regulatorio de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción se restringía a la citada Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y la genérica referencia contenida en el artículo 25 de la Constitución alemana de 23 de mayo de 1949 a las normas generales de Derecho consuetudinario, a las que atribuye primacía y efecto directo dentro de su ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. Entre dichas normas consuetudinarias se incluye la regulación de la inmunidad de jurisdicción, con la premisa de que únicamente puede ser alegada por los Estados en los litigios que afectan al ejercicio de su soberanía<sup>15</sup>. Aplicada dicha normativa al ámbito que tratamos, la jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht* interpreta que la jurisdicción alemana es competente para conocer de los litigios laborales suscitados entre los empleados de una embajada y el Estado correspondiente cuando el trabajador no hubiera realizado para el Estado empleador actividades comprendidas en el ámbito de las funciones soberanas de ese Estado. Como ya se indicó, el *Landesarbeitsgericht* estimó que el Sr. Mahamdia no había ejercitado tales cometidos, tanto por el contenido de su actividad laboral como por la falta de prueba en contrario por parte de la República de Argelia.

10. En consecuencia, la alegada la inmunidad de jurisdicción del Estado argelino fue rechazada por el tribunal alemán en aplicación de la jurisprudencia nacional vigente en la materia, lo que viene a confirmar el citado carácter jurisprudencial que impregna el régimen normativo de esta institución. Una institución que encuentra su premisa en el principio de igualdad soberana que sintetiza el adagio «*par in parem non habet imperium*»: si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento<sup>16</sup>. Sin embargo, tanto desde una perspectiva legislativa como jurisprudencial, actualmente esta consideración dista mucho de tener un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando el litigio se refiere a actos de soberanía realizados *iure imperii*. Por el contrario, puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos realizados *iure gestionis*, que no pertenecen al ámbito del poder público<sup>17</sup>.

## 2. El artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001

11. La primera cuestión prejudicial planteada al TJUE giraba en torno al alcance de la previsión contenida en este precepto, que regula el supuesto de que el empresario que actúa como parte empleadora no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero sí posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en dicho ámbito territorial. En tal caso, dispone el artículo 18.2 que para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal se considerará que el empresario tiene su domicilio en el Estado miembro donde radique la sucursal, agencia o establecimiento. Se instituye así la ficción jurídica de considerar dichos centros como domicilio, lo que permite extender el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 a litigios que de otro modo quedarían excluidos de él, al no darse la condición de aplicación de que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro. Cuando así ocurra, la regla general -aquí excepcionada por el juego del artículo 18.2- dispone que la competencia judicial se regirá en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, ante la

p. 3, que señala que esta línea interpretativa también ha sido seguida por el Tribunal Constitucional español, cuya Sentencia 107/1992, de 1 de julio, tenía en cuenta dicho texto -e incluso las leyes nacionales existentes en esa fecha- para determinar el estado de Derecho internacional vigente en este ámbito por vía consuetudinaria.

<sup>14</sup> «*Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes*». («Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal»); la traducción es nuestra).

<sup>15</sup> Objeto, como se ha dicho, de una notable parquedad legislativa, la institución de la inmunidad es objeto de regulación por el ordenamiento alemán sólo algunos de sus aspectos, contenidos en los artículos 18 y 20 de la Ley sobre organización judicial alemana en su versión de 9 de mayo de 1975 (*Gerichtsverfassungsgesetz*), que delimitan el ámbito de aplicación personal de la inmunidad de jurisdicción.

<sup>16</sup> C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La adhesión española...», cit., p. 146.

<sup>17</sup> Sobre la evolución jurisprudencial desde la inmunidad absoluta a la inmunidad restringida, vid. R. DE GOUTTES, «A propos de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», en *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, A. Pedone, París, 2008, pp. 117-126.

ausencia de un domicilio del demandado en territorio comunitario que dé entrada a las normas del Reglamento nº 44/2001 (art. 4).

**12.** Quiebra así una de las premisas de aplicación del Reglamento: los demandados no domiciliados en un Estado miembro estarán generalmente sujetos a las reglas nacionales de competencia aplicables en el territorio del Estado miembro del tribunal ante el que se presente la demanda y los demandados domiciliados en un Estado miembro deberán someterse a las normas sobre competencia judicial establecidas por el Reglamento nº 44/2001. Esta excepción, que opera también en el ámbito del contrato de seguro y de consumidores, se justifica por la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual -aquí, el trabajador-, permitiéndole acogerse a reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales<sup>18</sup>. Esta interpretación *pro operario* es la que inspira la entera decisión del TJUE en el presente asunto, que sustenta sobre este principio la resolución de todas las cuestiones planteadas, y de la no planteada.

**13.** Sobre la ficción jurídica que implica sustentar el domicilio sobre lo que es un mero establecimiento, afirma el Abogado General P. Mengozzi que el litigio principal no pierde su carácter internacional por el hecho de considerar que el Estado argelino está domiciliado en el mismo Estado que el demandante<sup>19</sup>. En su opinión, «*el efecto de esta ficción jurídica no puede ser ocultar totalmente el carácter originariamente internacional del litigio*», ya que exigir, tras la aplicación de la citada ficción jurídica, que el litigio deba seguir enfrentando a dos partes procesales domiciliadas en dos Estados miembros supondría introducir un requisito adicional que reduciría significativamente el alcance del Reglamento nº 44/2001 y resultaría contrario al objetivo de protección del trabajador que lo inspira. Aunque esta interpretación lleve implícito aplicar una ficción sobre otra ficción, cualquier otra privaría de sentido al contenido extensivo que el TJUE ha querido dar a los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ o ‘establecimiento’, toda vez que la inmensa mayoría de los litigios se plantean en estos casos entre demandante y demandado domiciliados en un mismo Estado miembro.

### 3. El artículo 21 del Reglamento nº 44/2001

**14.** La segunda cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* preguntaba por el alcance de la cláusula de sumisión inserta en el contrato laboral del Sr. Mahamdia, en la que concurrían dos circunstancias que permitían cuestionar su validez o eficacia: la primera, su carácter previo al surgimiento del litigio, al haber sido formalizada al inicio de la relación laboral; la segunda, su designación con carácter exclusivo de la jurisdicción de un Estado no comunitario, evitando que conozca de la controversia cualquier otro tribunal competente, por lo que resulta más preciso afirmar dicho pacto posee carácter excluyente. Respecto al tenor literal de la cuestión prejudicial, consideramos que su planteamiento no es del todo correcto, ya que por definición el artículo del Reglamento 21 no puede servir de base a la competencia del tribunal argelino, que únicamente puede sustentarse sobre el régimen procesal del ordenamiento argelino. Distinto será que el órgano judicial alemán enjuicie la cláusula a la luz del régimen comunitario, y al no considerarla válida, declare que no puede excluir su conocimiento del asunto, lo cual constituye el verdadero núcleo de la pregunta.

**15.** En el Reglamento nº 44/2001, la cuestión de la validez de los acuerdos atributivos de competencia celebrados por las partes de un contrato de trabajo se rige por lo dispuesto en su artículo 21 (*lex specialis*), que somete dichos pactos a unas restricciones de las que carece el régimen general de la sumisión expresa, contenido en el artículo 23 (*lex generalis*), y a cuyas exigencias vienen a añadirse. Con carácter general, para reconocer eficacia a un acuerdo de elección de jurisdicción o tribunal, el artículo 23.1 exige como premisa que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro; una cuestión que en presente litigio se cumplía indubitablemente, pues pese a las dudas suscitadas en

<sup>18</sup> STJCE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, 462/06, Rec. p. 3965, apartado 27.

<sup>19</sup> Apartado 50 de las Conclusiones.

torno a la ubicación del domicilio de la Embajada de Argelia, la premisa quedaba ya cumplida por la parte demandante, que poseía su domicilio en Berlín. A continuación, el artículo 23.1 requiere que el acuerdo atributivo de competencia se celebre en forma escrita o verbalmente con confirmación escrita (apartado a), o bien en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas (apartado b). La primera exigencia pretende garantizar que las partes contratantes han emitido su voluntad o consentimiento sin que concurra vicio alguno<sup>20</sup>, un objetivo que no siempre resulta fácil de alcanzar en ámbito laboral, donde es frecuente la modalidad contractual sustentada sobre contratos tipo o de adhesión<sup>21</sup>. Por su parte, la segunda exigencia incluida en el régimen general de la sumisión expresa contenido en el artículo 23 no resulta especialmente relevante en el marco del contrato de trabajo, siendo una cláusula acuñada para operar en el ámbito de las relaciones comerciales o mercantiles, lo que no obsta para que pudiera ser exigible si las concretas circunstancias de la relación laboral enjuiciada así lo propiciasen.

Además, en el ámbito de la relación laboral, el artículo 21 establece que la elección de foro realizada por las partes sólo podrá derogar la competencia de los tribunales designados por el artículo 19<sup>22</sup> cuando cumplan uno de estos dos requisitos: que sean posteriores al nacimiento del litigio o que, siendo anteriores, permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos a los ya determinados como competentes por los artículos 18.2 y 19 del propio Reglamento nº 44/2001. La finalidad de ambas condiciones de validez resulta evidente: la primera trata de garantizar la libertad de elección del trabajador a la hora de designar la jurisdicción competente, que sólo se presume existente cuando el acuerdo tiene lugar tras el surgimiento del conflicto; la segunda pretende evitar que la elección de tribunal pueda restringir las opciones del trabajador, de forma que la designación de un tribunal ya competente *ex lege* lo convierta en el único tribunal facultado para resolver el litigio.

16. En el asunto Mahamdia, siendo claro que no se cumplía el requisito temporal, la duda del tribunal alemán derivaba del hecho de que la jurisdicción designada por las partes como exclusivamente competente para resolver sus futuras diferencias quedaba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001. Implícitamente, ello hacía dudar sobre la aplicabilidad de las condiciones establecidas por su artículo 21 a dicho acuerdo de sumisión, siendo así que no se cumplía ninguno de los requisitos de validez recogidos en este precepto. Por tanto, la eficacia del acuerdo había de depender de la normativa conforme a la que fuera enjuiciada, pues pese a no resultar válido a la luz del régimen del Reglamento nº 44/2001, cabía la posibilidad de que la normativa procesal interna contenida en el ordenamiento argelino sí le otorgase validez.

