

---

ESTUDIOS	Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	5
	Alcance de los controvertidos Artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de <i>lege lata</i> y propuestas de <i>lege ferenda</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	45
	Le delegazioni dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona Struttura, status e funzioni ELISA BARONCINI	68
	Article 20 of the Unesco convention on cultural diversity: its use for promoting respect for cultural diversity in WTO Law BEATRIZ BARREIRO CARRIL	108
	Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012 NAIVÍ CHIKOC BARREDA	121
	A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II <i>bis</i> ) ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES	147
	Los contratos internacionales de construcción «llave en mano» AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	161
	Il ruolo del professionista forense e la rilevanza degli obblighi informativi nel procedimento conciliativo MARIA PAOLA MANTOVANI	236
	Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO	253
	Shaping the EU investment regime: choice of forum and applicable law in international investment agreements FRANCISCO J. PASCUAL VIVES	269
	El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea MANUEL REY-ALVITE VILLAR	294
	Una nueva fórmula para la supresión del <i>exequátur</i> en la reforma del reglamento Bruselas I M <sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	330

---

---

VARIA	Capacidad del vendedor de un inmueble y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001 CELIA CARRILLO LERMA	349
	Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europeo MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	357
	Il “Cristo Portacroce” del romanino: una controversia sulla proprietà delle opere d’arte SARA IANOVITZ	367
	Protección de los derechos sobre bienes inmateriales ofertados en internet ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	379
	Contratos electrónicos internacionales B2C y protección del pequeño empresario M <sup>a</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL	387
	The Law of Nations in the United States Constitution after the cases <i>Sosa V. Alvarez</i> and <i>Kiobel V. Royal Dutch Petroleum CO.*</i> DALIA PALOMBO	397
	Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral ciadi en España ( <i>Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende C. República de Chile</i> ): sin exequátur JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA	414

---

SOBRE CDT	Normas de publicación	432
-----------	-----------------------	-----

## ***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 MANSEL  
(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

# REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO Y ACTIVIDAD NOTARIAL

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia, España*

Recibido: 16.01.2014 / Aceptado: 20.01.2014

**Resumen:** El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 12 julio 2012 recoge un conjunto de soluciones vanguardistas que ayudan a la construcción del espacio judicial europeo. En dicho contexto, el Reglamento potencia el papel de los notarios desde diferentes puntos de vista. La libre circulación europea de los testamentos y demás documentos públicos sucesorios autorizados por los notarios, la elección por el causante de la Ley aplicable a su sucesión *mortis causa*, el principio de la libre elección de notario, y el certificado sucesorio europeo son sólo algunos ejemplos de la confianza que el Reglamento sucesorio europeo deposita en los notarios.

**Palabras clave:** notarios, UE y Derecho internacional privado, sucesión *mortis causa*, elección de Ley aplicable a la sucesión, Certificado sucesorio europeo.

**Abstract:** The European Succession Regulation 650/2012 of July 12, 2012 includes a set of advanced solutions that help to build the European judicial area. In this context, the European Succession Regulation enhances the role of notaries from different points of view. European free movement of wills and other public documents issued by notaries, the choice of law made by the deceased person, the principle of free choice of notary, and the European Certificate of Succession are just some examples of the growing confidence that the European Succession Regulation has in notaries.

**Keywords:** notaries, EU and private international law, succession, applicable law to succession matters, European Certificate of Succession.

**Summary:** I. La sociedad líquida del siglo XXI y las sucesiones *mortis causa* internacionales. Escenario normativo en Derecho internacional privado europeo y español. II. Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 sobre sucesiones *mortis causa*. Aspectos generales. III. La intervención notarial en el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 sobre sucesiones *mortis causa*. 1. Notarios españoles y competencia internacional en el sector sucesorio. A) El concepto de “tribunal” y la exclusión de los notarios. B) Competencia internacional notarial y Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Situación en España. 2. Notarios españoles y ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en supuestos internacionales. A) Aplicación notarial de las normas de conflicto europeas en el sector sucesorio. B) Actividad notarial y *professio juris* sucesoria. C) Actividad notarial y autorización de testamentos con validez europea. 3. Libre circulación de los documentos notariales en la Unión Europea. A) Validez de los documentos sucesorios notariales en la UE. B) Certificado sucesorio europeo. Intervención notarial. IV. Consideraciones finales. Las cinco victorias notariales y el Derecho internacional privado sucesorio europeo.

## **I. La sociedad líquida del siglo XXI y las sucesiones *mortis causa* internacionales. Escenario normativo en Derecho internacional privado europeo y español**

1. La movilidad internacional de las personas, de los capitales y de las inversiones constituyen, como ilustra J. BOLÁS, los datos fácticos que explican la importancia actual del Derecho sucesorio inter-

nacional<sup>1</sup>. Esta relevancia cualitativa de las sucesiones mortis causa internacionales se une a la importancia cuantitativa de las mismas. En efecto, el aumento del número y de la complejidad de las sucesiones *mortis causa* internacionales constituye una realidad evidente, en particular, en la UE y ello debe a varios factores clave perfectamente descritos por C. BALDUS<sup>2</sup>: a) *La emigración de personas del sur de Europa a países del norte durante la segunda mitad del siglo XX*. Estas personas están falleciendo, lo que hace que se planteen, en la actualidad, problemas sucesorios internacionales. El Derecho sucesorio internacional percibe los fenómenos sociales con un notable pero lógico retraso; b) *Las migraciones hacia Europa de personas procedentes de África y Asia*. Estos movimientos de personas se han incrementado desde los años noventa del siglo XX. Al proceder de áreas geográfico-culturales muy alejadas de Europa, estas personas han traído consigo su Derecho, un Derecho edificado sobre presupuestos ideológicos muy distintos de los propios del Derecho occidental. El Derecho religioso penetra así en Europa; c) *Los movimientos de trabajadores del este de Europa hacia la Europa occidental*. Este fenómeno se ha visto propiciado por el auge del sector servicios en numerosos Estados de la UE, y en especial, en España; d) *El turismo estable de los pensionistas*. Es claro que los desplazamientos de las personas retiradas y pensionistas desde el frío y gris norte de Europa hacia la cálida y soleada Europa del sur constituyen un elemento importante del paisaje social del siglo XXI; e) *Los movimientos intra europeos en Occidente*. Los nacionales de los Estados miembros se trasladan cada vez con más frecuencia dentro de la UE en busca de objetivos laborales, lúdicos, culturales o familiares; f) *La descomposición de la familia nuclear clásica*. Como ha descrito con acierto Z. BAUMAN, la sociedad actual es reflejo de una “modernidad líquida”<sup>3</sup>. Un número muy elevado de personas carecen de valores ideológicos, políticos, religiosos y culturales sólidos. Han perdido tales referencias. Son víctimas de la rapidez acelerada de los cambios técnicos, sociales y económicos. La consecuencia de ello en el campo de las relaciones familiares es clara: los vínculos humanos se han debilitado, se hacen más flexibles, breves, provisionales y frágiles. Los individuos coloca, con gran frecuencia, en su cénit valorativo, al bienestar económico. La flexibilidad es la nueva virtud personal, pues ello permite adaptarse a las cambiantes circunstancias de la vida y alcanzar el ansiado bienestar económico. Bienvenidos a la “sociedad líquida”. En el siglo XXI, las familias se deshacen con rapidez y las personas encuentran nuevas parejas y cambian de país de residencia con facilidad: el “*fresh start familiar*” está de moda. Ello hace que ciertas personas dejen bienes, tras su fallecimiento, a sujetos ajenos a su primera familia y también a personas que no pertenecen a su familia en el sentido tradicional del término: cuidadores, convivientes de hecho, amigos, instituciones de caridad, etc. Ello supone que ciertos sujetos beneficiados por la tradicional “legítima” contemplan atónitos cómo el causante los ignora paladinamente en su testamento. Ello se combina, igualmente, con el auge de figuras jurídicas ajenas al testamento, como los *trusts*. Ciertos causantes, incluso aquéllos residentes en países europeos de *Civil Law*, prefieren dejar sus bienes a un *trust* para que sean correctamente gestionados en beneficio de personas o instituciones que no tiene nada que ver con los legitimarios, con sus parientes cercanos.

2. En esta línea, los datos que aporta J.L. IGLESIAS BUHIGUES resultan elocuentes por sí solos: (1) En la UE residen 18 millones y medio de personas que no poseen la nacionalidad de un Estado miembro (2006); (2) Más de 5 millones de personas nacionales de un Estado miembro de la UE reside habitualmente en otro Estado miembro distinto; (3) Existen más de 3 millones de inmuebles situados en Estados miembros que son propiedad de personas que no residen en dicho Estado miembro. Más de 800.000 ciudadanos alemanes son propietarios de inmuebles en España, Italia y Francia<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> J. BOLÁS, “Las sucesiones *mortis causa* transfronterizas en la Unión Europea”, *Escritura Pública*, nº 63 (mayo-junio 2010), pp. 38-39.

<sup>2</sup> CH. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215; CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un Reglamento de sucesiones”, <http://www.elnotario.com>; CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 49, 2009, pp. 419-438.

<sup>3</sup> Z. BAUMAN, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, esp. pp. 157-166, con referencias a las relaciones personales y familiares.

<sup>4</sup> J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de sucesiones en la UE”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 337-364.

Por todo ello, es frecuente que el patrimonio del causante se encuentre en Estados distintos, que el causante ostente nacionalidad extranjera o que tenga su residencia habitual en otro país, que el testamento se otorgue o redacte en país extranjero, y que existan herederos y acreedores del causante con residencia en diferentes países. Y es también cada vez es más habitual la necesidad de ejecutar en España sentencias extranjeras en materia sucesoria y de hacer valer en España actos notariales extranjeros en materia sucesoria, tales como escrituras de partición y adjudicación de herencia, declaraciones de herederos y testamentos. Es también cada vez más común la ejecución en el extranjero de sentencias y actos notariales españoles en materia sucesoria. Los países de procedencia de los causantes que residen habitualmente en Europa, según indica P. DIAGO DIAGO, se han diversificado de manera exponencial en los últimos años<sup>5</sup>.

**3.** Frente a este escenario social líquido, mutante y vertiginoso, resulta preciso concretar cuál es, en el momento presente, la regulación legal actual de la sucesión *mortis causa* en España.

El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo constituye la norma central del Derecho europeo en la regulación de esta materia<sup>6</sup>. Es conocido como el “Reglamento europeo sobre sucesiones” (RES). El carácter *erga omnes* del Reglamento 650/2012 y la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros comportan tres consecuencias relevantes, bien concretadas por C. AZCÁRRAGA MONZONIS y A. RODRÍGUEZ BENOT.

(a) En relación con la competencia judicial internacional, las autoridades judiciales españolas deben aplicar el Reglamento 650/2012 a los supuestos de sucesión *mortis causa* que se les susciten y no el art. 22 LOPJ, que queda completamente desactivado para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el sector sucesorio (A. BONOMI)<sup>7</sup>.

(b) En relación con la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, las autoridades españolas, judiciales y extrajudiciales, aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 y no el art. 9.8 CC.

(c) En lo que respecta al reconocimiento y ejecución en España de resoluciones y documentos públicos expedidos en otros Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012 que versan sobre cuestiones sucesorias, debe aplicarse lo dispuesto en dicho Reglamento y no por lo establecido en las normas españolas de producción interna (art. 954 LEC 1881) ni por lo establecido en los convenios internacionales firmados por España<sup>8</sup>. Como destaca A. BONOMI, este Reglamento 650/2012 constituye un elemento que, de nuevo, confirma que el espacio reservado a las normas nacionales de DIPr. de cada Estado miembro se reduce progresivamente<sup>9</sup>. El DIPri europeo crece y el DIPr. nacional de los Estados miembros disminuye y se encuentra ya, en realidad, en fase de cuarto menguante.

**4.** Las cuestiones relativas a la sucesión *mortis causa* internacional no reguladas por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] se rigen, en España, por los diversos grupos normativos que componen el DIPr. español.

(a) *Convenios internacionales*. Son aplicables para España en relación con ciertos aspectos concretos de la sucesión testamentaria algunos convenios internacionales: (1) Convenio de La Haya de

<sup>5</sup> P. DIAGO DIAGO, “La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 671-692.

<sup>6</sup> DOUE L 201 de 27 julio 2012.

<sup>7</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 297.

<sup>8</sup> C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “International Successions in Spain: the impact of a new EU Regulation”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 15, 2009, pp. 39-62; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 675-704.

<sup>9</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 294.

5 octubre 1961 [Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias]; (2) Convenio de Basilea de 16 mayo 1972 [inscripción de testamentos]. El Convenio de La Haya de 1 agosto 1989, sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, actualmente no está en vigor para España ni para ningún país del mundo (a fecha 13 enero 2014). Ha sido firmado exclusivamente por Argentina, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, pero sólo los Países Bajos lo han ratificado, lo que es insuficiente para que entre en vigor. No debe confundirse el hecho de que la Ley holandesa de 4 septiembre 1996 haya “copiado” los preceptos de este convenio en su legislación interna. En efecto, ello no supone que tal convenio esté en vigor para dicho país ni para ningún otro, como indica M. REVILLARD (*vid.* con error sobre este particular, SAP Alicante 5 octubre 2010 [causante holandesa y reenvío al Derecho español])<sup>10</sup>; (3) Ciertos convenios internacionales firmados por España se ocupan del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras relativas a la sucesión *mortis causa*. La mayor parte de los mismos son convenios generales que regulan el reconocimiento y *exequatur* de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia civil y mercantil entre España y otro concreto Estado<sup>11</sup>. Aparte estos “convenios bilaterales generales”, debe subrayarse la existencia del Convenio entre España y Grecia fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y España, respectivamente, de 6 mayo 1919<sup>12</sup>.

(b) *Normativa de producción interna española.* El art. 9.8 CC. Los aspectos jurídicos relativos a la determinación de la Ley estatal aplicable a la sucesión internacional se rigen, en España, por el art. 9.8 CC. Este precepto, según precisan J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, es aplicable, fundamentalmente, en relación con dos cuestiones:<sup>13</sup> (a) Para determinar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en los casos internacionales hasta el 17 agosto 2015, momento en el que todos los preceptos legales del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] se aplicarán en su integridad e impedirán la aplicación, en España, del art. 9.8 CC; (b) Para fijar la Ley aplicable a los casos de sucesión *mortis causa* propios del “Derecho interregional” (art. 38 RES). Por otro lado, en el caso de que ninguno de los antes nombrados convenios bilaterales sea aplicable al caso en cuestión, el reconocimiento y *exequatur* en España de resoluciones extranjeras en materia sucesoria deberá superar las condiciones recogidas en el art. 954 LEC 1881 (SAP Lugo 23 septiembre 2004 [*exequatur* de sentencia en materia sucesoria dictada en Guatemala]), visto que el sistema de reciprocidad (arts. 952-953 LEC 1881) está en total desuso.

## II. Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 sobre sucesiones *mortis causa*. Aspectos generales.

5. El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (RES) constituye la norma central del Derecho europeo en la regulación de esta materia<sup>14</sup>.

6. Este Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [sucesiones *mortis causa*] es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en los Estados miembros que participan en el mismo (art.

<sup>10</sup> M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 67-86.

<sup>11</sup> En efecto, existen diversos convenios internacionales bilaterales de carácter general que regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones, en vigor para España, que cubren la materia sucesoria. Son los siguientes: a) Convenio hispano-suizo de 19 noviembre 1896; b) Convenio hispano-colombiano de 30 mayo 1908; c) Convenio hispano-francés de 28 mayo 1969; d) Convenio hispano-italiano de 22 mayo 1973; e) Convenio hispano-alemán de 14 noviembre 1983; f) Convenio hispano-austríaco de 17 febrero 1984; g) Convenio hispano-checoslovaco de 4 mayo 1987; h) Convenio hispano-chino de 2 mayo 1992; i) Convenio hispano-soviético de 26 octubre 1990; j) Convenio hispano-uruguayo de 4 noviembre 1987, de cooperación Jurídica; k) Convenio hispano-argelino de 24 febrero 2005; l) Convenio hispano-mauritano de 12 septiembre 2006.

<sup>12</sup> Gaceta de Madrid de 3 diciembre 1920.

<sup>13</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (Dir.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2012, pp. 13-19.

<sup>14</sup> Texto oficial en *DOUE* L201 de 27 julio 2012.

288.II TFUE). No precisa de una normativa de desarrollo por parte de tales Estados miembros. El Reglamento es imperativo, en el sentido de que todo supuesto cubierto por su ámbito de aplicación debe ser regulado por el mismo. Las partes y las autoridades de los Estados miembros carecen del poder de “descartar” a su conveniencia la aplicación del Reglamento. En tal sentido, todos los tribunales, tal como éstos se definen en el mismo Reglamento, “*están vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo*” (Cons. [20] RES). El Reglamento 650/2012 no armoniza ninguna normativa nacional de los Estados miembros, sino que, como bien precisa K.W. LANGE, crea un DIPr. sucesorio europeo de nuevo cuño<sup>15</sup>. En realidad, todo el actual DIPr. de la UE es un “Derecho reglamentario”, opina C. BALDUS, bien pertrechado para proporcionar soluciones prácticas y útiles para los ciudadanos que circulan en la UE<sup>16</sup>.

7. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] es un “Reglamento triple”. Regula estas tres cuestiones o tres sectores del DIPr.: (i) la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros participantes en el mismo; (ii) la determinación de la Ley estatal aplicable al fondo o sustancia de la sucesión *mortis causa* y (iii) el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades de los Estados miembros participantes relativas a sucesiones *mortis causa* (*vid.* Cons. [5] y [8] RES). Este enfoque de *unification simultanée* de las reglas de estos tres sectores del DIPr. en el sector sucesorio garantiza que las soluciones jurídicas adoptadas en cada uno de los tres sectores del DIPr. presenten un alto grado de coordinación<sup>17</sup>. Ello aumenta la calidad de respuesta normativa del texto y beneficia tanto a las autoridades que aplican el Reglamento, como a los operadores jurídicos especializados en el tratamiento jurídico de la sucesión *mortis causa* y a los particulares afectados.

8. Este Reglamento es aplicable para todos los Estados miembros de la UE excepto Reino Unido, Irlanda (Cons. [83] RES y arts. 1 y 2 Protocolo 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE), y Dinamarca (Cons. [83] RES y arts. 1 y 2 Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y TFUE). Las autoridades de dichos Estados miembros no aplican el Reglamento 650/2012 y tales Estados no se consideran “Estados miembros” a efectos del Reglamento.

9. El Reglamento 650/2012 es un Reglamento de efectos jurídicos *erga omnes*. Esta afirmación exige, no obstante, una doble precisión.

1º) *Competencia judicial internacional y derecho aplicable a la sucesión mortis causa*. El Reglamento 650/2012 regula la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros en materia sucesoria y precisa la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* con independencia de las nacionalidad, domicilio y residencia habitual del causante y de las partes implicadas. Es también indiferente que la Ley designada por el Reglamento para regular la sucesión *mortis causa* sea o no sea la Ley de un Estado miembro (art. 20 RES). En este sentido, el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] presenta un carácter *erga omnes*.

2º) *Validez extraterritorial de decisiones en el sector sucesorio*. El Reglamento sólo regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones en el sector sucesorio entre los Estados miembros participantes en el mismo, no en relación con terceros Estados. En este sentido, el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no presenta carácter *erga omnes*.

10. Este Reglamento constituye un producto normativo de Derecho internacional privado. En relación con este aspecto, cabe formular importantes observaciones.

<sup>15</sup> K.W. LANGE, “Die geplante Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2011, pp. 426-437.

<sup>16</sup> C. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215.

<sup>17</sup> P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

Primera. El Reglamento no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembros participantes que regulan la sucesión *mortis causa*. Cada Estado miembro conserva, naturalmente, su Derecho sustantivo en esta materia. En tal sentido, el Cons. [6] RES recuerda que el Reglamento 650/2012 tiene en cuenta “*los sistemas judiciales de los Estados miembros, incluido el orden público, y las tradiciones nacionales en este ámbito*”.

Segunda. El Reglamento 650/2012 contiene únicamente “normas de DIPr.”. En efecto, el Reglamento recoge: (a) Normas que determinan la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros participantes en el mismo en relación con las sucesiones *mortis causa*; (b) Normas de conflicto que precisan la Ley estatal aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa*; (c) Normas sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por los Estados miembros participantes relativas a sucesiones *mortis causa*.

Tercera. El Reglamento sólo regula las sucesiones *mortis causa* internacionales, no las que presentan un carácter “nacional” o meramente “interno”. Ahora bien, en lo relativo a la regulación del fondo de las sucesiones *mortis causa* internacionales, el Reglamento no emplea normas materiales o sustantivas, esto es, no utiliza “normas materiales especiales de DIPr.”. El Reglamento sólo recoge “normas de conflicto” perfectamente multilaterales. Tales normas designan la Ley estatal aplicable a las sucesiones *mortis causa* internacionales.

**11.** La correcta aplicación del Reglamento exige su previa y cabal interpretación y adecuada comprensión intelectual por el aplicador jurídico y el operador legal. Diversos aspectos deben ponerse de relieve en relación con esta cuestión.

1º) *La necesidad de la interpretación uniforme-europea del Reglamento.* Debe evitarse el riesgo de que el Reglamento 650/2012 sea interpretado de manera distinta por tribunales distintos de los Estados miembros. Ello conduciría a una “aplicación no uniforme” del Reglamento, lo que dinamitaría la seguridad jurídica internacional en la UE. Objetivo que, precisamente, persigue dicho Reglamento. Ello potencia la definición en clave europea y no nacional de los términos legales, instituciones jurídicas y mecanismos aplicativos incluidos en el reglamento 650/2012.

2º) *El recurso prejudicial de interpretación.* Para evitar este indeseable resultado, el art. 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE) permite que ciertos tribunales y autoridades de los Estados miembros puedan, a través del “recurso prejudicial”, solicitar al TJCE que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Reglamento 650/2012. Ello permite que el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto solicite el parecer del TJUE sobre una concreta cuestión de interpretación del Reglamento, con el objetivo de dictar una sentencia correcta, ajustada al verdadero sentido del Reglamento 44/2001.

3º) *La lista de definiciones legales y los conceptos no definidos por el legislador.* Para facilitar la precisión de ciertos conceptos clave del Reglamento, expone C. NOURISSAT, el art. 3 RES ha retomado, afortunadamente, la tradición de incluir una lista de “definiciones” de términos particularmente importantes y complejos en la dinámica aplicativa del mismo<sup>18</sup>. Se trata de una lista de interpretaciones auténticas, dadas por el mismo legislador, que reducen el margen de maniobra hermenéutica del aplicador del Reglamento 650/2012. No todos los conceptos empleados por el Reglamento disponen de su propia definición auténtica en el art. 3 RES. En tales casos, el TJUE puede proporcionar una definición jurisprudencial y uniforme, en sentido europeo, del concepto en cuestión. Es muy probable que el TJUE, en estos casos, opte por potenciar la interpretación europea del término del que se trate y no una interpretación con arreglo aun concreto “Derecho nacional” de un concreto Estado miembro. En efecto, sólo de ese modo, precisa el citado C. NOURISSAT, será posible garantizar la aplicación armónica y uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros<sup>19</sup>. En consecuencia, el TJUE indicará que los conceptos del Reglamento 650/2012 deben ser interpretados de manera autónoma, con referencia, principalmente,

<sup>18</sup> C. NOURISSAT, “Le champ d’application du règlement”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 17-36.

<sup>19</sup> C. NOURISSAT, “Le champ d’application du règlement”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 2013, pp. 17-36.

al sistema y a los objetivos del Reglamento, a fin de asegurar la aplicación uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros. Puede señalarse que salvo remisión expresa o implícita del Reglamento en favor de un específico Derecho nacional de un concreto Estado miembro, los términos jurídicos del DIPr. europeo deben definirse con arreglo a criterios europeos, propios del Derecho de la UE, sin remisión alguna en favor del Derecho nacional de un Estado miembro.

4°) *Precisión de las nociones autónomas del Reglamento 650/2012*. Para precisar las “nociones autónomas” del Reglamento y para concretar su sentido último, se utilizan varias “herramientas interpretativas”. El operador jurídico debe combinar todas estas herramientas para ofrecer las interpretaciones o respuestas más adecuadas. Debe prevalecer la mejor fundada en Derecho, la que ofrezca resultados más razonables. Entre todas estas herramientas interpretativas, la que presenta un mayor peso es la que se refiere a los objetivos a conseguir por el Reglamento 650/2012. En suma, las herramientas metodológicas europeas que deben emplearse para interpretar el Reglamento y sus conceptos son las que siguen: (a) La combinación de las versiones literales oficiales del Reglamento en distintas lenguas; (b) Los principios inspiradores del Reglamento 44/2001; (c) Los objetivos del Reglamento y de las disposiciones de dicho Reglamento sobre cuya interpretación se debate; (d) Los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales; (e) Los antecedentes históricos del Reglamento 650/2012; (f) El ligamen entre el Reglamento 650/2012 y el Derecho originario europeo (TUE y TFUE).