#### IV. La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas (y a la no planteada)

17. Con carácter preliminar procede señalar -y así lo puntualiza el propio TJUE<sup>23</sup>- que el Reglamento nº 44/2001 es aplicable a todos los litigios en materia civil y mercantil, salvo los referidos a materias expresamente excluidas por dicho texto legal. En el caso del contrato individual de trabajo, no sólo no forma parte de las exclusiones enumeradas en su artículo 1.2, sino que además queda sometido a reglas de competencia específicas -recogidas en la sección 5ª del capítulo II-, que configuran un régimen *ad hoc* de competencia judicial internacional, que resulta el único aplicable a los litigios suscitados en

<sup>20</sup> O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008, p. 106.

<sup>21</sup> F. MORGENSTEIN, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 16.

<sup>22</sup> «Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: 1) ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados, o 2) en otro Estado miembro: a) ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o b) si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador».

<sup>23</sup> Considerando 38 de la sentencia.

este ámbito<sup>24</sup> y elimina cualquier incertidumbre sobre la inclusión del contrato individual de trabajo en el ámbito material del Reglamento<sup>25</sup>.

18. Sentado lo cual, hay que empezar indicando que la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales puede calificarse de previsible y novedosa, algo que si bien *a priori* resulta contradictorio, no lo es si puntualizamos que la previsibilidad caracteriza a la resolución de la primera cuestión, mientras que innovadora es su interpretación del alcance del artículo 21 del Reglamento, objeto de la segunda cuestión prejudicial. En cuanto a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, calificamos de coherente la postura del TJUE debido a que se limita a seguir las tendencias legislativas y jurisprudenciales mayoritarias sobre su ámbito de aplicación, continuismo que se aprecia también en su respuesta a la primera cuestión prejudicial, donde aplica su propia doctrina definitoria de los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’, aunque acuñada en el marco del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 -antecedente directo del Reglamento nº 44/2001- y en un ámbito ajeno al contrato individual de trabajo.

### 1. El alcance de la inmunidad de jurisdicción

19. Como se ha apuntado, la postura del TJUE respecto a la posibilidad de alegar la inmunidad de jurisdicción en litigios que, incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001, presenten determinadas características, resulta coherente con la interpretación judicial mayoritariamente seguida en la actualidad, que ha desposeído a esta figura del carácter absoluto que tuvo en otro tiempo<sup>26</sup>. Así lo recuerda el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones y así lo estima el TJUE, que aplica la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* como criterio delimitador del ámbito de operatividad de la inmunidad de jurisdicción.

20. En el presente caso, el núcleo central de la discrepancia entre las partes enfrentadas radicaba justamente en la calificación de las funciones desarrolladas por el trabajador despedido para la Embajada contratante. Mientras que el Estado de Argelia afirmaba que sus actividades presentaban un vínculo funcional con las actividades diplomáticas de la embajada, el demandante sostenía que sus labores no estaban comprendidas en el ejercicio de la autoridad pública del Estado demandado, sino que constituían una actividad auxiliar con respecto al ejercicio de la soberanía de ese Estado. La segunda alegación fue preferida por el TJUE, que en coherencia con ello, y al estimar que las funciones ejercidas por el trabajador no formaban parte del ejercicio del poder público consideró que las acciones realizadas por la Embajada argelina en su condición de empleador constituían meros actos de gestión, sometidos a la fiscalización de las autoridades judiciales.

21. Esta interpretación del TJUE tiene dos consecuencias: determina la aptitud del tribunal alemán para conocer del litigio y somete su competencia a las reglas contenidas en el Reglamento nº 44/2001, que resulta aplicable cuando no opera la inmunidad de jurisdicción. Con ello, el TJUE se muestra doblemente coherente: por una parte, mantiene la tradicional distinción entre los actos *iure imperii* e *iure gestionis*, rechazando respecto de los segundos la posibilidad de oponer la inmunidad de jurisdicción; por otra, evidencia una línea continuista con ciertas disposiciones aprobadas por el legislador comunitario, que deja fuera de su ámbito de aplicación los supuestos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*iure imperii*), con independencia de que dichas acciones u omisiones tengan o no naturaleza legal. Así se aprecia en el Reglamento nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un

<sup>24</sup> STJUE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline*, 462/06, Rec. p. 3965.

<sup>25</sup> Sobre las dudas que, bajo la vigencia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, suscitó su la cuestión de la aplicabilidad del sistema comunitario de competencia judicial internacional al contrato de trabajo, *vid.* G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, Liaisons, Paris, 1991, p. 106.

<sup>26</sup> I. PINGEL, «Inmunité de jurisdiction et contrat du travail: du nouveau», *Journal de Droit International Clunet*, 2003, p. 1117.

título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (art. 2.1)<sup>27</sup>, y en el Reglamento n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (art. 2.1)<sup>28</sup>.

En la misma dirección apuntaba una enmienda formulada por el Parlamento Europeo a la propuesta de modificación del Reglamento n° 44/2001 presentada por la Comisión el 21 de abril de 2011, propugnando incluir en su artículo 1.1 una puntualización que determinara de forma tajante la no aplicación de su normas a los litigios suscitados en esta ámbito. A tal fin, el Parlamento proponía dar a dicho precepto la siguiente redacción: «*El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera y administrativa ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana («acta iure imperii»)»*<sup>29</sup>. No acogida finalmente esta propuesta en la reforma del Reglamento aprobada por el Consejo de la Unión Europea en fecha 6 de diciembre de 2012, dicha modificación hubiera sido deseable, por mantener en este punto una coherencia legislativa respecto a los citados cuerpos normativos. No obstante lo cual, es obligado reconocer que por sí sola, esta medida no es suficiente para despejar por completo los problemas interpretativos que en la práctica suscita la figura de la inmunidad estatal, ya que el grueso de ellas surgen en torno a la determinación estricta de los actos realizados en el ejercicio del poder público y aquellos que constituyen meros actos de gestión, una cuestión que a fecha de hoy, ningún texto comunitario resuelve expresamente.

**22.** Volviendo al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, su postura continuista se aprecia también respecto de su jurisprudencia anterior -acuñada bajo la vigencia del Convenio de Bruselas-, que ha defendido férreamente la premisa de que los actos realizados en ejercicio del poder público quedan excluidos del sistema normativo comunitario sobre competencia judicial internacional<sup>30</sup>. En el presente caso el TJUE vuelve a incidir sobre este planteamiento, pues sólo su cumplimiento puede dar entrada al juego del Reglamento n° 44/2001 y resolver las cuestiones prejudiciales planteadas a la luz de sus normas. Esta jurisprudencia es contundente al excluir del sistema comunitario de competencia judicial internacional los litigios donde el demandado actúa sobre una pretensión sustentada en un acto de poder público<sup>31</sup>. Semejante interpretación deja fuera del ámbito de aplicación de dicho sistema determinadas acciones en función de la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes o el objeto del litigio<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> DOUE L 143 de 30 abril 2004. Artículo 2. Ámbito de aplicación. «*1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad («acta iure imperii»)»*.

<sup>28</sup> DOUE L 399 de 30 diciembre 2006. Artículo 2. Ámbito de aplicación. «*1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad («acta iure imperii»)»*.

<sup>29</sup> Informe sobre 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 (versión refundida), COM (2010) 0748 - C7-0433/2010 - 2010/0383(COD). (La modificación propuesta por el Parlamento se recoge en el texto subrayado).

<sup>30</sup> SSTJCE de 14 octubre 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG*, 29/76, *Rec.* p. 1541, apartado 4; de 16 diciembre 1980, *Rüffer*, 814/79, *Rec.* p. 1263, apartado 8; de 21 abril 1994, *Sonntag*, 172/91, *Rec.* p. 1963, apartado 20; de 1 octubre 2002, *Henkel*, 167/00, *Rec.* p. 811, apartado 26; de 14 noviembre 2002, *Baten*, 271/00, *Rec.* p. 10489, apartado 30; de 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, 266/01, *Rec.* p. 4867, apartado 22; y STJUE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, 292/2005, *Rec.* p. 1519, apartado 34.

<sup>31</sup> STJCE 16 diciembre 1980, *Rüffer*, cit., apartados 13 y 15: «*el hecho de que el demandado actúe sobre la base de una pretensión que se basa en un acto de poder público basta para que su acción, con independencia de la naturaleza del procedimiento de que disponga al efecto con arreglo al Derecho nacional, se considere excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas*». Esta interpretación es ratificada en la STJCE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, cit., apartado 41: «*el hecho de que el recurso interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente aparezca revestido de carácter civil en la medida en que su objetivo es obtener la reparación económica de los daños materiales y morales causados a los recurrentes en el litigio principal carece de toda pertinencia*».

<sup>32</sup> SSTJCE de 14 octubre 1976, *LTU*, cit., apartado 4; de 16 diciembre 1980, *Rüffer*, cit., apartado 14; de 21 abril 1994, *Sonntag*, cit., apartado 22; de 14 noviembre 2002, *Baten*, cit., apartados 29 y 30; de 15 mayo 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, cit., apartados 21, 22 y 30; de 1 octubre 2002, *Henkel*, 167/00, *Rec.* p. 8111, apartados 29 y 30; de 5 febrero 2004, *Frahuil*, 265/02, *Rec.* p. 1543, apartado 21; y de 18 mayo 2006, *ČEZ*, 343/04, *Rec.* p. 4557, apartado 22.

A *contrario*, ello implica que otras controversias surgidas entre una autoridad pública y una persona privada sí pueden quedar sometidas al régimen jurídico sobre competencia judicial<sup>33</sup>: aquellas en las que dicha autoridad actúa exclusivamente como persona de Derecho privado, cual es el supuesto que nos ocupa, donde el TJUE confirma la consideración realizada por el órgano judicial alemán sobre la naturaleza de la condición de empleador de la Embajada de Argelia.

En esta distinción entre los actos de carácter privado y las actuaciones de naturaleza pública revestidas por la potestad de *imperium* radica justamente el fundamento de la tesis de la inmunidad relativa, progresivamente adoptada por jurisdicciones estatales y supranacionales<sup>34</sup>. Bien es cierto que ello plantea -y continúa siendo una cuestión no definitivamente resuelta- la necesidad de distinguir de forma concreta y exhaustiva los actos *iure imperii* de los *iure gestionis*<sup>35</sup>. Una cuestión no siempre pacífica, que debe ser solventada a través de criterios como la naturaleza del acto o la finalidad del mismo, que aunque útiles a efectos de diferenciación, no resuelven todas las controversias y dudas suscitadas sobre este punto<sup>36</sup>.