5°) *Ventajas de una interpretación autónoma-europea-uniforme del Reglamento 650/2012*. La “interpretación autónoma” del Reglamento 650/2012 comporta distintas ventajas: (a) Garantiza la uniformidad de interpretación y aplicación del Reglamento en todos los Estados miembros participantes; (b) Supone un beneficio para los operadores legales y particulares que actúan en la UE, pues cuentan con un texto legal “único” sujeto a una interpretación uniforme, lo que disminuye costes legales y proporciona una alta seguridad jurídica; (c) Favorece la labor de los tribunales de los Estados miembros, pues pueden utilizar un “catálogo único de conceptos” del Reglamento 650/2012; (d) Impide la utilización de criterios y conceptos nacionales en la interpretación y aplicación de las normas e instituciones del Reglamento, lo que evita que este Reglamento sea aplicado de forma distinta por los tribunales de cada uno de los Estados miembros (*vid. mutatis mutandis*, para el Reglamento 44/2001: STJUE 16 mayo 2013, as. C-228/11, *Melzer vs. MF Global UK Ltd*, FD 34).

**12.** El Derecho de la UE ha tenido que luchar durante años contra diversas barreras a la libre circulación de personas y factores productivos: 1°) *Primera fase. Las aduanas*. En los años cincuenta y sesenta del siglo XX el Derecho de la UE eliminó los derechos de aduanas, las exacciones de efecto equivalente, así como los topes o contingentes de exportación e importación; 2°) *Segunda fase. Las normas técnicas*. En los años setenta y ochenta, el Derecho de la UE tuvo que combatir los obstáculos constituidos por las “normas técnicas”; 3°) *Tercera fase. El Derecho privado de cada Estado miembro*. En los años noventa y en el siglo XXI, el Derecho de la UE lucha contra los obstáculos a la libre circulación generados por la diversidad de sistemas de Derechos privados en la UE, lo que es fácilmente perceptible en el sector sucesorio.

**13.** Aunque se ha insistido, no sin una buena parte de razón, en que el Derecho de un país refleja la cultura del mismo (= el Derecho se presenta como “producto cultural” reflejo de una identidad histórica), es también cierto que, como subraya CH. BALDUS, las particularidades de los Derechos nacionales de los Estados miembros en el sector sucesorio se emplean con extrema frecuencia, para impedir la entrada en un Estado miembro de personas, empresas y agentes económicos de otros Estados miembros que intervienen en este sector<sup>20</sup>. El Derecho Privado nacional de cada Estado miembro opera, en la práctica, como una dificultad que hace gravosa la penetración en el mercado nacional de ciudadanos de otros Estados miembros. Es preciso conocer y manejar el Derecho privado del Estado de destino, lo que comporta la necesidad de contratar abogados y operadores jurídicos locales. Eso incrementa, para sujetos de un Estado miembro concreto, los costes de entrada en los demás Estados miembros. Si la UE

<sup>20</sup> CH. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215.

crea en la libre circulación, entonces deben eliminarse estas barreras invisibles a la libre circulación que derivan de la existencia y de la aplicación sistemática de los diferentes sistemas de Derecho privado en cada Estado miembro.

14. Por otro lado, la necesidad social de aplicar sistemáticamente el Derecho privado nacional de cada Estado a todos los que operan en dicho Estado miembro en el sector sucesorio constituye un punto muy cuestionable. Y ello por dos motivos: 1º) En realidad, como de nuevo indica CH. BALDUS, las diferencias entre los Derechos nacionales se han exagerado de manera desproporcionada. Al final “*casi todo en Europa occidental es romano*”<sup>21</sup>. Se han edificado mitos románticos nacionales en torno a las particularidades de los Derechos nacionales de cada Estado miembro, pero las verdaderas diferencias de regulación son escasas o se reducen a aspectos muy particulares. Se trata de un mito, el mito del argumento de las tradiciones locales con rasgos genuinos de carácter sociocultural, el “*slogan fácil*” al que con toda razón se refiere S. CÁMARA LAPUENTE<sup>22</sup>. En realidad, no es preciso aplicar en todo caso el Derecho sucesorio de un Estado miembro a los sujetos que residen u operan en dicho Estado miembro. Las diferencias reales son reducidas; 2º) Las poblaciones de los Estados miembros están hoy muy mezcladas como resultado de las migraciones procedentes de otros países no europeos y como consecuencia, igualmente, de la circulación intraeuropea de las personas. Identificar un “Estado miembro” con un solo “pueblo” no se corresponde hoy con la realidad. Por ello, hablar del Derecho Privado del Estado miembro A como expresión cultural del pueblo A no resulta exacto.

En verdad, estos “Derechos nacionales míticos” se han mantenido y se han utilizado como barreras para impedir o dificultar que las personas y empresas de otros Estados miembros penetren en un concreto Estado miembro. Dicha situación es incompatible con la idea matriz de la UE: la libertad de circulación.

Como nuevamente ha subrayado CH. BALDUS, esta evolución pone de relieve que el Derecho de la UE nació, cierto es, como un ordenamiento económico (= el “Derecho del mercado interior”). El objetivo del Derecho de la UE radicaba en crear la estructura jurídica de un mercado supranacional, en el que las personas y las empresas podrían circular para incrementar sus ganancias económicas (= visión economicista del Derecho de la UE). Ahora bien, esta visión ha cambiado radicalmente, en particular desde el Tratado de Amsterdam de 1997 y desde la creación del espacio judicial europeo. En la actualidad, el Derecho de la UE no tiene como único objetivo permitir que los agentes económicos incrementen sus ganancias. El objetivo actual del Derecho de la UE radica, también, en permitir que las personas y las empresas circulen libremente por toda la UE por otros motivos. Por placer, por comodidad, por motivos culturales, etc. De una visión economicista del Derecho de la UE (= el Derecho europeo al servicio del mercado) se ha pasado a una visión personalista del mismo (= el Derecho europeo al servicio de las personas). Esta evolución reviste una importancia capital para el Derecho sucesorio europeo. Es preciso que la UE proceda a facilitar la vida de los particulares en el sector de la sucesión *mortis causa* si se quiere crear un área de auténtica libertad de circulación de las personas en la UE.

### III. La intervención notarial en el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 sobre sucesiones *mortis causa*

#### 1. Notarios españoles y competencia internacional en el sector sucesorio

##### A) El concepto de “tribunal” y la exclusión de los notarios

15. Conviene recordar que el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [sucesiones *mortis causa*] sólo regula los aspectos de Derecho internacional privado de las sucesiones por causa de muerte, esto es, lo relativo a: (i) competencia de las autoridades de los Estados miembros participantes para conocer

<sup>21</sup> CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 49, 2009, pp. 419-438.

<sup>22</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte”, en S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1185-1233.

de cuestiones relativas a las sucesiones *mortis causa* en supuestos internacionales, (ii) determinación de la Ley estatal aplicable a tales cuestiones así como la validez y (iii) efectos jurídicos en la UE de las decisiones dictadas por las autoridades públicas de los Estados miembros participantes en dicha materia. El texto del Cons. [9] RES, que se refiere a “... *todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte...*”, no debe llamar a engaño. En efecto, el Reglamento 650/2012 regula tales “*aspectos de Derecho Civil*” pero sólo y exclusivamente en su vertiente internacional, esto es, desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

**16.** En el marco de dichos parámetros aplicativos, surge la cuestión de delimitar la función de los notarios a la hora de aplicar el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En relación con las autoridades que aplican el Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [sucesiones *mortis causa*] caba anotar, con carácter preliminar, ciertas precisiones sobre esta importante cuestión.

1º) *El Capítulo II RES.* La competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros en relación con las sucesiones *mortis causa* se regula en el Capítulo II del Reglamento 650/2012 (arts. 4-19 RES).

2º) *Las peculiaridades de cada Estado miembro en cuanto a las autoridades competentes en el sector de la sucesión mortis causa.* Cada Estado miembro tiene una manera muy particular de regular la sucesión *mortis causa* desde el punto de vista de las autoridades competentes en esta materia. Algunos Estados miembros disponen de un sistema de competencia basado en órganos judiciales que ejercitan poderes jurisdiccionales. Otros Estados miembros poseen, por el contrario, un sistema legal basado, fundamentalmente, en la intervención de órganos públicos no judiciales que no ejercitan poderes jurisdiccionales o de órganos judiciales pero que operan sin poderes jurisdiccionales, esto es, en régimen de jurisdicción voluntaria.

3º) *Autoridades obligadas a aplicar el Reglamento 650/2012 [sucesiones mortis causa]: el “tribunal”.* El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] sólo determina la competencia judicial internacional de los “tribunales” que operan en el sector sucesorio. Las demás autoridades u órganos o sujetos que intervienen en una sucesión *mortis causa* en cada Estado miembro pero que no pueden ser calificados como “tribunales”, no están vinculadas por las normas de competencia judicial internacional que contiene el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Por ello resulta indispensable perfilar qué entiende el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] por “tribunal”.

**17.** Con el objetivo de potenciar el efecto útil del Reglamento, éste emplea un concepto muy amplio de “tribunal”. Ello significa lo siguiente.

a) Para el Reglamento, la expresión “tribunal” cubre “*todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia*” (art. 3.2 RES). Como ha destacado O. FERACI, se observa, el Reglamento acoge un concepto muy extenso de “tribunal” que no se circunscribe exclusivamente a los “órganos judiciales”<sup>23</sup>. El término “tribunal” cubre, en efecto, no sólo “*los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal*” (Cons. [21] RES). En tal sentido, a efectos del Reglamento, un “tribunal” puede ser: (a) Un órgano judicial que desarrolla funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio; (b) Una autoridad no judicial de un Estado miembro que

<sup>23</sup> O. FERACI, “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, *CDT*, 2013-II, pp. 291-314, esp. p. 298.

desarrolla, igualmente, funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio según la Ley de dicho Estado miembro; (c) Un abogado o un notario u otra autoridad o profesional del Derecho, que ejerza funciones jurisdiccionales por delegación de un tribunal de un Estado miembro participante en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*].

b) Para que una autoridad de un Estado miembro sea considerada como un “tribunal” a efectos del Reglamento 650/2012, debe desarrollar funciones jurisdiccionales en el sector de la sucesión *mortis causa*. Para definir qué se entiende por “función jurisdiccional” el mismo art. 3.2. RES proporciona los criterios necesarios al efecto. Así, una función debe ser considerada como “jurisdiccional” cuando reúne estos caracteres: 1º) El órgano en cuestión debe ser una “autoridad” o un “profesional del Derecho”; 2º) Dicho órgano debe ofrecer, en su actuación, garantías de una total imparcialidad y debe respetar el derecho de las partes a ser oídas; 3º) Las resoluciones de tales órganos deben dictarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan; 4º) Las resoluciones dictadas por tales órganos deben poder ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial; 5º) Tales resoluciones deben tener fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia, esto es, deben tener “fuerza de cosa juzgada” (art. 3.2 RES). Debe crear un “estado jurídico vinculante *erga omnes*”.

**18.** Pues bien, sólo los “tribunales”, tal y como éstos se definen en el Reglamento, están vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo y están, naturalmente, obligados a aplicar las normas de competencia internacional recogidas en el Reglamento (Cons. [20] RES). Para una mayor claridad legal, los Estados miembros notificarán a la Comisión de la UE las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el art. 3.2 RES (= esto es, la lista de los “tribunales” de cada Estado miembro) (art. 79.1 RES). Los Estados miembros notificarán a la Comisión toda modificación ulterior de la información contenida en esa lista. La Comisión la modificará en consecuencia. La Comisión publicará la lista y toda modificación ulterior en el DOUE. La Comisión de la UE hará pública toda esta información notificada por cualquier medio adecuado, en particular a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (art. 79.2 y 3 RES).

**19.** Con arreglo a lo anterior, la aplicación del Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 [sucesiones *mortis causa*] por los notarios, a la hora de precisar la autoridad competente para solventar una cuestión sucesoria internacional, exige poner de relieve los siguientes puntos.

**20. a) Regla general.** *El notario español no aplica las normas de competencia del Reglamento.* El término “tribunal”, como se ha visto, no incluye las autoridades no judiciales de un Estado miembro que no desarrollan funciones jurisdiccionales. Es decir, están excluidas del Reglamento las autoridades que, en virtud del Derecho nacional que corresponda, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales (Cons. [20] y [21] RES). La vinculación de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el Reglamento depende de si éstos se encuentran incluidos en la definición de “tribunal” contenida en el mismo. En tal sentido debe interpretarse la letra del art. 2 RES, engañosa a primera vista: “*El presente Reglamento no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones*”. Pues bien, en la mayor parte de los supuestos, y en particular en España, los notarios ejercen “funciones no jurisdiccionales” en relación con la sucesión. No siguen un procedimiento judicial, sus decisiones no son susceptibles de un recurso ante un tribunal y tampoco sus decisiones surten efectos de cosa juzgada. Los notarios españoles que autorizan escrituras de partición de herencia, adjudicación de herencia, pactos sucesorios, testamentos, etc., no ejercen, en tales casos, “funciones judiciales”, como explica con toda claridad I. ESPÍNEIRA SOTO<sup>24</sup>. En consecuencia, la competencia de los notarios españoles para intervenir en asuntos sucesorios no se rige por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], sino por el régimen establecido en la legislación española. Basta una lectura, por ejemplo, del art. 4 RES para percibir que lo expresado por dicho precepto no afecta a los notarios: “[l]os tribunales del Estado miembro en

<sup>24</sup> I. ESPÍNEIRA SOTO, “Reflexionando sobre el Reglamento europeo de sucesiones”, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

*el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión*". Naturalmente, si el notario no se considera, a efectos del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], un "tribunal", entonces el notario no aplica el art. 4 RES y no está vinculado por dicho foro de competencia judicial internacional. Todo ello supone una clara victoria para los notarios en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Los notarios ejercerán su "competencia internacional" con arreglo a los criterios, muy generosos, recogidos en la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros. Así, en España, los Notarios seguirán observando el criterio básico de la "libre elección de notario" (art. 126 Reglamento Notarial) y no los estrechos foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Ello, naturalmente, aumenta el número de personas que pueden acudir a un notario español y requerir sus servicios. Así, por ejemplo, los tribunales españoles son incompetentes para conocer de un pleito sucesorio relativo a al sucesión *mortis causa* de causante español con residencia habitual en Finlandia (arts. 4 y 15 RES), pero un notario español es internacionalmente competente para autorizar el otorgamiento de testamento notarial abierto de ese mismo causante español (art. 126 Reglamento Notarial).

**21. b) Regla especial. El notario en funciones jurisdiccionales.** En los Estados miembros cuyos notarios desarrollen funciones jurisdiccionales, dichos notarios sí están vinculados por las normas de competencia del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En consecuencia, sólo podrán operar cuando el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] otorgue competencia a las autoridades del Estado del que tales notarios dependen. No es éste el caso de España, en el que las actividades de los notarios en el sector sucesorio no suponen ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los mismos.

## **B) Competencia internacional notarial y Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Situación en España**

**22.** La exclusión de los notarios del concepto de "tribunal" en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] comporta varias consecuencias de envergadura.

**23. a) Permanencia del sistema de competencia internacional notarial español.** El sistema de competencia internacional notarial de cada Estado miembro permanece, según subraya O. FERACI, incólume y perfectamente aplicable tras la entrada en vigor del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]<sup>25</sup>. En España rige el sistema recogido en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto 2 junio 1944 y parcialmente, y por analogía, en ciertos supuestos, el art. 22 LOPJ. Constituye ésta una clara victoria notarial en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En efecto, como se ha avanzado, este resultado supone una evidente victoria para los notarios, ya que los criterios de competencia notarial internacional en el sector sucesorio son, en la mayor parte de los Estados miembros de la UE y en particular, en España, extraordinariamente generosos. En efecto, salvo supuestos tasados y muy concretos, rige en Derecho español el criterio básico de la "libre elección de notario" (art. 126 Reglamento Notarial aprobado por Decreto 2 junio 1944: "*Todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos*"). De ese modo, los notarios pueden ejercer sus funciones en relación con una gran masa de supuestos sucesorios internacionales sin que el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] limite o recorte su "volumen de competencia internacional", a diferencia de los jueces y tribunales, que sólo pueden ejercitar sus funciones jurisdiccionales dentro de los estrictos límites de competencia internacional fijados por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Así, por ejemplo, las declaraciones de herederos *ab intestato* autorizadas por notario constituyen actos de jurisdicción voluntaria notarial, no judicial. Por ello, la competencia del notario para expedir tales declaraciones de heredero no se rige por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*].

<sup>25</sup> O. FERACI, "La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa", *CDT*, 2013-II, pp. 291-314, esp. p. 298.

24. b) *Competencia de los Notarios españoles y actos de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria*. Los Notarios son competentes en relación con numerosos actos de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria: aceptación de herencia, otorgamiento de testamentos, renuncia a la herencia, partición en escritura pública, elevación a escritura pública de testamento o codicilo hecho de palabra, etc. Varios aspectos pueden destacarse sobre esta cuestión.

1º) *Aplicabilidad - inaplicabilidad del art. 22 LOPJ en el ámbito notarial*. Visto que el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no es aplicable a la competencia internacional de los notarios españoles en relación con los actos sucesorios en los que éstos intervienen, resulta preciso volver los ojos a la legislación española reguladora de la cuestión. Para comenzar, resulta muy polémica la cuestión de saber si el art. 22 LOPJ es o no es inaplicable para determinar la “competencia internacional” de los Notarios españoles. La razón de esta dificultad radica en que el art. 22 LOPJ inicia con las siguientes palabras: “*los juzgados y tribunales españoles serán competentes...*”, y no hace ninguna referencia a “otras autoridades españolas”, como los Notarios. Ahora bien, es cierto que falta, igualmente, una norma de “competencia internacional notarial” en el Derecho español. Ambos datos se complementan con un tercero: el art. 22 LOPJ es aplicable, en relación con el Poder Judicial español, tanto a la jurisdicción voluntaria como a la contenciosa. De ahí puede inferirse que dicho precepto, y siempre a falta de otro más específico sobre la cuestión, debe ser empleado, por analogía, para fijar la competencia internacional de todas las autoridades y funcionarios españoles en materia sucesoria siempre que la intervención del notario revista un carácter de “jurisdicción voluntaria”. De ese modo se ha pronunciado la DGRN (RDGRN 18 enero 2005), bien recibida por doctrina y práctica notarial española<sup>26</sup>. En suma, resulta necesario diferenciar dos tipos de actos notariales: (a) *Actos sucesorios de jurisdicción voluntaria (art. 3 Reglamento Notarial)*. Los notarios sólo pueden intervenir en casos de sucesiones internacionales, cuando desarrollan funciones de jurisdicción voluntaria, si concurren los criterios de competencia internacional recogidos en el art. 22 LOPJ; (b) *Actos de carácter fedatario y otros actos en ejercicio de la función de fe pública (art. 2 Reglamento notarial)*. En el resto de supuestos, y en particular cuando el Notario se limita a dar fe de la voluntad de una o varias personas (= función notarial meramente fedataria), este art. 22 LOPJ es inaplicable, al faltar la identidad de razón entre el supuesto regulado (= la competencia judicial internacional) y el supuesto no regulado (= la competencia notarial internacional) (art. 4.1 CC). En efecto, cuando los notarios operan en funciones de jurisdicción voluntaria, se aprecia identidad de razón entre la función judicial y la notarial y el art. 22 LOPJ puede aplicarse por analogía para delimitar los casos sucesorios internacionales que son competencia de los notarios. Sin embargo, cuando los notarios operan en funciones exclusivas de dación de fe pública, falta tal identidad de razón y el art. 22 LOPJ es inaplicable para concretar la competencia internacional notarial en el sector sucesorio. En tales casos, huérfanos de regulación legal y de una proyección analógica del art. 22 LOPJ, el notario español interviene con arreglo al principio de “libre elección de notario” (art. 126 Reglamento notarial).

2º) *Regla general de competencia notarial*. Acreditada la concurrencia de la competencia internacional notarial bien mediante el art. 22 LOPJ o mediante el art. 126 RNot., cualquier persona interesada puede acudir al Notario español que desee y solicitar el acto sucesorio del que se trate: renuncia o aceptación de herencia, escritura de partición, otorgamiento de testamento notarial abierto o cerrado, etc. En consecuencia, por ejemplo, cualquier persona puede otorgar testamento notarial en España aunque no tenga bienes ni domicilio en España, siempre que el Notario actúe en su demarcación notarial. En efecto, todo Notario está obligado a actuar, exclusivamente y salvo habilitación, en su circunscripción territorial, bajo fuerte sanción en caso contrario (art. 3.IV y 116 RN).

3º) *Regla especial de competencia notarial. Declaración notarial de herederos*. Existe, sin embargo, una excepción a la regla general anterior de “libre elección de notario”. En las actas de notoriedad de declaración de herederos a las que se refiere el art. 979 LEC 1881, esto es, cuando los herederos son hijos, descendientes, padres o ascendientes del causante o el cónyuge viudo, el Notario “competente” está prefijado por la Ley (art. 209 bis Reglamento Notarial) y no rige, pues la “libre elección de Notario”.

<sup>26</sup> I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 106.

Ello es así porque se trata de actuaciones de pura jurisdicción voluntaria y el Notario no se limita a “hacer constar” o a “dar fe” de actos de voluntad de una o varias personas. En consecuencia, debe concurrir alguno de los foros de competencia internacional recogidos en el art. 22 LOPJ (RDGRN 18 enero 2005). En efecto, se trata de actuaciones de jurisdicción voluntaria cuya naturaleza es similar a la que desarrollan los jueces en relación con las declaraciones de herederos en favor de parientes más lejanos. A falta de una norma de competencia internacional notarial, procede la aplicación por analogía del citado art. 22 LOPJ. Posteriormente, esto es, acreditado que concurre foro en favor de las autoridades españolas, debe también concurrir algún criterio de competencia territorial notarial recogido en el art. 209 bis RN. Las reglas de competencia territorial notarial son, en este caso, las siguientes: (a) Es competente para autorizar el acta de declaración de herederos cualquiera de los Notarios que sea competente para actuar en la población donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España; (b) Si el causante nunca tuvo domicilio en España, será competente el Notario correspondiente al lugar de su fallecimiento; (c) Si el causante hubiere fallecido fuera de España, será competente el Notario que corresponde al lugar donde estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias (SAPA Coruña 22 septiembre 2010 [declaración de herederos abintestato de causante español, residente y fallecido en Londres]). Requerido uno de los Notarios competentes, queda excluida la competencia de los demás. Por tanto, si el causante no tuvo jamás su domicilio en España, ni falleció en España ni existe una parte significativa de la herencia en territorio español, no existirá Notario español territorialmente competente para autorizar el acta de declaración de herederos. En dicho caso, habría que acudir a un “foro territorial residual” para no vulnerar el art. 22 LOPJ, de modo que podrá emplearse ese precepto para acudir al Notario directamente designado por dicha norma, por ejemplo, al notario del lugar donde radican bienes inmuebles que forman parte de la herencia.

**25. c) Documentos sucesorios redactados por Notario extranjero.** No existe ninguna regla de “competencia notarial exclusiva” de los Notarios españoles. Por tanto, cualquier persona puede instar el otorgamiento y autorización de actos sucesorios de jurisdicción voluntaria ante Notarios extranjeros: renuncia de herencia, otorgamiento de testamento, escritura de partición de herencia, etc. Tales actos notariales extranjeros surten efectos jurídicos en España con sujeción a varios requisitos (ATS 24 septiembre 2002 [efectos en España de una declaración de herederos expedida por autoridad de Marruecos]; RDGRN 22 noviembre 2006 [escritura de partición de herencia autorizada por Notario dominicano], confirmada por SPI 54 de Madrid 16 abril 2007 y SAP Madrid 13 noviembre 2007): 1º) *Equivalencia funcional*. El Notario extranjero debe haber intervenido en los actos sucesorios con las mismas facultades que son propias de los Notarios españoles y el acto sucesorio debe presentar la misma finalidad que el acto sucesorio español que le sea equivalente, como recuerda I. ESPÍÑEIRA SOTO<sup>27</sup>. Así, podrá surtir efectos en España el *acte de notoriété* francés o el *certificat d’heritier* suizo, que son documentos que constatan quiénes son los herederos abintestato, pues el Notario extranjero interviene en la autorización de tales documentos con las mismas facultades que las propias de un Notario español, según expone M. REVILLARD<sup>28</sup>; 2º) *Ajuste a la Ley designada por las normas europeas de DIPr*. Todos los actos sucesorios de jurisdicción voluntaria autorizados por Notarios o fedatarios públicos extranjeros y que se hacen valer en España, deben ajustarse a la Ley determinada por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Tales actos se integran en una sucesión que repercute en España. La sucesión en general y los concretos actos sucesorios relativos a dicha sucesión deben quedar regulados por la misma Ley (G. BALLADORE-PALLIERI<sup>29</sup>; 3º) *Cumplimiento de requisitos formales*. Las escrituras extranjeras relativas a

<sup>27</sup> I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Tratados internacionales en materia sucesoria ratificados por España”, [notariosyregistradores.com](http://notariosyregistradores.com), 2005; I. ESPÍÑEIRA SOTO, “Reflexiones practicas sobre la unidad de la sucesión en nuestro Derecho internacional privado”, [notariosyregistradores.com](http://notariosyregistradores.com), 2005.