**23.** Conscientes de las carencias e insuficiencias de este método, legisladores estatales e internacionales suelen recurrir a otra técnica normativa: la enumeración de actos, derechos, procesos o relaciones respecto de los que no cabe invocar la inmunidad de jurisdicción<sup>37</sup>. Esta labor codificadora ha sido altamente positiva, al delimitar los procedimientos en los que los Estados no pueden invocar la inmunidad, incluyéndose con carácter general entre ellos el contrato de trabajo<sup>38</sup>. Por lo que hace a la regulación supraestatal, como ejemplo del uso de este sistema enumerativo en el ámbito de los litigios derivados del contrato individual de trabajo destacan el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa de 1972<sup>39</sup> y el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas de 2004, con un nivel de precisión muy superior al anterior<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> STJUE de 15 febrero 2007, *Eirini Lechouritou y otros*, cit., apartado 32.

<sup>34</sup> Como ejemplos del giro jurisprudencial hacia la tesis de la inmunidad relativa cabe citar la STEDH de 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania* (JUR 2010\88879). Para el Abogado General P. Mengozzi, esta sentencia «dejó constancia de las inflexiones de la comunidad internacional a favor de la doctrina de la inmunidad relativa en materia de despido», (apartado 26 de las conclusiones), una tendencia que sería posteriormente ratificada en la STEDH de 29 junio 2011, *Sabeh El Leil c. Francia* (JUR 2011\223020).

<sup>35</sup> En este punto, es de lamentar que en su Auto de 12 de julio de 2012 asunto, *Gennaro Currà y otros c. Bundesrepublik Deutschland*, 466/11 (DOUE C 303 de 6 octubre 2012, p. 5) el TJUE se haya declarado incompetente para aclarar la interesante cuestión de determinar si la invocación de la inmunidad de jurisdicción respecto de determinados actos realizados por un Estado durante la Segunda Guerra Mundial es contraria a ciertas disposiciones del Tratado de Lisboa (arts. 3, 4.3, 6 y 340) y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 17, 42 y 52). A su juicio, el motivo de dicha incompetencia radica en que el Tribunal de Justicia únicamente puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta (STJCE de 5 octubre 2010, *PPU J. McB.*, 400/10, *Rec.* p. 8965, apartado 51, y el ATJCE de 14 diciembre 2011, *Boncea y otros y Budan*, 483/11 y 484/11, DOUE C 347 de 26 noviembre 2011, apartado 32). Más concretamente, en virtud del artículo 267 TFUE, el Tribunal no resulta competente para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión (STJCE de 27 noviembre 1973, *Vandeweghe y otros*, 130/73, *Rec.* p. 1329, apartado 2).

<sup>36</sup> J.A. PEREA UNCETA, «La inmunidad de jurisdicción...», cit., p. 3.

<sup>37</sup> Como señala, J.F. CARRERA HERNÁNDEZ, no son muchas las normas nacionales en materia de inmunidad estatal, restringiéndose en la actualidad a las siguientes leyes en vigor: EE.UU. (Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, *International Legal Materials*, 1976, p. 1388), Reino Unido (*State Immunity Act* de 1978; texto en *International Legal Materials*, 1978, p. 1123), Singapur (*Singapore State Immunity Act* de 1979), Paquistán (*Pakistani State Immunity Ordinance*, de 1981), Sudáfrica (*South African Foreign States Immunities Act* de 1981 el texto de todas ellas puede ser consultado en R. BADR, *State immunity: analytical and prognostic view*, Martinus, La Haya, 1984), Canadá (Ley Canadiense sobre inmunidad del Estado de 1982, *International Legal Materials*, 1982-4, p. 798), Australia (*International Legal Materials*, 1986, p. 715), Argentina (Ley n° 24.488 de 1995, *Boletín Oficial de la República Argentina* de 28.6.95) (cfr. «La inmunidad de ejecución...», cit., p. 64), listado al que posteriormente se ha añadido Italia con la aprobación de la Ley núm. 98/2010, de 23 de junio de 2010, de disposiciones urgentes sobre la inmunidad de los Estados extranjeros ante los órganos jurisdiccionales italianos y la elección de los organismos de representación de los ciudadanos italianos en el extranjero (*GURI* núm. 147, de 26 de junio de 2010).

<sup>38</sup> A.G. LÓPEZ MARTÍN, «La inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España», *Cuadernos de Derecho Público*, n° 6, enero-abril 1999, p. 162.

<sup>39</sup> *Vid. supra* nota al pie n° 12.

<sup>40</sup> Artículo 11. «Contratos de trabajo. 1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a

Pero pese a la pervivencia de cierta incertidumbre en la distinción entre actos públicos y privados, hay que señalar ésta es mucho menor en el ámbito que tratamos, los litigios surgidos en el marco del contrato individual de trabajo. Incluso dentro de la jurisprudencia española, que en otros ámbitos ha presentado vaivenes y contradicciones sobre este punto<sup>41</sup>, desde hace largo tiempo la jurisdicción laboral se muestra tajante a la hora de afirmar la condición de persona de Derecho privado respecto de las embajadas que actúan como empleadoras<sup>42</sup>. En el asunto Mahamdia, se aprecia en este punto una significativa inclinación del Tribunal de Justicia a considerar las actividades del trabajador como excluidas del ámbito de las funciones soberanas del Estado de Argelia, al hacer propia la calificación hecha al respecto por el tribunal alemán y sustentarla principalmente sobre la falta de prueba en contrario por parte del demandado. La consecuencia es sin duda beneficiosa para el trabajador, al permitirle defender sus intereses ante la jurisdicción ordinaria, y obviar con ello una hipotética reclamación por vía diplomática, siempre más incierta.

## 2. El concepto de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento»

24. Sentada la proposición de partida -estamos ante un litigio excluido el ámbito de la inmunidad de jurisdicción y por ello incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001-, el TJUE se muestra también continuista al responder a la primera cuestión prejudicial, aplicando una línea jurisprudencial ya existente al ámbito de las embajadas; lógicamente, sentado que se cumple la premisa de las funciones de los trabajadores por ellas contratados no están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor. Así, lo recuerda el Tribunal de Justicia, puntualizando con carácter preliminar que tal como establece en el artículo 3 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas, las funciones de una embajada consisten esencialmente en representar al Estado acreditante, proteger sus intereses y fomentar las relaciones con el Estado receptor. En el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos

---

*un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso».*

<sup>41</sup> *Id.* al respecto la insólita -y censurada- STC 140/1995, de 28 de septiembre, que rompió la doctrina mantenida hasta entonces por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y mayoritariamente seguida por la jurisprudencia menor, que entendían restrictivamente de la inmunidad de jurisdicción y ejecución (SSTC 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; SSTS de 10 febrero 1986 y 1 diciembre 1986). Una fundamentada crítica de esta decisión puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 13ª ed., 2012-2013, Comares, Granada, p. 139, que la califican de «paso atrás» en la jurisprudencia española en la materia y señalan que «la brecha abierta por esa escasamente acertada sentencia no ha sido seguida, afortunadamente, por la jurisprudencia posterior».

<sup>42</sup> SSTS de 1 diciembre 1986 (RJ 1986\7231) y 10 febrero 1986 (RJ 1986\727), que adoptan firmemente la tesis de la inmunidad restringida. La segunda resolvió su supuesto muy similar al que analizamos, admitiendo un recurso de casación por infracción de ley contra una sentencia que había admitido la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Guinea Ecuatorial en España en un litigio ocasionado por el despido de un trabajador contratado por aquella para ejercer labores de chófer. Abandonando definitivamente la tesis de la inmunidad restringida por considerarla una doctrina consuetudinaria ya caída en desuso, el TS sostiene que tal es también la opción del legislador español, como proclama la Exposición de Motivos del Real Decreto 1654/80, de 11 de julio, sobre Servicio Contencioso del Estado en el Extranjero (derogado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado): «la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final (...) Hoy en día la mayor parte, sino la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción».



de Derecho privado (criterio de la naturaleza del acto). Así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público (criterio de la finalidad del acto)<sup>43</sup>.

**25.** A la hora de pronunciarse sobre la posible aplicación de los conceptos empleados por el artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 al centro de trabajo que constituye una embajada, el TJUE acude a la interpretación que de las nociones de «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento» elaboró bajo la vigencia del Convenio de Bruselas, cuyo artículo 5.5 las recoge como reglas de competencia especial de los litigios referentes a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa. Bien es cierto que con un objetivo sustancialmente diferente, toda vez que, a diferencia del artículo 18.2, no se trata de un precepto redactado expresamente para los litigios suscitados en el marco del contrato individual de trabajo. En este punto, la sentencia Mahamdia constituye una doble novedad en la jurisprudencia comunitaria, al plantear por vez primera la necesidad de interpretar los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ y ‘establecimiento’ contenidos en el Reglamento nº 44/2001 y en relación con el contrato individual de trabajo. Hasta la fecha, las decisiones del Tribunal sobre esta cuestión fueron emitidas en el contexto del Convenio de Bruselas y nunca respecto de un litigio derivado del contrato de trabajo, si bien ninguna de estas dos diferencias debilita la aplicabilidad de esta jurisprudencia al presente asunto; antes al contrario, como señala el propio Tribunal de Justicia, resulta aconsejable extender a este ámbito dicha doctrina judicial, a fin de «*garantizar la continuidad entre el Reglamento y el Convenio de Bruselas*»<sup>44</sup>.

**26.** Esta jurisprudencia interpretativa se sustenta sobre dos aspectos que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. En primer lugar, los conceptos de ‘sucursal, agencia y cualquier otro establecimiento’ presuponen la existencia de un centro de operaciones que se presente a la vista de terceros de una manera fácilmente reconocible y de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz<sup>45</sup>. Ese centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz<sup>46</sup>. En el presente asunto, aunque el Tribunal de Justicia no lo declara expresamente, de su respuesta se deduce que el papel de la casa matriz se lo otorga al Estado argelino, siendo la embajada en Berlín su prolongación<sup>47</sup>. Resulta innegable que la embajada identifica y representa al Estado acreditante en el territorio donde se halla situada, del que constituye una prolongación, y que se encuentra materialmente equipada<sup>48</sup>. Se cumple además la exigencia, implícita en la jurisprudencia que exponemos, de que se trate de entidades carentes de personalidad jurídica<sup>49</sup>. La embajada, como órgano del Estado al que representa, se halla efectivamente desprovista de tal personalidad, como acredita el hecho de que la demanda del trabajador fuera presentada contra el Estado de Argelia y no contra la propia embajada<sup>50</sup>.