<sup>28</sup> M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 67-86; M. REVILLARD, “Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions”, *Défrenois*, 30 août 2012, n° 15-16, pp. 743-754.

<sup>29</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 263-290.

cuestiones sucesorias otorgadas ante autoridades de Estados no miembros en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] deben presentarse en España acompañadas de la oportuna traducción a idioma oficial español y con la necesaria legalización o apostilla de La Haya (Convenio de 5 octubre 1961), pues así lo prescriben los arts. 4 LH y art. 36 RH.

## 2. Notarios españoles y Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en supuestos internacionales

### A) Normas de conflicto europeas

26. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] se cuida con extrema atención de excluir la aplicación de sus normas a la competencia internacional notarial en el sector sucesorio. Ello permite, como se ha visto, la aplicación del sistema de competencia internacional notarial nacional de cada Estado miembro (arts. 2 y 4.2 RES). Ahora bien, cuando el notario interviene en actos de jurisdicción voluntaria o actos meramente fedatarios en el sector sucesorio, deberá aplicar la Ley estatal establecida por las normas de conflicto recogidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. El notario no puede aplicar las normas de conflicto nacionales del Estado miembro al que pertenece. En efecto, el Reglamento 650/2012 se aplica a la actividad legal que desarrollan los notarios. El Reglamento establece, únicamente, que la “competencia internacional notarial” no se rige por sus normas (art. 2 RES). Ahora bien, si el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] hubiera querido que los notarios no aplicasen las normas de conflicto recogidas en el mismo, lo hubiera dicho de manera expresa. Por tanto, en los supuestos internacionales, tras la entrada en vigor y la plena aplicación en el tiempo del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], los notarios españoles aplicarán las normas de conflicto recogidas en dicho Reglamento a los supuestos sucesorios internacionales en los que intervengan, y no el art. 9.8 CC. Debe recordarse, señala C. NOURISSAT, que este Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en los Estados miembros que participan en el mismo (art. 288.II TFUE)<sup>30</sup>.

27. La aplicación por los notarios que no ejercen funciones jurisdiccionales de las normas de conflicto de Leyes contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] es una solución perfectamente lógica. Sería incongruente y atentaría contra la más elemental seguridad jurídica de los particulares que un acto notarial relativo a una concreta sucesión *mortis causa* se sustanciara con arreglo a la Ley estatal designada en virtud del art. 9.8 CC pero que su impugnación judicial se resolviera con arreglo a otra Ley estatal diferente designada en virtud de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Tribunales y notarios deben aplicar las mismas normas de conflicto de Leyes y el mismo Derecho estatal a una misma sucesión *mortis causa*. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] considera que dicho postulado es fundamental. En favor de esta solución varios argumentos pueden aducirse: (a) Ninguna norma del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] excluye a los notarios de la aplicación de las normas de conflicto de leyes recogidas en el mismo; (b) Tampoco el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] recoge una norma que indique que las normas de conflicto de Leyes contenidas en el mismo sólo son aplicables si la autoridad en cuestión se ha declarado internacionalmente competente con arreglo a las normas de competencia contenidas en dicho Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], como, por el contrario hacen otros instrumentos legales internacionales (*vid.* en tal sentido, art. 15.1 CH 1996 [protección de niños]).

28. Un ejemplo puede aclarar la situación legal. Un turista inglés, de paso por España durante un verano, decide otorgar testamento abierto notarial ante notario español de la ciudad de Denia. Surge la cuestión de saber si el notario español de dicha ciudad es competente al efecto y, en caso afirmativo, la cuestión de precisar con arreglo a qué Ley debe otorgarse el testamento por el testador inglés. Pues bien, en primer lugar, cabe indicar que la competencia internacional notarial en este caso no se rige

<sup>30</sup> C. NOURISSAT, “Le future droit des successions internationales de l’Union européenne (A propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009)”, *Defrénois*, 2010, núm. 4, p. 394.

por el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] (art. 2 RES). Dejada la cuestión en manos del Derecho español, al tratarse de un acto de carácter fedatario en el que el notario da fe pública (art. 2 Reglamento notarial), no es aplicable el art. 22 LOPJ y sí el principio de “libre elección de notario” (art. 126 Reglamento notarial). Por tanto, el causante inglés es libre de acudir al notario de Denia a testar. En consecuencia, el notario español es competente para autorizar dicho testamento aunque el testador no sea nacional español ni tenga bienes en España ni domicilio o residencia de hecho en España. La libre elección de notario es la regla general en relación con los actos de dación de fe pública notarial. Eso sí, el notario debe autorizar el testamento en su circunscripción notarial de Denia, y no más allá de los límites territoriales de tal lugar. En segundo lugar, la Ley aplicable al testamento del causante inglés será la Ley inglesa, ya que el sujeto reside en Inglaterra y es nacional inglés (art. 21.1 y art. 22.1 *a contrario sensu* RES).

**29.** Otro ejemplo más puede resultar también útil. Un ciudadano sueco fallece intestado en Estocolmo. Deja dos bienes inmuebles sitios en Suecia y un chalet situado en Torre Vieja. Sus hijos, todos ellos adoptivos, residen habitualmente en Suecia. Sin embargo, tales hijos desean instar la declaración de herederos en España para, de tal modo, lograr un cambio más sencillo de la titularidad de los inmuebles sitios en España en los Registros Públicos españoles. Deciden acudir al Notario español, de modo que es preciso concretar si los notarios españoles poseen competencia internacional para expedir la declaración de herederos del causante sueco. Pues bien, es claro que no resulta aplicable el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] a esta cuestión, pues los notarios españoles no operan, en el caso de declaraciones de herederos, con funciones jurisdiccionales (art. 2 RES). En consecuencia, debe acudirse al art. 22.3 LOPJ para acreditar si los notarios españoles poseen competencia para conocer de este acto de jurisdicción voluntaria. En efecto, visto que entre los bienes de la herencia hay inmuebles sitios en España, el art. 22.3 LOPJ, aplicado por analogía en el ámbito notarial, concede a los notarios españoles la competencia internacional al efecto. En un segundo nivel, y con arreglo al art. 209 bis RN, los hijos del causante sueco no pueden acudir al notario español que elijan, sino al prefijado imperativamente por el precepto citado. De tal modo, visto que el causante no tuvo su último domicilio en España, ni falleció en España, será competente el Notario español que corresponde al lugar de situación del chalet radicado en Torre Vieja, Alicante. Dicho notario corresponde al lugar “donde estuviere parte considerable de los bienes”. La Ley estatal que le notario español debe aplicar a las cuestiones sucesorias que se le planteen en este caso es la Ley sueca (arts. 21 y 22 RES).

**30.** En consecuencia, el notario español debe aplicar a las cuestiones sucesorias internacionales que se le planteen, en todo caso, la Ley estatal que corresponda designada por las normas de conflicto del Reglamento 650/2012. Dicho texto legal contiene una norma de conflicto para determinar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. La precisión europea de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* a través de “normas armonizadas en materia de conflicto de leyes” (Cons. [37] RES) comporta ventajas indudables.

1º) *Libertad de circulación del causante en la UE sin obstáculos jurídico-sucesorios.* Estas normas de conflicto europeas uniformes sobre Ley aplicable a la sucesión permiten, como indica A. RODRIGUEZ BENOT, que el causante pueda circular libremente por toda la UE sin que la Ley aplicable a su sucesión cambie de Estado miembro a Estado miembro. En efecto, el causante podrá planificar su sucesión *mortis causa* con plena certeza, pues gracias a estas normas de conflicto europeas, dicho causante conoce “cuál será la legislación aplicable a su sucesión” (Cons. [37] RES)<sup>31</sup>. El “cruce de frontera” de Estado miembro a Estado miembro por parte del causante no alterará la Ley aplicable a su sucesión.

2º) *Eliminación del Forum Shopping y de la disparidad de resultados de Derecho internacional privado entre los Estados miembros.* Litigar en un Estado miembro o en otro Estado miembro no alterará la identificación de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*. En efecto, todo tribunal de todo Estado

<sup>31</sup> A. RODRIGUEZ BENOT, “La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRIGUEZ BENOT Y M.ª A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150.

miembro en el Reglamento 650/2012 aplicará las mismas normas de conflicto para precisar la Ley aplicable a la sucesión, las normas de conflicto europeas recogidas en el Reglamento 650/2012. Carece de sentido provocar el inicio de un proceso sucesorio en un Estado miembro participante en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] con el objetivo de lograr la aplicación de una Ley sustantiva distinta a la que resultaría aplicable por tribunales de otro Estado miembro también participante en el Reglamento 650/2012. Ambos aplicarán la misma Ley sustantiva a la sucesión *mortis causa* de que se trate.

3º) *Eliminación de la disparidad de resultados legales materiales o sustantivos entre los Estados miembros*. Al unificarse a nivel europeo las normas de conflicto sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, la respuesta legal a una cuestión material o sustantiva sucesoria, no dependerá de cuál sea el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (Cons. [37] RES).

**31.** Las normas de conflictos en el sector sucesorio que deben aplicar los notarios españoles se contiene en el Capítulo III: arts. 21-38 RES. En torno a dicha norma de conflicto es preciso subrayar varios datos fundamentales.

1º) *Unidad y universalidad de la Ley sucesoria*. La Ley aplicable a la sucesión es siempre una sola Ley y dicha Ley se aplica a todos los bienes del causante, sea cual sea la naturaleza de tales bienes y el país donde se encuentren.

2º) *Dos puntos de conexión en cascada*. La norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* cuenta con dos puntos de conexión jerarquizados o en cascada. Por ello, en primer lugar, se aplica la Ley estatal designada por el primer punto de conexión. Sólo si éste no concurre en un caso concreto y determinado, se aplicará la Ley designada por el segundo punto de conexión.

3º) *Los concretos puntos de conexión (arts. 21 y 22 RES)*. Los puntos de conexión retenidos para fijar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* son los siguientes: (a) Ley del Estado cuya nacionalidad ostenta el causante elegida por éste en los términos del art. 22.1 RES; (b) Ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES). Sin perjuicio de los dos anteriores puntos de conexión (arts. 22.1 y 21.1 RES), el art. 22.2 RES recoge una “cláusula de excepción”. Según dicho precepto, si de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de la última residencia habitual del causante, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

## **B) Actividad notarial y *professio juris* sucesoria.**

**32.** El punto de conexión primero y prevalente para designar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* es la nacionalidad del causante. En consecuencia, la sucesión *mortis causa* se queda sujeta a la Ley nacional del causante (art. 22.1 RES: “[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”). Ahora bien, para que la sucesión se rija por esta Ley nacional del causante es necesario que se verifique una condición indispensable: es preciso que el causante designe, como Ley reguladora de su sucesión, la Ley del Estado de su nacionalidad. Si ello es así, y dicha elección unilateral de Ley aplicable se ha realizado con arreglo a las exigencias legales recogidas en el art. 22 RES, la sucesión *mortis causa* se regirá por la Ley nacional del causante y no por la Ley del país de su última residencia habitual ni por ninguna otra Ley estatal.

**33.** Para que la elección de la Ley nacional del causante sea la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*, el art. 22 RES exige que se cumplan diversas exigencias que incrementan la certeza y la seguridad de la Ley nacional elegida por el causante. Intersa en este momento, sin embargo, poner de relieve, más bien, la *ratio legis* y las ventajas operativas de la conexión “Ley nacional del causante elegida por éste”. La *raison d’être* de esta conexión principal (*professio juris* sucesoria) debe ser analizada con cautela, detalle y extrema atención<sup>32</sup>. Se trata, ciertamente, de una solución profundamente liberal (= el

<sup>32</sup> En torno a la “*professio juris*” sucesoria en general. *vid.*, entre la ingente bibliografía, R. BIRK, “Arts. 25-248”, en

causante elige el entero “cuadro legal de su sucesión *mortis causa*), como ha mostrado con gran claridad A. BONOMI<sup>33</sup>. La conexión obedece a varias razones.