En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades<sup>51</sup>. Esta exigencia no se entiende limitada al ámbito estrictamente comercial, pues ello dejaría fuera a los litigios sobre contrato de trabajo, y el Tribunal no exige en este punto que los conceptos de ‘sucursal’, ‘agencia’ o ‘establecimiento’ supongan necesariamente un vínculo con una actividad comercial, en coherencia con el objetivo que late tras el

<sup>43</sup> Apartado 49 de la sentencia.

<sup>44</sup> Considerando 47 de la sentencia.

<sup>45</sup> SSTJCE de 18 marzo 1981, *Blanckaert & Willems*, 139/80, *Rec. p.* 819, y de 9 diciembre 1987, *SAR Schotte GmbH*, *Rec. p.* 4905.

<sup>46</sup> STJCE de 18 marzo 1981, *Blanckaert & Willems*, cit., apartado 11.

<sup>47</sup> Apartado 50 de la sentencia: «(...) una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior y que contribuye a identificar y representar al Estado del que procede».

<sup>48</sup> Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 48.

<sup>49</sup> *Vid.* Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 7 de febrero de 2006, *Rec. p.* 1145, apartado 150.

<sup>50</sup> Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 43.

<sup>51</sup> STJCE de 22 noviembre 1978, *Somafer*, 33/78, *Rec. p.* 2183, apartado 13.

artículo 18.2 del Reglamento<sup>52</sup>. Al respecto, el TJUE admite que si bien es cierto que un establecimiento es normalmente un lugar en el que se realizan actividades mercantiles, considera aplicable al ámbito de las embajadas el concepto del artículo 18.2 por dos razones: por una parte, porque el Reglamento no contiene ninguna disposición que excluya expresamente de su ámbito de aplicación las representaciones diplomáticas de los Estados; y por otra, porque las embajadas disponen de una dirección propia, que celebra contratos de manera independiente, incluso en materia civil, como los contratos de trabajo<sup>53</sup>.

Abierta por tanto la vía para aplicar este segundo requisito al presente supuesto, para el TJUE resulta evidente que el objeto del litigio principal, a saber, una controversia en el ámbito de las relaciones laborales, presenta un vínculo suficiente con el funcionamiento de la embajada de que se trata en lo que respecta a la gestión de su personal. La consecuencia es inmediata, y con ella la respuesta del Tribunal a la primera cuestión: en el ámbito de los contratos de trabajo celebrados por una embajada en nombre del Estado, ésta constituye un 'establecimiento' en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor.

**27.** Esta ficción jurídica de considerar que el demandado tiene su domicilio en el territorio donde se posea una sucursal, agencia o establecimiento introduce una excepción a la regla general de funcionamiento del Reglamento nº 44/2001, que determina su aplicación a los litigios donde el demandado esté domiciliado en un Estado miembro (art. 2). Se produce así una extensión de sus normas sobre competencia a litigios que de otro modo no quedarían sometidos a ellas, pues este criterio que delimita el ámbito de aplicación personal del Reglamento se completa con la previsión de su artículo 4.1, según la cual, si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 (competencias exclusivas) y 23 (sumisión expresa).

La consideración de otros establecimientos como domicilio añade una excepción más a esta regla, permitiendo el artículo 18.2 someter la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a las disposiciones del Reglamento aun cuando el demandado no esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro en materia de contratos individuales de trabajo. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia considera que el Reglamento nº 44/2001 -y en particular su capítulo II, donde se integra el artículo 18- contiene un conjunto de reglas que forman un sistema global, aplicables no sólo a las relaciones entre los distintos Estados miembros, sino también a las relaciones entre un Estado miembro y un Estado tercero.

**28.** Así lo establece ya expresamente la nueva redacción dada al artículo 6 del Reglamento por la reforma de diciembre de 2012<sup>54</sup>, y con anterioridad, a favor de esta interpretación se había manifestado el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 7 de febrero de 2006<sup>55</sup>, que recogiendo el parecer del Consejo y de la mayor parte de los Estados miembros, que presentaron observaciones ante el Tribunal, señalando que el Reglamento prevé excepciones al principio recogido en su artículo 4.1, dándose una de ellas en el ámbito del contrato individual de trabajo. En esta línea avanza la reciente reforma del Reglamento nº 44/2001, que manteniendo la consideración de domicilio para las sucursales, agencias u otros establecimientos que posea en cualquier Estado miembro un empresario no domiciliado en el ámbito territorial del Reglamento -ahora en el artículo 20.2-, incluido un nuevo artículo 6 que exceptiona expresamente el régimen general del artículo 4. La consecuencia es impedir que las normas nacionales

<sup>52</sup> Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, apartado 43.

<sup>53</sup> Considerando 27 de la sentencia.

<sup>54</sup> Artículo 6.1 «Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25».

<sup>55</sup> Sobre el valor de este texto, resulta oportuno recordar, con J.M. SOBRINO HEREDIA, que «la función consultiva ha favorecido y favorece una lectura del Ordenamiento comunitario en clave constitucional» («La aportación jurisprudencial de los dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 11, 2007, p. 938).

sobre competencia judicial internacional de los respectivos Estados miembros puedan ser aplicadas a los litigios suscitados en materia laboral, que quedan sometidos al sistema competencial recogido en el Reglamento, por lo que la exclusión prevista en su artículo 4.1 no opera en este ámbito<sup>56</sup>.

Respecto a la reforma del Reglamento en este punto, interesa mencionar las críticas vertidas respecto a su escaso alcance, llegando algún autor a calificar este aspecto de la reforma de «*fracaso de la institución de la Unión Europea en lo relativo a la unificación de las normas de competencia judicial internacional aplicables a situaciones en las que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro*»<sup>57</sup>. Para esta corriente, dicha unificación constituía un objetivo fundamental de la reforma -que con carácter general no se ha alcanzado-, debido a las frecuentes e importantes «*distorsiones*» que en la práctica genera la remisión a la aplicación de los regímenes de fuente interna en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Sobre el alcance del recién reformado artículo 6, señala que se limita a modificar la situación actual recogida en el artículo 4 respecto a los litigios en materia de contrato de consumo y de contratos individuales de trabajo donde el demandado sea el empresario, para los que establece la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento también respecto de los demandados no domiciliados en un Estado miembro, excluyéndolos de la remisión a la legislación de fuente interna del foro. Frente a ello, una extensión total de los foros de competencia hubiese simplificado bastante el tema en los Estados miembros, obligados en la actualidad a mantener un doble régimen, en atención a si el demandado está o no domiciliado en un Estado miembro<sup>58</sup>. Y aunque bien es cierto que la opción finalmente adoptada por el legislador comunitario en el artículo 6 del Reglamento supone un innegable avance, resulta «*manifiestamente insuficiente a la luz de los (razonables en este caso) objetivos de la propuesta*»<sup>59</sup>. Una insuficiencia que implícitamente parece admitir el propio legislador comunitario, al apuntar ya el artículo 79 del Reglamento hacia una eventual ampliación de esta medida<sup>60</sup>.

### 3. La extensión del régimen de la sumisión expresa en los contratos de trabajo

**29.** La segunda cuestión prejudicial preguntaba al Tribunal por la posibilidad de que una cláusula de sumisión procesal a un tribunal excluido del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 podía sustentar la competencia de dicho órgano jurisdiccional. En contestación a esta pregunta, el TJUE realiza una interpretación de la cláusula del artículo 21 del Reglamento nº 44/2001 sustentada sobre la propia finalidad del precepto, considerando que la designación de un tribunal de un tercer Estado por sí sola no constituye un factor que pueda desvirtuar dicho objetivo. En palabras del Tribunal, «*no se desprende del tenor ni de la finalidad del artículo 21 que un acuerdo semejante no pueda atribuir la competencia a los tribunales de un tercer Estado, siempre que no excluya la reconocida sobre la base de los artículos del Reglamento*»<sup>61</sup>.

**30.** En coherencia con este planteamiento, el TJUE analiza la eficacia de la cláusula de sumisión inserta en el contrato de trabajo a la luz de los requisitos de validez establecidos por el artículo 21, esencialmente dos: que la designación del tribunal competente sea posterior al surgimiento del litigio, o que siendo anterior, que dicha elección no impida al trabajador formular su demanda ante los tribunales que resultaren objetivamente competentes en virtud de los foros contenidos en los artículos 18 y 19 del Regla-

<sup>56</sup> A. DICKINSON, «Bruseels I Recast Set in Stone», december 7, 2012.

<sup>57</sup> <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/12/el-nuevo-reglamento-bruselas-i-bis.html>. En el mismo sentido, *vid.* el comentario de F. GARAU SOBRINO en *Conflictus Legum* (<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2012/12/aprobada-la-reforma-del-reglamento.html>).

<sup>58</sup> F. GARAU SOBRINO, *Ibidem*.

<sup>59</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *Ibidem*.

<sup>60</sup> «*(...) la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Si fuera necesario, el informe irá acompañado de una propuesta de modificación del presente Reglamento*».

<sup>61</sup> Considerando 65 de la sentencia.

mento nº 44/2001. Para ser válido, el acuerdo de elección de la jurisdicción competente no debe producir la consecuencia de excluir la competencia de los tribunales designados por dichos preceptos, sino que ha de tener un efecto ampliatorio de la posibilidad de que el trabajador elija entre varios órganos jurisdiccionales competentes. Ninguna de estas dos condiciones se cumplía en el presente caso, por tratarse de una sumisión pactada en el momento de la firma del contrato de trabajo y por el carácter exclusivo de la misma, que pretendía convertir a la jurisdicción argelina en una jurisdicción excluyente de las restantes opciones procesales, no añadida a ellas como una posibilidad más de litigar para el trabajador.

**31.** La esencia de esta extensión del artículo 21 del Reglamento a la jurisdicción de un Estado no miembro radica, por tanto, en la finalidad tuitiva que lo inspira, dependiendo su efectividad del hecho de que tal protección sea efectiva. En este punto, el Tribunal se muestra coherente con el espíritu del Reglamento nº 44/2001, cuyas normas sobre competencia judicial en el ámbito del contrato de trabajo tienen como objetivo primordial garantizar una protección adecuada al trabajador. Esta interpretación resulta igualmente coherente con las directrices marcadas por el ‘Informe Jenard’ en los albores de la vigencia del sistema comunitario de competencia judicial internacional<sup>62</sup>, que al analizar el precepto equivalente al actual artículo 21.1 contenido en el Convenio de Bruselas indicaba que el objetivo de la regulación de las cláusulas de sumisión procesal es prohibir a las partes restringir la elección otorgada por el Convenio. Es esta línea se apunta una sólida jurisprudencia comunitaria, que entiende que la regulación de las competencias judiciales se inspira en la preocupación de proporcionar una protección adecuada a la parte contratante más débil desde el punto de vista social, debiendo toda interpretación de sus normas tener como base dicho objetivo<sup>63</sup>, y la sentencia Mahamdia constituye un paso más en esa dirección.