1º) *Implementación de principio de proximidad y reducción de los costes conflictuales en el art. 22.1 RES*. El legislador europeo ha dado acogida a esta conexión porque ello permite a los causantes una correcta y sencilla organización legal de su sucesión (Cons. [38] RES). Esto es, faculta que éstos elijan una Ley estatal que conocen o que están en óptima posición para conocer: su Ley nacional. En otras palabras, el legislador europeo ofrece a los ciudadanos la posibilidad de someter su sucesión a su Ley nacional si ello les supone costes conflictuales más reducidos que los que les comportaría la aplicación de la Ley del país de su residencia habitual (= que es la conexión general o básica recogida en el art. 21.1 RES). La preferencia dada por el Reglamento 650/2012 a la Ley elegida por el causante sobre la Ley de la residencia habitual de éste es reflejo del “principio de proximidad” aplicado al causante, como correctamente ha explicado P. DE CESARI<sup>34</sup>. Este principio no significa que la sucesión *mortis causa* debe regirse por la Ley del Estado con el que dicha sucesión presenta, objetivamente, los vínculos más estrechos. Significa, por el contrario, que la sucesión debe quedar sujeta a la Ley del Estado cuya aplicación al caso concreto comporta, para el causante, los costes más reducidos. Es el causante el que, como explica F. STURM, por sus propios motivos, se encuentra en mejor posición para decidir si la aplicación a su sucesión *mortis causa* de la Ley de su nacionalidad le comportará menos costes que la aplicación de la Ley del país de su residencia habitual<sup>35</sup>. Por ello, resulta conveniente insistir, subraya A. DAVÍ, en que la primera conexión empleada por el Reglamento 650/2012 no es, en realidad, la autonomía de la voluntad del causante o, simplemente, la “Ley elegida por el causante”<sup>36</sup>. Es la “nacionalidad del causante”, siempre que la Ley nacional del causante haya sido válidamente elegida por éste en los términos del art. 22 RES. Por otra parte, una lectura sistemática y relacional del art. 22 RES conduce, según había ya observado E. JAYME, a una conclusión clara: el legislador europeo ha querido, una vez más, zanjar de modo alejandrino el debate

---

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. X, *Einführungsgesetz*, 5ª ed., München, 2010; A. BONOMI, „La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suissees“, *RSDIE*, 1996, pp. 479-504; A. BONOMI / J. BERTHOLET, „La professio juris en droit international privé suisse et comparé“, *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001; H. DÖLLE, „Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht“, *RabelsZ*, 1966, p. 205 ss.; H. DÖRNER, „Internationales Erbrecht, Art. 25, 26 EGBGB“, en J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Einführungsgesetz zum BGB*, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2007; K. FIRSCHING, „Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts“, en G. BEITZKE(éd.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des Deutschen Internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tübingen, Mohr 1981, p. 213 ss.; J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M. Pons, Madrid, 2010; H. HANISCH, „Professio juris, réserve légale und Pflichtteil“, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot 1985, p. 473 ss.; G. HOHLOCH, *Art. 25 EGBGB*, en ERMAN / WESTERMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., 2008, p. 6184, n. 17; Landgericht Frankfurt a. M. 29 luglio 1997, *IPRechtssprechung 1997*, p. 233 ss.; K.P. HOTZ, *Die Rechtswahl im Erbrecht*, Zurich, Schulthess 1969; G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, Gieseking, 1973; G. KÜHNE, „Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht“, *Juristenzeitung*, 1973, p. 403 ss.; P. LALIVE, „Un anachronisme en droit international privé? (l'ATF Hirsch c. Cohen revisited)“, *Mélanges A. Hirsch*, Genève, Slatkine 2004, p. 443 ss.; S. LINDE-RUDOLF, *Probleme einer Parteiautonomie im deutschen internationalen Erbrecht (unter Heranziehung des schweizerischen und österreichischen Rechts)*, Schäuble Verlag, Rheinfelden, 1988; P. DE PREUX, *La professio juris*, Lausanne, Impr. Arts et Métiers, 1981; F. STURM, „Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht“, en *Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift Ernst Wolf*, Köln, 1985, pp. 637-658; Id., „Ineiandergreifen von IPR und Staatsangehörigkeit“, en *Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, pp. 497-516; A. TIEDEMANN, „Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht“, *RabelsZ*, 1991, p. 27 ss.; A.E. VON OVERBECK, „L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé“, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; A.E. V. OVERBECK, „La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé“, *Liber amicorum B.L.Fredericq*, Gent, 1965, vol. II, pp. 1085-1112.

<sup>33</sup> A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010-4, pp. 605-610.

<sup>34</sup> P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam 2001, pp. 24-29.

<sup>35</sup> F. STURM, “Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht”, *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1985, pp. 637-658.

<sup>36</sup> A. DAVÍ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *RDIPP*, 2004, pp. 473-498.

que ha enfrentado a dos posiciones doctrinales desde hace más de doscientos años<sup>37</sup>. En efecto, una interminable controversia ha opuesto a los partidarios de la “nacionalidad”, por un lado, y a los defensores de la “Ley del domicilio”, por otro lado, como conexión más apropiada para señalar la Ley reguladora de las cuestiones relativas a la persona. El Reglamento 650/2012 ha renunciado que sea el legislador el que establezca qué conexión debe prevalecer para fijar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (= qué conexión conduce a la aplicación de la Ley del país más vinculado con la situación privada internacional). El Reglamento ha renunciado, incluso, a que sean los tribunales los que indiquen si una sucesión *mortis causa* está más conectada con el país de la nacionalidad o con el país del domicilio del causante. El Reglamento 650/2012 ha puesto el acento más relevante de su estructura conflictual en la persona, en el particular. Es el causante el sujeto que dispone de la facultad legal de hacer aplicable, a su sucesión *mortis causa*, bien la Ley del país de su nacionalidad o bien la Ley del país de su residencia habitual. El Reglamento 650/2012, desde este punto de vista, cree en las personas, cree en los particulares. Por eso les confiere, como subraya F. BOULANGER, un poder regulativo tan destacado en la esfera conflictual<sup>38</sup>.

2º) *Sistemática de la estructura interna del Derecho internacional privado europeo*. La autonomía de la voluntad conflictual constituye uno de los “*piliers du droit international privé européen en formation*”, en las emblemáticas palabras de A. BONOMI<sup>39</sup>. En efecto, la autonomía de las partes implicadas en situaciones privadas internacionales se encuentra recogida en numerosos instrumentos legales europeos tanto para permitir la elección del tribunal competente como para admitir la elección de la Ley aplicable a una situación jurídica privada internacional. De este modo, el art. 22.1 RES se ha alineado con esta “solución primera” de los textos legales europeos de DIPr. (= *vid. ad ex.* art. 3 RR-I, art. 14 RR-II, arts. 5-7 R.1259/2012, etc.). Obedece, pues, a una razón de “sistemática de la estructura interna” del DIPr. europeo.

3º) *Evita la litigación sobre la determinación de la Lex Successionis*. Una vez acreditado que el causante ha realizado una válida elección de Ley reguladora de su sucesión *mortis causa*, cesa todo debate entre las partes y/o el juez competente sobre cuál es la Ley aplicable a la “sucesión internacional”. Se litigará sobre el fondo (= sobre los derechos de los herederos, por ejemplo), pero no se litigará sobre “cuestiones jurídicas preparatorias” de selección del Derecho aplicable (= ya no se litigará sobre cuál es la concreta Ley estatal reguladora de la sucesión *mortis causa*, sino que se litigará sobre la solución material de la cuestión controvertida dentro del escenario legal de la Ley nacional del causante). La Ley elegida permanece estable como *Lex Successionis* y no cabe litigación sobre cuál es la *Lex Successionis*.

4º) *Elimina problemas de aplicación del criterio residencia habitual en supuestos difíciles*. La presencia de la autonomía de la voluntad conflictual en el art. 22.1 RES también solventa de raíz, sostiene A. BONOMI, toda polémica en los casos en los que la residencia habitual del causante sea discutida, variable, múltiple, poco clara, inestable, incierta, voluble, inconstante, intermitente, carente de sustancia o simplemente inexistente<sup>40</sup>. Estos casos amenazan la construcción y la aplicación equilibrada de las normas de conflicto del DIPr. europeo, pues aumentan las posibilidades de una aplicación divergente del criterio residencia habitual por tribunales de distintos Estados miembros. El art. 22.1 RES, al admitir la

<sup>37</sup> E. JAYME, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, 2009, pp. 1-21.

<sup>38</sup> F. BOULANGER, «Révolution juridique ou compromise en trompe l’oeil? – À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales», *La semaine juridique*, 15 octubre 2012, pp. 1120-1130. Argumentos ya presentes de modo muy claro en F. STURM, “Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht”, en *Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift Ernst Wolf*, Köln, 1985, pp. 637-658; ID., “Ineiandergreifen von IPR und Staatsangehörigkeit”, en *Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, pp. 497-516; A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; A.E. V. OVERBECK, “La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum B.L.Fredericq*, Gent, 1965, vol. II, pp. 1085-1112.

<sup>39</sup> A. BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.

<sup>40</sup> A. BONOMI, “Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission’s Proposal”, en *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 2010, pp. 157-172.

elección de la Ley nacional por el causante, elimina el problema mediante un “enfoque gordiano”. En efecto, elegida la Ley nacional del causante por éste como *Lex Successionis*, los problemas derivados del propio carácter movedido e impreciso de la residencia habitual en ciertos supuestos fácticos, son eliminados *ex radice*.

5º) *Favorece la previsibilidad de la respuesta jurídica y la estabilidad legal de la sucesión mortis causa*. Una válida elección de la Ley sucesoria cristaliza el “estatuto legal de la sucesión *mortis causa*” en el tiempo y en el espacio. De ese modo, todos los implicados en una concreta sucesión *mortis causa* conocen, *ex ante*, la Ley que va a regular sus posiciones jurídicas tras el fallecimiento del causante. La *Lex Successionis* permanece estable, lo que incrementa la “seguridad jurídica de realización”. Por otro parte, se facilita el *estate planning* del causante de manera muy significativa. En efecto, elegida la Ley nacional por dicho causante, como explican A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, no será preciso ya esperar al momento del fallecimiento del mismo para saber en qué Estado tenía su última residencia habitual el causante y, en consecuencia, para concretar qué Ley estatal va a regir su sucesión *mortis causa*<sup>41</sup>.

6º) *Impulsa la libre circulación de personas en la UE*. Es evidente que si la elección de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* por el causante es válida, dicho causante puede circular por todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012 sin ningún obstáculo jurídico relacionado con su sucesión *mortis causa*. En efecto, la Ley aplicable a dicha sucesión *mortis causa* será siempre la misma aunque el causante cambie de país de residencia habitual dentro o fuera de la UE y el régimen jurídico de fondo de tal sucesión *mortis causa* también será, lógicamente, el mismo. Con otras palabras, puede afirmarse que el causante puede circular por toda la UE sin temor a que su sucesión *mortis causa* cambie de Ley aplicable y sin temor, en su caso, a que determinadas disposiciones de su testamento sean anuladas en un Estado miembro o en otro. La sucesión *mortis causa* viaja por la UE dotada de su propio “estatuto legal permanente” gracias a la elección de la Ley nacional como *Lex Successionis* efectuada por el causante.

7º) *Potencia la construcción del Espacio Judicial Europeo*. El proceso de integración europea en el contexto de un “espacio judicial europeo” no es sencillo. Durante las negociaciones que condujeron al Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], ciertos Estados miembros, en particular los de tradición jurídica manciniana, veían con no mucho cariño el desplazamiento radical del punto de conexión “nacionalidad” en favor del punto de conexión “residencia habitual”. Pues bien, la *Professio Juris* en favor de la Ley nacional del causante recogida en el art. 22.1 RES ha permitido acelerar el proceso de integración europea en el plano del DIPr. pues ha contribuido, recuerdan A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, que estos “Estados miembros mancinianos” dejen atrás sus reticencias y participen de manera decidida en este Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]<sup>42</sup>.

8º) *Refuerza el carácter patrimonial del Derecho sucesorio*. Como ha mostrado M. GUZMÁN ZAPATER, el legislador europeo ha puesto el acento regulador de la sucesión *mortis causa* en el hecho de que ésta reviste un carácter predominantemente patrimonial<sup>43</sup>. En realidad, en una sucesión *mortis causa* lo que está en juego son derechos patrimoniales, son activos y deudas, sin negar con ello la presencia en la sucesión *mortis causa* de ciertas connotaciones de tipo personal y familiar. Como consecuencia de ello, parece lógico, y así ha sido, que el legislador europeo haya decidido abrir el campo de la sucesión *mortis causa* a la elección de Ley por parte del causante. Al igual que en un contrato sinalagmático o en una donación, que constituyen mecanismos legales de disposición y enajenación de bienes, en una sucesión *mortis causa* el propietario dispone libremente de sus bienes. El causante dispone, *mortis causa*, de su patrimonio. La regulación jurídica de la sucesión *mortis causa* radica la ordenación legal del patrimonio del causante cuando éste ha dejado de ser sujeto de Derecho.