**32.** Aplicada esta jurisprudencia al presente caso, el Tribunal centra su análisis en las consecuencias beneficiosas que para el trabajador debe tener la cláusula de sumisión, con independencia de que recaiga sobre la jurisdicción de un Estado no miembro, circunstancia que el TJUE no considera incompatible con el tenor literal del artículo 21. Bajo este enfoque, su conclusión en el presente supuesto no podía ser otra que la finalmente emitida: no cabe interpretar esa disposición en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia podría aplicarse de manera exclusiva y prohibir, en consecuencia, al trabajador formular demandas ante los tribunales que son competentes en virtud de los artículos 18 y 19. Como indica el Tribunal, el objetivo de proteger al trabajador como parte contratante más débil desde una perspectiva social, no se conseguiría si los fueros previstos en dichos artículos para garantizar tal protección pudieran ser excluidos mediante una cláusula de sumisión procesal estipulada antes del nacimiento de la controversia.

Interpretado *a contrario*, este pronunciamiento implica que cuando la designación por las partes del tribunal competente comporte -siendo anterior al surgimiento del litigio- constituya una posibilidad añadida para el trabajador de presentar su demanda ante una jurisdicción diferente a las ya ofertadas por el Reglamento nº 44/2001, el acuerdo de sumisión será válido a la luz de dicho cuerpo normativo, con independencia de que el tribunal elegido por las partes pertenezca a la jurisdicción de un Estado no miembro. En otras palabras, la sumisión debe darle al trabajador una posibilidad más de litigar y con esta interpretación, el TJUE parece que considerar que lo esencial es no restringir las opciones del trabajador demandante, no siendo tan relevante cuáles sean los tribunales que se añaden a ellas por efecto del pacto de sumisión.

**33.** En este punto, cabe preguntarse cuál hubiera sido la decisión del Tribunal si la cláusula de sumisión no hubiera tenido carácter exclusivo, siendo únicamente una posibilidad añadida a los tribunales competentes *ex* artículos 18 y 19: ¿la hubiera considerado válida? Lo cual plantea otra cuestión: ¿no es la elección de un tribunal perteneciente a un Estado miembro un requisito implícito en el régimen del artículo 21? Al obviar completamente este ‘detalle’ en la sentencia Mahamdia, el Tribunal deja en el

<sup>62</sup> P. JENARD, «Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», DOCE C 59, de 5 de marzo de 1979.

<sup>63</sup> SSTJCE de 26 mayo 1982, *Ivenel*, 133/81, *Rec.* p. 1891, apartado 14; de 13 julio 1993, *Mulox IBC*, 125/92, *Rec.* p. 4075, apartado 18; de 9 enero 1997, *Rutten*, 383/95, *Rec.* p. 57, apartado 22; y de 10 abril 2003, *Pugliese*, 437/00, *Rec.* p. 3573, apartado 18.

aire la duda. Pero ello sería tanto como reconocer un carácter universal a las normas sobre competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento nº 44/2001, que sin duda no tienen, sin que quepa aducir que tal es la intención del legislador comunitario, pues éste declara expresamente dicho carácter cuando estima que una concreta normativa debe poseerlo, como evidencia el Reglamento ‘Roma I’<sup>64</sup>.

**34.** Como colofón, interesa señalar que tras reforma del Reglamento operada en diciembre de 2012 se han fortalecido los acuerdos de elección de foro, pues el nuevo artículo 31 introduce en su apartado 2 una excepción en el régimen general de la litispendencia: frente al criterio de prioridad temporal, da preferencia al tribunal que conoce del litigio en virtud de un acuerdo de prórroga de competencia<sup>65</sup>. Como indica P. DE MIGUEL ASENSIO, esta medida pretende corregir algunas disfunciones en el régimen general de la litispendencia ya detectadas por el Tribunal de Justicia, causadas por la excesiva demora de algunos tribunales en resolver sobre su propia competencia, que deja en suspenso durante largo plazo la eficacia de los acuerdos de sumisión celebrados por las partes<sup>66</sup>.

Pero en el ámbito que tratamos, interesa puntualizar que esta medida únicamente resulta aplicable a los acuerdos atributivos de competencia celebrados con posterioridad al surgimiento del litigio. Por el contrario, la sumisión pactada antes de dicho momento, habitualmente inserta en una cláusula del contrato de trabajo, no será válida si tiene carácter exclusivo (= excluyente), pues éste es incompatible con el requisito de validez recogido en el artículo 19 -actual artículo 21-, que exige que el pacto de sumisión otorgue al trabajador una posibilidad añadida de presentar su demanda, ampliando sus opciones procesales y no restringiéndolas, que sería la consecuencia de un acuerdo atribuyendo la competencia en exclusiva a una única jurisdicción. A la vista de la interpretación que sobre los acuerdos atributivos de competencia realiza el TJUE en el asunto Mahamdia, la conclusión lógica es entender que el reforzamiento de dichos acuerdos operado por la reforma del Reglamento nº 44/2001 resulta aplicable también en los supuestos en que la elección de las partes recaiga sobre un tribunal perteneciente a un Estado no miembro de la Unión Europea.

## V. Conclusiones

**35.** La principal conclusión que cabe extraer del presente pronunciamiento del Tribunal de Justicia es su decidido compromiso con la protección del trabajador, objetivo que inspira la interpretación que todas las cuestiones -planteadas o no por el órgano remitente- resueltas en su sentencia. Con este posicionamiento *pro operario*, el TJUE trata de nivelar la desigual situación de las partes de una relación laboral, en este caso acentuada por la circunstancia de que el empresario sea un ente de Derecho público que trata de prevalerse de su condición de tal para evitar someterse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, amparándose en la institución de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

**36.** Pero siendo así que el objeto del litigio venía constituido por una relación de Derecho privado, acierta el Tribunal de Justicia al aplicar la tesis de la inmunidad restringida -mayoritaria en la actualidad en el ámbito del Derecho comparado- que como primera consecuencia, niega al Estado de Argelia la posibilidad de acogerse a la inmunidad de jurisdicción y en segundo lugar, abre la puerta a la aplicación de las reglas sobre competencia judicial contenidas en el Reglamento nº 44/2001. La conclusión que de ello se extrae es que este cuerpo normativo no resulta aplicable a los litigios derivados de actos u omisiones realizadas por los Estados en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*), pero sí a aquellos que, como en el presente caso, tengan la consideración de actos *iure gestionis*.

<sup>64</sup> 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), *DOUE* L 177, de 4 julio 2008. En efecto, bajo el título «Aplicación universal», así lo proclama su artículo 2: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro».

<sup>65</sup> «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el artículo 25, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo».

<sup>66</sup> STJCE de 9 diciembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl.*, 116/02, *Rec.* p. 14721.

37. En este punto, sería deseable que el propio Reglamento nº 44/2001 declarase expresamente tal exclusión, incluyendo dichos litigios entre las materias que no son objeto de sus normas. Tal es la postura del Parlamento Europeo, cuyo informe sobre la reforma del Reglamento presentado en abril de 2011 proponía una incluir en su artículo 1.1 una mención *ad hoc* de su no aplicación a los litigios sobre la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*). La adopción de esta medida sería deseable desde el punto de vista de la uniformidad legislativa, siguiendo la estela de otros reglamentos comunitarios que sí contienen esta previsión. Sin perjuicio de lo cual, hay que admitir que ello no resolvería todas las dudas que en el marco procesal suscita la inmunidad de jurisdicción, al seguir pendiente la distinción precisa entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, cuestión que la práctica ha evidenciado como verdadero núcleo del problema. Su resolución queda, por tanto, inevitablemente sujeta a las normas de Derecho internacional público -convencionales, consuetudinarias y estatales- que regulan la inmunidad de jurisdicción, que afortunadamente presentan un creciente grado de precisión en esta función diferenciadora.

38. En todo caso, lo que queda ya fuera de cualquier duda es que la inmunidad de jurisdicción no puede constituir en absoluto un escudo que ampare prácticas abusivas por parte de los Estados, que operando en el tráfico internacional como sujetos de Derecho privado la invoquen para evitar someterse a la jurisdicción ordinaria en los litigios suscitados por dichas relaciones. Como señalara la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 27 de septiembre de 1993, «una inmunidad de jurisdicción absoluta supondría un privilegio contrario a la tutela judicial efectiva»<sup>67</sup>, afirmación que puede parecer rotunda en exceso, pero que viene a confirmar la actitud de la República de Argelia en este supuesto, desvirtuando la institución de la inmunidad al pretender acogerse a ella en lo que constituye una mera relación laboral de carácter puramente privado, ajena al ejercicio de sus funciones soberanas.

39. Esta posición *pro operario* del Tribunal de Justicia se manifiesta también en sus respuestas a las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán. Respecto al contenido de los conceptos de ‘agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento’ recogidos en el artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001, el TJUE la resuelve acudiendo a su jurisprudencia interpretativa de dichas nociones que elaboró en el marco del Convenio de Bruselas, cuyo artículo 5.5 las utiliza como foros especiales de competencia en los litigios relativos a la explotación de un establecimiento secundario de una empresa. Pese al continuismo con dicha doctrina legal, éste constituye otro aspecto novedoso de la sentencia Mahamdia, que por vez primera se pronuncia sobre el contenido de estos conceptos en el ámbito del Reglamento nº 44/2001 y en el marco del contrato individual de trabajo.

40. La conclusión del Tribunal sobre este punto es considerar incluidas las embajadas en el contenido de los conceptos de ‘sucursal, agencia y cualquier otro establecimiento’, por entender que dichos centros cumplen los requisitos exigidos por su jurisprudencia para determinar si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. Dos son, en esencia, dichos requisitos: que el centro de operaciones se presente a la vista de terceros de una manera fácilmente reconocible y de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, y que el litigio traiga causa en actos relativos a la explotación de dichas entidades o en obligaciones contraídas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades.

Sobre esta base, el TJUE admite que aun siendo cierto que un ‘establecimiento’ es normalmente un lugar en el que se realizan actividades mercantiles, el concepto del artículo 18.2 resulta aplicable al ámbito de las embajadas por dos razones: porque el Reglamento no contiene ninguna disposición que las excluya expresamente de su ámbito de aplicación; y porque las embajadas disponen de una dirección propia, que celebra contratos de manera independiente, incluso en materia civil, como los contratos de trabajo<sup>68</sup>. En consecuencia, declara el Tribunal que en el ámbito de los contratos de trabajo celebrados por

<sup>67</sup> AC 1993\1971.

<sup>68</sup> Considerando 27 de la sentencia.

una embajada en nombre del Estado, ésta constituye un «establecimiento» en el sentido del artículo 18.2 del Reglamento nº 44/2001 cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor.

Esta ficción jurídica que implica considerar ciertos establecimientos como domicilio tiene el efecto de establecer una excepción más a la regla general que delimita el ámbito de aplicación personal del Reglamento mediante el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 2). Así interpretado, el artículo 18.2 permite someter la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a las disposiciones del Reglamento cuando el demandado no esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro en materia de contratos individuales de trabajo, pero tenga allí un establecimiento, agencia o sucursal. A la vista de lo cual, hay que valorar positivamente que la reforma del Reglamento nº 44/2001 aprobada en diciembre de 2012 haya incluido de forma expresa dicha excepción en el artículo 6, con el doble y beneficioso efecto de soslayar futuras dudas interpretativas en este ámbito y de ‘advertir’ a los empresarios no domiciliados en la Unión Europea pero establecidos en ella de que por tal circunstancia quedan sometidos al régimen comunitario de competencia judicial internacional.

**41.** La segunda cuestión prejudicial plantea por vez primera al Tribunal de Justicia la posibilidad de extender el régimen jurídico de la sumisión en el ámbito laboral, contenido en el artículo 21 del Reglamento, a una cláusula de sumisión que designe como competente un órgano judicial perteneciente a un Estado no miembro. Al resolverla, el Tribunal mantiene su tendencia tuitiva de la figura del trabajador, considerando que los términos del acuerdo implican una restricción de sus posibilidades de litigar y negándole por ello virtualidad /toda validez alguna. Siendo impecable el objetivo de esta interpretación -por coherente con el objetivo que inspira el entero sistema de competencia judicial internacional en materia laboral-, más cuestionable resulta su fundamento jurídico, que no se deduce con nitidez del razonamiento del Tribunal ni de las conclusiones presentadas por el Abogado General.

En esencia, sus respectivas argumentaciones sostienen que la aplicación del régimen del artículo 21 del Reglamento a un pacto de sumisión por definición excluido de su ámbito de aplicación se justifica porque el propio Reglamento no lo impide. Sin embargo, esta imprevisión del legislador comunitario resulta lógica si tenemos en cuenta que se trata de un supuesto ajeno al ámbito regulatorio del Reglamento, que no puede operar como parámetro legal de validez de un acuerdo de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, cuestión que únicamente ha de resolverse a la luz de la legislación procesal de dicho Estado. En este punto, resulta inevitable recordar la propia jurisprudencia -reiterada- del Tribunal de Justicia que sostiene que «*las reglas de competencia especial deben ser interpretadas de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento*»<sup>69</sup>. No obstante lo cual, la postura del Tribunal de Justicia resulta lógica y comprensible desde la ya apuntada perspectiva *pro operario*, pues una respuesta negativa abriría la puerta a la posibilidad de eludir la finalidad tuitiva del artículo 21 mediante el sencillo mecanismo de designar como competente la jurisdicción de un tercer Estado, no sometido a las normas del Reglamento y ajeno por tanto a las restricciones y límites que éste contiene en el ámbito del contrato de trabajo para evitar que el empresario abuse o se prevalga de su posición dominante.

**42.** Como último apunte, queda en el aire una duda: ¿qué ocurriría si, resuelto finalmente el litigio por el tribunal alemán, el Estado de Argelia se opusiera a la ejecución de la sentencia alegando su inmunidad de ejecución? Resulta evidente la suerte que habría de correr dicha decisión judicial en el caso de que hubiera hacerse efectiva en el país argelino, pero siendo así que su ámbito natural de ejecución es el territorio alemán, es lógico presumir una negativa del Estado condenado a acatar un eventual fallo condenatorio. Ciertamente es que, como indica el Abogado General en sus conclusiones, esta afirmación constituye una mera hipótesis, pero en absoluto resulta descabellado plantearla, teniendo en cuenta

<sup>69</sup> STJCE de 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, cit., apartado 28. Sobre el artículo 6.1 del Reglamento, vid. especialmente las SSTJCE de 13 julio 2006, *Reisch Montage*, 103/05, *Rec.* p. 6827, apartado 23, y de 11 octubre 2007, *Freeport plc.*, 98/06, *Rec.* p. 8319, apartado 35.

que -como admite el propio Sr. Mengozzi- la consecuencia de la inmunidad de ejecución «*consiste en que el Estado interesado se zafe de todo imperativo administrativo o judicial que pueda resultar de la aplicación de una sentencia*»<sup>70</sup>. Esta posibilidad plantearía un problema algo distinto, pues aun siendo aspectos de una misma institución, la inmunidad de ejecución recibe en la práctica un tratamiento jurídico diferente al de la inmunidad de jurisdicción, quedando su aplicación condicionada a la existencia de acuerdos bilaterales o prácticas sujetas al principio de reciprocidad. Sólo el tiempo dirá si de nuevo el Tribunal de Justicia habrá de solventar este nuevo problema.

---

<sup>70</sup> Apartado 28 de las conclusiones.



# THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

SARA TONOLO

*Associate Professor of International Law  
University of Trieste*

Recibido: 11.10.2012 / Aceptado: 19.11.201

**Resumo:** La tutela dell'adulto incapace è oggetto di crescente attenzione nell'ambito delle fonti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo. Il riferimento principale, in tale contesto, è dato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili, che rappresenta una tappa fondamentale nell'evoluzione della tutela internazionale dei diritti fondamentali dell'individuo, considerato come soggetto individualmente e socialmente debole, destinatario di garanzie particolari, e non più quale soggetto di diritti garantiti per altre categorie di soggetti. Tale centralità del soggetto disabile stimola alcune riflessioni anche nell'ambito del diritto internazionale privato, per la necessità di coordinare le diverse fonti nazionali e internazionali (ad es. la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000) della disciplina, al fine di rendere più efficace l'attuazione dei diritti dello stesso.

**Palavras-chave:** persone disabili, soggetto portatore di handicap, diritti fondamentali dell'individuo, diritto internazionale privato, Convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, criteri di collegamento, residenza, cittadinanza.

**Abstract:** The protection of persons with disabilities is a fundamental topic within the international human rights law. The perceived centrality of person with disabilities as subject of rights, as pointed out by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and by the associated Optional Protocol, raises also new questions in the conflict of laws' field. Conflicts of laws may arise as much from the absence of a uniform definition of person with disabilities, as from the different national rules on this matter. The 2000 Hague Convention on International Protection of Adults provides a uniform legal framework for international cases concerning vulnerable persons. Where the Convention is not in force (e.g. in Italy), conflicts of laws and jurisdiction must be solved by the interpretation of the national rules. In this context, the role of human rights must be considered essential.

**Key words:** persons with disabilities, vulnerable persons, incapacitated persons, human rights, Private International Law, 2000 Hague Convention of International Protection of Adults, connecting factors, residence, citizenship.

**Sumario:** I. General remarks. Principles and fundamental rights of persons with disabilities. II. Definitions of person with disabilities and problems of private international law. III. The characterization of the category of person with disabilities. Problems arising from the application of measures unfamiliar to the forum.

## **I. General remarks. Principles and fundamental rights of persons with disabilities**

**1.** The protection of persons with disabilities is a fundamental issue of the international human rights law, as the necessity of considering the needs and concerns of persons with disability is a generally accepted principle.

2. The perceived centrality of persons with disabilities as «subjects of rights, able to claim those rights as active members of society»<sup>1</sup> must be stressed. On this theme, the recent development of international law, and particularly the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and of the associated Optional Protocol by the General Assembly of the United Nations<sup>2</sup>, «has been hailed as a great landmark in the struggle to reframe the rights of persons with disabilities»<sup>3</sup>. Before the adoption of this Convention, persons with disability were not been explicitly recognised in the binding instruments of international human rights law. None of the equality clauses of the 1948 Universal Declaration of Human Rights<sup>4</sup>, of the 1966 International Covenant of Civil and Political Rights<sup>5</sup>, and of the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>6</sup>, mention persons with disability as a protected category. For international human rights law, the principle of non – discrimination and equality is a value in itself that can be derived directly from human dignity<sup>7</sup>.

3. The 1989 Convention on the Rights of the Child refers to «mentally and physically disabled» children in Article 23<sup>8</sup>. This rule sets out a range of obligations designed to ensure that children with disability receive as a particular category of children, ‘special care’ in relation to their ‘special needs’.

4. In the 1950 European Convention of Human Rights<sup>9</sup>, we don’t find a specific rule for the protection of disabled people, but it is significant that the rules generally stated for the protection of fundamental rights of individuals have been largely implemented by the Strasbourg Court to protect persons with disabilities, above all after the entry into force of Protocol n. 12<sup>10</sup>.

5. The General Assembly Mandate, under which the Convention on Rights of persons with disabilities was developed, stipulated that the negotiating Committee was to put in practice the existing human rights in the particular circumstances of persons with disability<sup>11</sup>. In spite of this, the Convention is a core constituent of international human rights law, rather than a subsidiary of existing law. Articles 3 to 9 contain overarching principles to be applied in the implementation of the convention. Article 3 enunciates the general principles on which the Convention is founded, including the inherent dignity of persons

<sup>1</sup> Statement by L. Arbour, UN High Commissioner for Human Rights on the Ad Hoc Committee’s adoption of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 5 December 2006, available at <http://www.ohchr.org/English/issues/disability/docs/statementhdec06.doc>

<sup>2</sup> See GA Res. 61/611, 13.12.2006, A/61/611; 15 IHRR 255. See *Disabilities – Handbook on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (Geneva: OHCHR, 2007), available at: <http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/ExclusionEqualityDisabilities.pdf>. See also: A. LAWSON, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities: New Era or False Dawn?*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, p. 563; R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *HRLR*, 2008, p. 2; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2008), pp. 535 – 559; ID, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3 (2009), pp. 259 – 280.

<sup>3</sup> R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of darkness into Light?*, p. 2.

<sup>4</sup> GA Res. 217 A (III), 10.12.1948.

<sup>5</sup> 999 UNTS 171.

<sup>6</sup> 993 UNTS 3.