**34.** En este contexto, resulta relevante en el ámbito notarial, repasar las exigencias de forma para una válida elección de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*.

<sup>41</sup> A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), pp. 5-139.

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea”, *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010, en <http://www.elnotario.com/>.

a) *Elección expresa de la Ley de la sucesión*. El art. 22.2 RES indica que, cuando la elección de Ley tiene lugar de forma expresa, debe realizarse “*en forma de disposición mortis causa*”. Ello significa que esta elección expresa debe reunir las exigencias de forma que se exigen a las disposiciones *mortis causa*. La Ley que regula la forma de estas disposiciones *mortis causa* y, en consecuencia, de la cláusula de elección de Ley, en el caso de España es la Ley designada por el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias].

Debe recordarse que la elección de Ley puede realizarse en testamento o en pacto sucesorio o bien fuera de testamento y de pacto sucesorio, siempre que la misma reúna los requisitos formales precisos de una disposición testamentaria, como ha precisado I. CALVO VIDAL<sup>44</sup>. Ello significa que el causante puede redactar un documento en el que, simplemente, haga constar que desea que su sucesión *mortis causa* quede sujeta a la Ley del Estado X, si dicho documento reúne los requisitos formales para ser considerado válido como disposición *mortis causa* (= un testamento ológrafo, por ejemplo, o un testamento notarial cerrado). Igualmente, el causante puede acudir al notario y declarar su voluntad de que su sucesión *mortis causa* quede regida por la Ley del Estado W cuya nacionalidad ostenta, sin disponer nada más sobre el destino dominical de su patrimonio. Dicho documento notarial constituye una válida *Professio Juris* a los efectos del art. 22 RES, pero no es un “testamento”.

b) *Elección tácita o implícita de la Ley de la sucesión*. También resulta válida la elección de Ley por el causante realizada de modo implícito o tácito, lo que, naturalmente, complicará, como advierte J.M. FONTANELLAS MORELL, la precisión de la validez de la elección de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*<sup>45</sup>. En efecto, dicha elección de Ley puede también “*resultar de los términos*” de una disposición *mortis causa* (art. 22.2 *in fine* RES). Varios datos pueden señalarse al respecto.

(a) *Elementos apropiados para extraer la voluntad tácita del causante de elegir su Ley nacional como Ley de la sucesión*. Los términos más usuales de los que puede inferirse la presencia de una verdadera elección de Ley por el causante son: (i) La referencia hecha a una institución legal existente en un concreto Derecho de un concreto país. Así, como indica el Cons. [39] RES, “[p]uede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley”. El ejemplo más claro está constituido por las referencias hechas en testamento o pacto sucesorio a un *trust* testamentario anglosajón; (ii) Otro elemento que debe valorarse es, en el caso de testamentos notariales, el país al que pertenece el notario en cuestión que es también el país cuya nacionalidad ostenta el causante. Dicho dato, en conjunción con otros elementos, puede revelar la voluntad del causante de sujetar la sucesión *mortis causa* a su Ley nacional. Aunque el art. 22 RES nada indica al respecto, debe exigirse, por seguridad jurídica, que la elección tácita de la Ley reguladora de la sucesión resulte claramente y de manera indubitada o inequívoca, como ha sugerido la doctrina especializada en este particular (G. KÜHNE)<sup>46</sup>. En caso contrario, se podría vulnerar el sentido de la disposición y traicionar las expectativas legales del causante y de los presuntos herederos. Es lamentable que esta exigencia no se haya hecho constar expresamente en el texto legal, al contrario de lo que indica el art. 3.1 RR-I, que indica que la elección de la Ley aplicable al contrato internacional puede “*resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”.

(b) *Elementos no suficientes para extraer la existencia de una voluntad de electio juris*. No parece que la mera utilización de una lengua determinada y/o la específica sistemática del testamento sean elementos decisivos para inferir la existencia clara de una elección del causante en favor de su Ley nacional, como bien indica D. DAMASCELLI<sup>47</sup>. Estos datos operarán, en su caso, como elementos puramente

<sup>44</sup> I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97-107, esp. p. 100.

<sup>45</sup> J.M. FONTANELLAS MORELL, “La forma de la designación de Ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *REDI*, 2011, pp. 123-127.

<sup>46</sup> G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, Giesecking, 1973, pp. 108-118; G. KÜHNE, „Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht“, *Juristenzeitung*, 1973, pp. 403-420.

<sup>47</sup> D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 102.

auxiliares de otros datos que sí revelan la voluntad del causante de sujetar su sucesión *mortis causa* a su Ley nacional, como correctamente ponen de manifiesto A. DAVÌ / A. ZANOBETTI<sup>48</sup>.

(c) *Validez formal de la elección tácita de la Ley reguladora de la sucesión*. En este caso de elección tácita de la *Lex Successionis*, se exige, igualmente, que la elección de la Ley resulte de una disposición *mortis causa* que sea válida con arreglo a las exigencias de forma de establecidas, en el caso de España, por la Ley estatal designada por el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias] o por el art. 27 RES si se trata de un pacto sucesorio.

(d) *Rechazo de la voluntad hipotética*. No cabe la elección de Ley en forma presunta o hipotética (A. BONOMI)<sup>49</sup>. La admisión de la elección tácita de la Ley nacional aplicable a la sucesión *mortis causa* ha sido tomada por el legislador europeo de la jurisprudencia suiza y alemana en la materia, según explica acreditada doctrina (A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, A. TIEDEMANN)<sup>50</sup>.

(e) *Autonomía material del causante*. Indica D. DAMASCELLI que el causante puede elaborar un testamento o pacto sucesorio e insertar en el mismo una serie de disposiciones legales tomadas de una o de varias Leyes estatales en el sector sucesorio<sup>51</sup>. El Reglamento no prohíbe dicha práctica, pero tampoco alude a ella. En algunas ocasiones ello puede revelar la voluntad de elegir la Ley aplicable correspondiente, como antes se ha indicado. Por ejemplo si el causante se refiere a una institución legal existente en el Derecho sucesorio del país cuya nacionalidad ostenta (Cons. [39] RES). Ahora bien, la referencia a disposiciones materiales de un concreto Derecho sucesorio estatal es cuestión sustancialmente diferente a la elección de Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, de modo que no siempre la incorporación material de tales disposiciones significa que haya habido una elección de Ley en forma tácita.

**35.** Al admitir esta posibilidad de elección de la Ley nacional del causante, el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] recoge en este punto una nueva victoria de los notarios en el escenario legal europeo. En efecto, antes de la entrada en escena de este Reglamento, en muchos Estados miembros, como España, Francia, Grecia, etc., no se permitía la *Professio Juris* sucesoria. Al permitir ahora esta “opción de Ley” que facilita de manera muy notable al causante un correcto *Estate Planning* de su patrimonio, los particulares se sentirán incentivados a acudir al notario a ejercer esta facultad jurídica antes vetada en muchos Estados miembros. Es cierto que el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no obliga a realizar la *Professio Juris* ante notario, y ni siquiera obliga a que sea expresa. Sin embargo, al exigirse que la elección de la *Lex Successionis* se realice “en forma de disposición *mortis causa*” (art. 22.1 RES), se requiere que la misma reúna las exigencias de forma que se exigen a las disposiciones *mortis causa*. Y visto que la mayor parte de estas disposiciones *mortis causa* serán “testamentos” y que la mayor parte de éstos se otorgan ante notario, éste recibirá nuevas peticiones para actos (= *Professio Juris*) respecto de los cuales antes no tenía competencia material. Los notarios son competentes para redactar cláusulas de elección de Ley, actos que antes no podían redactar en numerosos Estados miembros.

### C) Actividad notarial y residencia habitual del causante

**36.** En defecto de una válida elección de Ley nacional del causante pro el mismo, el notario deberá aplicar al fondo del acto notarial en cuestión, la Ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES). Ello supondrá que el notario deberá acreditar, previamente y no es función sencilla, el país donde, realmente, el causante tuvo su última

<sup>48</sup> A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139.

<sup>49</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 313.

<sup>50</sup> A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 pp. 5-139; A. TIEDEMANN, „Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht“, *RabelsZ*, 1991, p. 27 ss.; A. TIEDEMANN, “Choice of Law under German Private international law of Succession”, *RabelsZ*, 1992, pp. 17-40.

<sup>51</sup> D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 103.

residencia habitual. La responsabilidad notarial en dicha tarea es relevante. En efecto, la precisión del Estado donde el causante tiene su residencia habitual en el momento de su fallecimiento constituye una cuestión de extrema importancia para el correcto funcionamiento del entero sistema de competencia judicial internacional del Reglamento 650/2012. A tales efectos resulta importante tener presentes, de modo muy sucinto, varias ideas básicas.

**37. a)** Debe recordarse que el Reglamento 650/2012 no define qué debe entenderse por “residencia habitual”. El Cons. [23] RES indica, tan sólo, que la residencia habitual debe revelar “*un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento*”. Por otro lado, en realidad, y como ha destacado D. DAMASCELLI, los textos legales internacionales de DIPr. posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en particular, los llamados “Convenios de La Haya” (= elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) y también los textos normativos de Derecho de la UE, nunca han definido legalmente la noción “residencia habitual”<sup>52</sup>. Esta tradicional “falta de definición” se explica porque el criterio “residencia habitual” fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el “domicilio”. En efecto, el domicilio se define de manera distinta de país a país: cada Estado tiene su concepto de domicilio y las diferencias entre el “concepto continental” de “domicilio” y el “concepto anglosajón” del mismo son muy acentuadas (P. LAGARDE)<sup>53</sup>. Para no proporcionar “otro concepto más” de “domicilio”, todos estos textos internacionales optaron por la noción “residencia habitual” y quedó claro que el nuevo concepto no sería definido, sino que debería ser concretado “caso por caso”. También se desechó de raíz la idea de fijar como criterio de competencia internacional el “domicilio” del causante a definir por el Derecho nacional del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del asunto. Es ésta la solución, realmente compleja y relativista, seguida, para las personas físicas, por el art. 59 RB-I.

**38. b)** Este silencio legal en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] puede estar justificado por dos razones: (a) El legislador europeo, pudiendo haber definido el concepto no lo ha hecho porque ha preferido que sean los tribunales que apliquen el Reglamento 650/2012 los que suministren el concepto específico de residencia habitual del causante con atención a los casos concretos (= el concepto se construye por “grupos de casos” de similares características según se presenten ante las autoridades públicas y en particular, ante los tribunales de justicia). Una definición legal rígida y concreta se demostraría siempre, al final, como lagunosa y compleja, poco adaptada a los supuestos difíciles y susceptible de interpretaciones divergentes por tribunales de los distintos Estados miembros. La rigidez del concepto, paradójicamente, hubiera llevado a la incerteza legal, como bien indican A. DAVÌ / A. ZANOBBETTI<sup>54</sup>. Por ello se puede afirmar que el concepto de residencia habitual es un concepto adaptable a las circunstancias de hecho, un concepto de textura abierta; (b) El legislador europeo no ha indicado que el concepto de “residencia habitual” que emplea el Reglamento 650/2012 sea el mismo que utilizan otros Reglamentos europeos, como el Reglamento 2201/2003, el Reglamento Roma I o el Reglamento Roma II, por ejemplo. Ello puede explicarse por la razón de que el mismo concepto de “residencia habitual” debe concretarse de maneras distintas según el “tipo de litigio” del que se trate, apunta A. RICHEZ-PONS<sup>55</sup>. Es, pues, una noción con contenido variable (“*notion à contenu variable*”) en feliz expresión de J. CARBONNIER<sup>56</sup>. De hecho, el mismo Cons. [23] RES indica, de modo expreso, que la residencia habitual

<sup>52</sup> D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 87-103, esp. p. 92.

<sup>53</sup> P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1686-1708.

<sup>54</sup> A. DAVÌ / A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 pp. 5-139.

<sup>55</sup> A. RICHEZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

<sup>56</sup> J. CARBONNIER, “Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille”, *Travaux du Centre National de la recherche de la logique*, Bruylant, 1984, pp. 99 ss.

debe concretarse “...*teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento*”. En otras palabras, el concepto de la residencia habitual del causante debe precisarse en un “contexto sucesorio europeo”, que es diferente de otros contextos legales (= como el contexto de la “protección de menores”, del “divorcio”, o de los “contratos internacionales”, por ejemplo).