<sup>7</sup> J. C. McCrudden, *Equality and Non – Discrimination*, in D. FELDMAN (ED.), *English Public Law*, Oxford, 2004. Pp. 581- 607.

<sup>8</sup> 1577 UNTS 3.

<sup>9</sup> 213 UNTS 2889; Council of Europe, *European Treaty Series*, n. 5, 4 November 1950.

<sup>10</sup> 29.3.2001, *D.N. v. Switzerland*, 27154/95 (art.5), § 42, where the Court states:»In the Court’s opinion, it would be inconceivable that Article 5 § 4 of the Convention, relating, *inter alia*, to such a sensitive issue as the deprivation of liberty of «persons of unsound mind» within the meaning of Article 5 § 1 (e), should not equally envisage, as a fundamental requisite, the impartiality of the court»; 1.12.2009, *G. N. and o. v. Italy*, 43134/05 (art.2, art. 14); 30.4.2009, *Glor v. Switzerland*, 134444/04 (art. 8); 7.2. 2012, *Cara-Damiani v. Italy* 2447/05 (art.3); 17.1.2012, *Stanev v. Bulgaria* 36760/06 (art. 5, art. 13), available at <http://www.hudoc.echr.coe.int>. On Protocol n. 12 see specifically C. PETTITI, *Le Protocole n. 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Une protection effective contre le discriminations*, in *Revue hellénique des droits de l’homme*, 2006, p. 805.

<sup>11</sup> J.E. LORD, *New Inspiration for the Human Rights Debate: the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, p. 397.

with disability, non – discrimination, and the full and effective participation of persons with disability in society. Article 4 sets out the general obligation to incorporate the terms of the convention into national laws, policies and programs, and to repeal national laws that are inconsistent with the convention<sup>12</sup>.

6. Moreover, the Convention sets out arrangements for implementation and monitoring of the convention at both the national and international level. At the international level, it includes the establishment of a new treaty body to monitor implementation of the convention, and to receive complaints about violation of the rights of persons with disabilities. Under the Optional Protocol (art. 1), the treaty body is also empowered to receive complaints about violations of rights from individuals and groups of individuals where they have exhausted domestic remedies. The Optional Protocol also establishes an inquiry procedure in relation to gross violations of fundamental rights<sup>13</sup>.

## II. Definitions of person with disabilities and problems of private international law

7. The question of a definition of «persons with disabilities» was one of the most controversial topics dealt with by the Convention. Among State delegations, the principal reason for this was concern about the impact of such definitions on different national systems. Article 1 describes persons with disabilities as «...those who have long – term physical, mental, intellectual or sensory impairments...». This notion seems open – ended and propositional, also because it is stated in the rule devoted to the application of the Convention (art. 1) and not in the Article 2, which is specifically aimed at the definition of five key terms used throughout the Convention. So it seems possible to extend the application of the Convention to persons with short – term impairments, arising from traumatic injuries and disease and to persons with episodic conditions (mood disorders, asthma). On this matter, it should also be noted that article 1, par.1, asserts that the purpose of the convention is «to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities»<sup>14</sup>.

8. However, in the absence of relevant case – law in this field, it must be pointed out that the boundaries of the category of persons to benefit from the Convention will be determined domestically.

9. So, in interpreting the definition of person with disabilities, we may therefore be able to find relevant constructive clues also in other sources, such as in the 2000 Hague Convention on the protection of adults, internationally in force since 1 January 2009<sup>15</sup>. The purpose of this Convention is in fact to organize «the protection in international situations of adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are not in a position to protect their interests» (art. 1, par. 1). As it is generally recognized that it is contrary to the interests of these unfortunate adults and of the carers

<sup>12</sup> For the Italian implementation of the Convention, see Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Guida dir.*, 2006, p. 28.

<sup>13</sup> On the Optional Protocol, see in *International Legal Materials*, 2007, p. 441, M. RASMUSSEN, O. LEWIS: «*It is disappointing, however to note the low number of States that have signed the Optional Protocol*»; J. VON BRNSTORFF, *Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen*, in *ZAORV*, 2007, p. 1041.

<sup>14</sup> On this topic, see F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, pp. 543 – 544, stressing the notion of disability as «evolving concept».

<sup>15</sup> The Convention was drawn up under the auspices of the Hague Conference on Private International Law, to replace the 1905 Hague Convention. The text is published in *ILM*, vol. 39 (2000), p. 7. It is in force among: Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Switzerland and United Kingdom. On this Convention see generally: A. BUCHER, *La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes*, in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, p. 37 e ss.; E. CLIVE, *The New Hague Convention on the protection of adults*, in *Yearbook of Private International Law*, 2000, pp. 1 – 23; P. LAGARDE, *La Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, in *Revue critique*, 2000, pp. 159 – 179; K. SIEHR, *Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener*, in *RabelsZ*, 2000, pp. 715 – 751; A. R. FAGAN, *An alaysis of the Convention on the international protection of adults*, in *Elder Law Journ.*, 2002, p. 329; M. REVILLARD, *La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'incapacité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 725.

looking after them, if there are disputes on such matters as jurisdiction, applicable law and the recognition in one country of measures taken in another<sup>16</sup>.

**10.** Regarding the definition of the incapacitated person's notion provided for by the 2000 Hague Convention, it must be pointed out that there was some discussion in the Special Commission about whether physical, as opposed to mental, impairment or insufficiency was covered. To clarify the matter, it must be probably followed the opinion that physical incapacity which is not accompanied by any mental incapacity does not put a person into a position where he or she cannot take decisions, and thereby protect his or her interests<sup>17</sup>.

**11.** Conflict of laws may arise as much from the absence of a uniform definition of person with disabilities as from different national rules on this matter. Conflicts of laws may emerge where there is not a uniform solution, e.g. in Italy where the 2000 Hague Convention is not in force. This Convention could determine the internationally agreed solution for the applicable law regarding different topics, such as the determination of incapacity, the placing of the adult with disabilities under the protection of a judicial or administrative authority, the guardianship, the curatorship and the analogous institutions<sup>18</sup>.

**12.** The Hague Convention on International Protection of Adults provides a uniform legal framework for international cases concerning vulnerable persons aged 18 and older. The Convention obliges Contracting States to introduce uniform rules on jurisdiction for matters within its scope, to adopt uniform rules on the law applicable to the measures adopted to protect persons with disabilities. The Convention stipulates the competence of State authorities as well as procedural standards for the recognition and enforcement of decisions taken in another State, and facilitates the issuance of a certificate, which is internationally valid, for the person entrusted with protection of the adult's person or property. Moreover, the system of inter-country cooperation is institutionalised by the Convention.

**13.** The Convention provides that a State has jurisdiction, regardless of the nationality of the vulnerable adult, if the vulnerable adult's «habitual residence» is located in that State. Concerning applicable law, the law of the State which has jurisdiction is applicable. However, there is an exception if the vulnerable adult is accidentally present in another Contracting State. In this case, the authorities of that State can take measures of protection of a temporary character, for which that State's own law is applicable. Those measures will lapse as soon as the State of «habitual residence» has taken action. In order to ensure the effective functioning of a system of protection, the Convention stipulates that the Contracting States have to designate Central Authorities, which have to co-ordinate the cross-border action to be taken. The Central Authorities can have recourse to the experience of professional agencies, such as International Social Service.

**14.** The 2000 Hague Convention has largely reduced the role of the citizenship as connecting factor, following the general trend to overcome the citizenship by the residence<sup>19</sup>. It recognises nationality as a independent ground of jurisdiction (art. 7, par. 1), but has provisions which give precedence to the habitual residence in case of conflict (art. 7, parr. 2 – 3)<sup>20</sup>. Similarly the role of nationality has been reduced within many international Conventions, where the dominance of habitual residence over natio-

<sup>16</sup> E. CLIVE, *The New Hague Convention*, pp. 2 – 3.

<sup>17</sup> E. CLIVE, *The New Hague Convention*, p. 5: «On human rights grounds, compulsory measures of protection would not be justified in relation to persons who have full decision-making capacity».

<sup>18</sup> See the Lagarde Explanatory Report, in *Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999*, La Haye, 2003, pp. 90 - 92.

<sup>19</sup> L. I. DE WINTER, *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*, in *Recueil des Cours*, 1969, p. 347; D. F. CAVERS, 'Habitual Residence': a Useful Concept?, in *AULR*, 1972, p. 476; W. DUNCAN, *Nationality and the protection of children across frontiers, and the example of intercountry adoption*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, pp. 75-86.

<sup>20</sup> For some observations on this solution reached at the Hague Conference, see E. CLIVE, *The New Hague Convention*, pp. 16-18.

nality is now fully realised (e.g. 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children<sup>21</sup>), as well as within the European regulations adopted in the field of judicial cooperation in civil matters, where the nationality is recalled in exceptional cases (e.g. art. 3 (1) (b) of Regulation EC no. 2201/2003 on jurisdiction, recognition and the enforcement of judgments in matrimonial matters<sup>22</sup>) and the habitual residence is the primary criterion<sup>23</sup>.

**15.** Indeed many provisions on conflict of laws and jurisdictions, provided for by some national systems, make use of different connecting factors, e.g. Article 43 of the Italian Private International Law Act of 1995, which is based upon the citizenship of the person with disabilities<sup>24</sup>, as a tribute to the Mancini's theories and to the «Italian School of International law»<sup>25</sup>.

**16.** Within the 2000 Hague Convention, the concept of «habitual residence» is not defined, except to clarify that any reference to habitual residence in that State concerns the habitual residence in a territorial unit (art. 45, letter. A)<sup>26</sup>. It 's self - evident, therefore, that the concept of «habitual residence» concerns, according to general criteria, is intended to factually connect an individual to a jurisdiction<sup>27</sup>. To define the application of this connecting factor, it's convenient to refer to the *Explanatory Report* to the Convention by Paul Lagarde<sup>28</sup>, which expressly recalls the elasticity of the concept as a guarantee of uniform application of the Convention, in light of the different interpretations of the concept of residence in some legal systems<sup>29</sup>. Moreover, it seems appropriate to underline that the connecting factor of the habitual residence constitutes a criterion variable in space and time, changing as the circumstances of an individual, or family, change over time. The habitual residence is therefore likely to lead to different results, where considered with regard to different subjects, e.g. the members of the same family, but living in different States, thus making it difficult to determine a single family residence<sup>30</sup>.

**17.** The notion of citizenship, as provided for by some national systems (e.g. the Italian) in some matters is more easily ascertainable and theoretically capable of achieving uniform regulation of the topics concerning persons with disabilities. When applying this criterion there is a general common understanding that in order to assess whether an individual possesses the nationality of a country, the law of such country should apply<sup>31</sup>.

**18.** Some problems may therefore arise in the application of this connecting factor, first in case of change of citizenship. The variability in this criterion may lead to problems of coordination between

<sup>21</sup> The 1996 Hague was influential on the preparation of the 2000 Hague Convention: on this point, see E. CLIVE, *The New Hague Convention*, pp. 3-4.

<sup>22</sup> In O. J. 2003, L 338/ 1-29. The Regulation is applicable to all States in the EU except Denmark.

<sup>23</sup> R. LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *JPIL*, 2007, p. 261; P. ROGERSON, *Habitual Residence: The New Domicile?*, in *ICLQ*, 2000, p. 49; BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000 (283), pp. 19 – 39.

<sup>24</sup> On article 43 see: C. HONORATI, *Art. 43*, in F. POCAR E ALTRI, *Commentario del diritto internazionale privato italiano*, Padova, 1996, p. 172; S. TONOLO, *Art. 43*, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2009, p. ....

<sup>25</sup> On this topic, see S. TONOLO, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuad. der. transn.*, 2011, pp. 178 – 192.

<sup>26</sup> The United Kingdom ratified the Convention, but only for Scotland. However, in the English *Mental Capacity Act 2005*, it is provided that the Convention applies in England and Wales.

<sup>27</sup> R. LAMONT, *Habitual Residence and Bruxelles II bis*, p. 273.

<sup>28</sup> *Explanatory Report*, p. 90.

<sup>29</sup> In France, see the judgment of Cass., 14.12.2005, in *Droit de la famille*, 2006, p. 19.

<sup>30</sup> M. HUNTER – HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme: Combination ou confrontation?*, in *Revue critique*, 2006, p. 763.

<sup>31</sup> On the citizenship as a connecting factor, see J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*, in *Revue critique*, 2010, p. 427; E. PATAUT, *Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2010, p. 617; S. CORNELOUP, *Refléxions sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité*, in *Clunet*, 2011, p. 491.

e.g. the law under which protection is established and then terminated. Then particular problems can be encountered as to the application of the link of citizenship in cases of persons with disabilities holding dual or multiple citizenship. With regard to this case, it may be found, in fact, that the choice of law with which the person with disability has the closest connection, according to rules like the art. 19, par. 2 of the Italian Private International Law Act of 1995, could affect the application of a protective measure, similarly to what would happen if among the different nationalities there was the Italian and then the protection disposed by the Italian law would be effective. Infact Article 19 par. 2 states that if an individual has the Italian and a foreign nationality, the former prevails. The protection provided by a foreign law could be rejected by the application of the Italian law.

19. A different solution could perhaps be reached in the countries where the effective nationality is taken into consideration in the choice of laws problems when the individual possesses the citizenship of the forum together with a foreign nationality and both nationalities are placed on the same footing. In any case this solution could be generally accepted as consistent with the objectives of protection of persons with disabilities: as the Italian Supreme Court established in relation to the 1961 Hague Convention on the protection of minors in the case of a minor with dual nationality<sup>32</sup>.

20. Moreover, particular conflict of laws' problems are determined by the contrast between connecting factors e.g. residence and citizenship, as well as by the different characterizations of connecting factors<sup>33</sup>. These problems could be both resolvable through the ratification of the Hague Convention, or throughout the *renvoi*, as provided by e.g. the Italian conflict of laws system (article 13 of the Italian Private International Law Act of 1995)<sup>34</sup>, which allows that the law of conflict of laws of the involved foreign states may be taken into consideration<sup>35</sup>.

### III. The characterization of the category of person with disabilities. Problems arising from the application of measures unfamiliar to the forum

21. The definition of the notion of person with disabilities is important also for another purpose of conflict of laws rules: the characterization as a prerequisite to determine the applicable law<sup>36</sup>. It is interesting, in this regard, to note the choice of the 2000 Hague Convention which, as mentioned, does not use the term «incapacitated», because it is understood differently within individual jurisdictions and therefore jeopardizes the uniformity of the solutions, but refers more specifically to the adults who present an impairment or insufficiency of their personal faculties, rendering them unable to defend their personal interests or property (art. 1 par. 1).

<sup>32</sup> Cass., s.u., n. 1, 9.1.2001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 128.

<sup>33</sup> A. T. VON MEHREN, *The Renvoi and its Relation to Various Approaches to the Choice of Law Problem*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in honor of H. E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 380 – 394.

<sup>34</sup> On Article 13, see: F. MOSCONI, *Art. 13*, in F. POCAR ET AL., *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* Padova, 1996, pp. 54 – 58; F. MUNARI, *Art. 13*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Nuove leggi civili commentate*, Padova, 1996, pp. 1018 – 1035; L. FUMAGALLI, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 829 – 848; P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 122; G. CONETTI, *Art. 13*, in G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano, Legge 31 maggio 1995, n. 218*, Torino, 2009, p. 41.

<sup>35</sup> A. BRIGGS, *In Praise and Defence of Renvoi*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, pp. 877 – 884. For an application of the *renvoi* in the Italian conflict of laws' system in this matter, see Trib. Pordenone, 7 marzo 2002, in *Corr. giur.* 2002/6, pp. 773 – 774; in this case the Italian rules (art. 414 ss. c.c.) were applied to an Argentine citizen with disabilities domiciled in Italy.

<sup>36</sup> On the origins of the operation of characterization, see J. D. FALCONBRIDGE, *Characterization in the Conflict of Laws*, in *The Law Quarterly Review*, 1937, pp. 235 – 258, p. 236, where he states «characterize or define the juridical nature of the subject or question upon which its adjudication is required». On the development of different terms, e.g. «qualification», see A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Delimitation of Right and Remedy in the Cases of Conflict of Laws*, in *British Yearbook of International Law*, 1935, p. 20 e ss. More recently, see K. LIPSTEIN, *Characterization*, in *International Encyclopedia of Comparative Law, III, Private International Law*, 5, 1999, pp. 3 – 35, p. 22.

22. Many doubts may arise e.g. in the case where the national law of the adult with disabilities provides for protection measures unknown to the forum (eg. forced hospitalizations in the treatment of drug addiction). This may happen in the Italian courts, holding almost unlimited jurisdiction in the matter, according to the dispositions of art. 44 of the Italian Private International Law Act of 1995. The Italian judge may be asked to apply measures unknown (created to protect a weak person), which may be the trust of the common law countries<sup>37</sup>, the «mandat d'incapacité», recently regulated by some systems of civil law (Spain, Germany, France)<sup>38</sup>, or a living will, governed by some foreign legal systems<sup>39</sup>.

23. The application of unfamiliar measures is very complicated for the judge when he is asked for them<sup>40</sup>. In order to overcome the lack of useful references within the law of the forum, it seems necessary to apply the method of comparative analysis of legal conflict<sup>41</sup>. It is convenient to see if within the context of the connecting factors, provided by the Italian system of private international law in relation to other cases, the measures required can be linked, by reason of the fact that the concepts aimed to describe such situations may be understood with the same meaning of the terms used by foreign legal systems. The identification of the applicable rules is then carried out as part of a subsequent and distinct method within the law invoked.

24. This happens, unless there is a specific discipline, such as e.g. the 1985 Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition<sup>42</sup>. Similarly, for the regulation of the «mandat d'incapacité», the solution may be found in the uniform rules posed by the 2000 Hague Convention (Article 15), identifying the law applicable to this case in the State of habitual residence of the person with disabilities at the time of the transfer of powers or, alternatively, in the written choice by the principal among the citizenship, the residence or the country of location of its assets<sup>43</sup>. In this case it must be pointed out that the choice of law solution adopted in the Convention aims to protect the incapacitated person and not to guarantee the certainty of the legal state of affairs for third subjects having patrimonial intercourse with the incapacitated person.

25. A general solution for all these problems regarding persons with disabilities in the conflict of laws' field could perhaps be defined only throughout an interpretation guided by the general principles of the New York Convention<sup>44</sup>, pending the desirable ratification of the 2000 Hague Convention. In fact it is generally recognized that, because of the relevance of fundamental rights also in conflict of laws' field, criteria must be found to allocate these rights in a suitable way<sup>45</sup>. A mere reference to the personal

<sup>37</sup> Trusts are outside the provision of Article 15 of the 2000 Hague Convention on «powers of representation granted by an adult», as it is self-evident that a trustee is not a representative of the settlor. See E. CLIVE, *The New Hague Convention*, p. 6, nt. 15.

<sup>38</sup> On this topic, see M. REVILLARD, *La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'incapacité*, p. 725.

<sup>39</sup> T. BALLARINO, *Is a conflict rule for living wills and euthanasia needed?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, pp. 5-26.

<sup>40</sup> On this problem regarding measures like the Zugewinnausgleich in the German system, see W. LORENZ, *Gebrauchsvermögen, Ersparnisse und gesetzlicher Güterstand im deutsch-österreichischen Verhältnis: Normenmangel oder renvoi kraft abweichender Qualifikation?*, in *IPRax*, 1995, pp. 47 – 51; E. M. DERSTADT, *Der Zugewinnausgleich nach § 1371 BGB bei Geltung des französischen Erbrechts*, in *IPRax*, 2001, pp. 84 – 91.

<sup>41</sup> E. RABEL, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Ann Arbor; Chicago, 1945, vol. I, pp. 64 – 67; ID, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Ann Arbor; Chicago, 1947, vol. II, pp. 294; ID, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Ann Arbor; Chicago, 1950, vol. III, pp. 475 - 524.

<sup>42</sup> On this Convention see: D. J. HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their recognition*, in *ICLQ*, 1987, p. 260; R. LUZZATTO, *Legge applicabile e riconoscimento di trust secondo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1995*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 5; G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2005.

<sup>43</sup> On this issue see T. BALLARINO, *Is a conflict rule*, p. 21.

<sup>44</sup> See generally: R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of Darkness into light?*, p. 29, nt. 123: «This is the first time access to justice has appeared as a substantive right in a UN human rights instrument. A more traditional formulation of the right of equality before the law is found in Article 12, CRPD».

<sup>45</sup> M. HUNTER – HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme*, p. 763.

law of the subject does not always seem suitable, even in countries which follow the national law's competence. Regard may be given to other laws, when the surroundings of the incapacitated person are located in such a way that it is not possible to rely exclusively on his personal statute, to make effective the search of a law which confers those rights in a transnational situation.



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).