**39. c)** El concepto de “última residencia habitual del causante” es un concepto autónomo y propio del Reglamento 650//2012, ya que sólo un concepto uniforme europeo garantiza la aplicación uniforme de dicho Reglamento. Esto es, debe ser un concepto que no debe extraerse de ningún concreto Derecho nacional.

**40. d)** Según expone P. LAGARDE, el concepto de residencia habitual es siempre el mismo en todos los instrumentos legales de la UE<sup>57</sup>. Se trata del lugar donde radica el “centro de vida de la persona” (= “*le centre de vie de l'intéressé*”). Ahora bien, el modo de concretar cuál es el concreto Estado en el que una persona tiene su residencia habitual varía según la materia e instrumento legal considerado. De ese modo, la residencia habitual se perfila de una manera distinta en el ámbito de la protección de niños (Reglamento 2201/2003) y de otra manera bien diferente en el área de los contratos internacionales (Reglamento Roma I), de los ilícitos extracontractuales (Reglamento Roma II), del divorcio (Reglamento 1259/2010 Roma III) y en el ámbito sucesorio (Reglamento 650/2012). El contexto social y jurídico reviste una extrema importancia. Por tanto, en lo que afecta a este último instrumento legal, la residencia habitual debe especificarse de un modo particular, pues interesa la residencia habitual a efectos sucesorios, no a efectos contractuales o de divorcio. En tal sentido, por ejemplo, cuando se trata de concretar la residencia habitual de un cónyuge en un litigio de divorcio, los elementos a valorar son distintos de los que deben evaluarse para concretar el país donde se encuentra el centro de vida (= residencia habitual) del causante, como muestra P. LAGARDE<sup>58</sup>. Por tanto, para precisar el concepto de residencia habitual “del causante”, debe tenerse en cuenta: (a) El contexto en el que se inserta el concepto (= interpretación sistemática: el “contexto sucesorio europeo”); (b) El objetivo que persigue la normativa europea que emplea dicho concepto (= interpretación teleológica: la seguridad jurídica en la precisión del tribunal competente y de la Ley aplicable a la sucesión, la libre circulación de decisiones en el ámbito sucesorio, la buena administración de la Justicia o “correcta administración de justicia” en la UE a la que refiere el Cons. [23] RES, el buen funcionamiento del mercado interior, la supresión de obstáculos a la libre circulación las personas que en relación con el ejercicio de sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, la buena organización prospectiva de la sucesión por parte del causante, la garantía de los derechos de herederos, legatarios, personas próximas al causante, y de los acreedores de la herencia) (Cons. [7] RES).

## D) Actividad notarial y cláusula de excepción

**41.** En supuestos específicos y excepcionales, el notario deberá aplicar al fondo de la sucesión *mortis causa*, la “cláusula de excepción” (*Ausweichsklausel*) recogida en el art. 21.2 RES. Sobre la misma parece oportuno introducir tres precisiones iniciales.

1º) Esta cláusula permite escapar de la Ley del Estado donde el causante tiene su residencia habitual y aplicar la Ley de otro Estado. Se trata de una “*clause d'exception de type classique*”, en frase de P. LAGARDE, esto es, una cláusula que busca aplicar la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto<sup>59</sup>. En ella no incide ni poco ni mucho el contenido material del Derecho designado como apli-

<sup>57</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

<sup>58</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

<sup>59</sup> P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

cable por dicha cláusula ni el contenido del Derecho al que conduce la norma de conflicto principal del Reglamento. El modelo de esta disposición es el célebre, por pionero y bien construido, art. 4.5 CR 1980.

2º) Esta cláusula está prevista para los supuestos en los que, en el contexto de una concreta sucesión *mortis causa*, el tribunal competente comprueba que resulta claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual. En dicho supuesto excepcional, el tribunal aplicará a la sucesión la Ley de ese otro Estado y no la Ley del Estado de la residencia habitual del causante, pues el causante presenta vínculos más estrechos con ese otro Estado que con el Estado de su última “residencia habitual”, indica H. DÖRNER<sup>60</sup>.

3º) La mera presencia de esta cláusula en el texto del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] permite afirmar que existe una “significativa dilatación de los márgenes de discrecionalidad del intérprete” y en particular del juez, para concretar la Ley aplicable en todo caso de sucesión *mortis causa*, como ha sido destacado por A. DAVI / A. ZANOBETTI<sup>61</sup>. El sistema conflictual del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no es axiomático, algebraico, rígido e inflexible. Es un sistema que privilegia el “sentido común conflictual” sobre la letra de las conexiones.

**42.** La cláusula de excepción sólo puede emplearse con el objetivo de hacer aplicable a una sucesión *mortis causa* la Ley del Estado con el que el causante mantenía, claramente, un vínculo manifiestamente más estrecho con ese Estado, distinto del Estado de su última residencia habitual. En consecuencia, es necesario despejar ciertas dudas.

1º) *Complejidad de precisión de la residencia habitual del causante.* La vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como criterio o nexo subsidiario para precisar la Ley aplicable en el caso de que la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulta particularmente compleja (Cons. [25] RES). Esta cláusula de escape no constituye, de ningún modo, una habilitación para que, en casos difíciles, el juzgador determine cuál es el país más vinculado con la sucesión *mortis causa* y aplique la Ley de dicho país.

2º) *Elección de Ley por el causante.* La cláusula de excepción no puede activarse en el caso de que el causante haya elegido la Ley reguladora de su sucesión *mortis causa* con arreglo al art. 22.1 RES. En este caso, la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* ha quedado fijada con la mayor claridad y rotundidad. Ni el causante ni los litigantes albergan duda alguna sobre cuál es la Ley que regula la sucesión *mortis causa*: es la Ley elegida por el causante. Por ello, no tiene sentido eliminar la aplicación de dicha Ley, ya que ello comportaría, de modo totalmente innecesario, costes conflictuales muy elevados tanto al causante como a los demás interesados en la sucesión *mortis causa*.

**43.** El régimen jurídico de la cláusula de excepción se contiene en el art. 21.2 RES. A los efectos de esta exposición, el notario deberá desplegar una actividad aegumentativa motivada para, en su caso, concretar el Estado con el que el causante mantiene un “vínculo manifiestamente más estrecho” que el que existe entre el causante y el Estado de su residencia habitual y siempre que ello resulte “claramente de todas las circunstancias del caso” en el “momento del fallecimiento”. Ambas “exigencias adverbiales” deben distinguirse con cuidado.

1º) *Primera exigencia: el causante debe mantener un vínculo “manifiestamente” más estrecho con un Estado distinto del Estado de su residencia habitual.* Ello significa que la vinculación del causante con el Estado de su residencia habitual debe ser una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, ligera, tenue, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real. Sólo en ese caso, el vínculo del causante con otro país puede ser “manifiestamente más estrecho” que el que existe con el Estado de su residencia habitual.

2º) *Segunda exigencia: debe resultar “claramente” de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con*

<sup>60</sup> H. DÖRNER, “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, n. 10, pp. 505-513.

<sup>61</sup> A. DAVI / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139.

*un Estado distinto del Estado de su residencia habitual*. Ello significa que la vinculación estrecha entre el causante y un concreto Estado debe ser “perceptible por cualquier persona”. En efecto, el adverbio “*claramente*” hace referencia a una “experiencia visual”. Una percepción visual exige un muy escaso esfuerzo: se aprecia inmediatamente, sin mayores indagaciones, y se aprecia, también, de modo universal, es decir, por cualquier sujeto. Ello significa que la intensa vinculación entre el causante y el Estado B, distinto del Estado A, Estado de la residencia habitual de causante, debe ser perceptible por las partes y por el juez. De tal modo, la decisión del juez en favor de la aplicación de la Ley de un Estado B, distinto del Estado A donde el causante tenía su última residencia habitual, no “sorprenderá” a las partes ni al causante, no les comportará costes conflictuales elevados que no pudieron prever. De ese modo, se garantiza también la “seguridad jurídica” (Conss. [37] y [48] RES), pues la vinculación del causante con el Estado con el que mantiene un vínculo manifiestamente más estrecho se detecta “claramente”, por y para todos los implicados y de un modo evidente y sencillo.

**44.** El Reglamento 650/2012 no indica si el tribunal o el notario, de oficio, debe activar la cláusula de excepción del art. 21.1 RES, o ésta sólo se aplica si una parte interesada demuestra que el causante presentaba vínculos más estrechos con otro Estado distinto del Estado de su residencia habitual. La redacción del art. 21.1 RES parece indicar que la activación de la cláusula de excepción procede incluso de oficio por el tribunal o por el notario competente. Esta interpretación resulta apoyada, además, por el hecho de que la cláusula protege no sólo a las partes, sino también al causante. Efectivamente, éste puede haber redactado un testamento con arreglo a la Ley de un Estado de origen, pues creía, de buena fe, que su sucesión *mortis causa* debía regirse por dicha Ley. Al fallecer, la aplicación de la Ley de la última residencia habitual del causante podría frustrar las expectativas legales que tuvo en su momento el causante. Pues bien, para salvaguardar dichas expectativas legales del causante, parece justo que el juez active, si es necesario y adecuado, la cláusula de excepción del art. 21.1 RES incluso si ello no ha sido solicitado por ninguna parte en un posterior procedimiento judicial sucesorio.

**45.** Casos excepcionales exigen motivaciones excepcionales. Es preciso un proceso judicial o notarial motivado para concluir que se debe activar la cláusula de excepción. En efecto, el Cons. [25] RES indica que “*la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho*”. La expresión “*llegar a concluir*” (= empleada por el Cons. [25] RES) y la expresión “*resultase*” (= utilizada por el art. 21.1 RES), significan que el tribunal o el notario deben desplegar un esquema argumentativo profundo y poderoso para justificar la necesidad de apartarse de la regla general y de dar aplicación a la regla excepcional. El tribunal debe demostrar: (a) Que el caso reúne unas circunstancias excepcionales que no son las que presentan los casos normales u ordinarios; (b) Que la aplicación de la regla general comportaría resultados jurídicos no deseables y contrarios a los principios vertebradores del Reglamento 650/2012, como la libre circulación de decisiones en el sector sucesorio, la no contradicción de decisiones entre tribunales de los Estados miembros, la seguridad jurídica, la reducción de los costes conflictuales para las partes y/o el causante o principio de proximidad, la buena administración de la Justicia, etc. En suma, el juez o el notario, según el caso, deben, en todo supuesto, motivar profundamente su decisión de activar la cláusula de excepción (art. 21.1 RES). Deben explicar las razones que les han movido a descartar la aplicación, en su caso, de la Ley de la última residencia habitual del causante. Esta exigencia de una motivación judicial o notarial reforzada potencia la seguridad jurídica de los sujetos implicados en la sucesión *mortis causa*.

**46.** En la aplicación de la cláusula de excepción, el operador jurídico, y por lo que hace a este estudio, el notario, debe seguir un *iter* argumentativo perfectamente diseñado por el legislador europeo en el art. 21.2 RES.

1º) *Análisis de todas las circunstancias del caso*. El operador jurídico debe analizar “*todas las circunstancias del caso*”. Se tratará, naturalmente, de un caso sucesorio y todos los elementos del mismo pueden y deben ser tomados en consideración: lugar de situación de los bienes, naturaleza de éstos, intereses del causante y de las partes, litigios previos, residencia habitual de los interesados, nacionalidad de

los mismos, etc. Y además, no sólo “algunas” de tales circunstancias, sino “todas” las circunstancias del caso deben indicar que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado.

2º) *Vínculo manifiestamente más estrecho claramente perceptible*. Una vez analizadas todas las circunstancias del caso, el operador jurídico debe activar un proceso de detección de un “vínculo manifiestamente más estrecho” del causante con un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual. Dicho “vínculo manifiestamente más estrecho” debe ser percibido “claramente” por el operador jurídico.

3º) *Vínculo entre el causante y un país*. Debe subrayarse que el operador jurídico debe acreditar la existencia de un “vínculo manifiestamente más estrecho” entre dos elementos: el causante (= elemento 1) y un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual (= elemento 2). No se trata de que el caso (= la situación jurídica internacional, la sucesión *mortis causa*) presente vínculos más estrechos con un país, sino de que sea el causante el que presenta vínculos con otro Estado. Por tanto, aunque todos las circunstancias del caso deben ser analizadas, debe emerger la vinculación entre el “causante” y un concreto país. Por ello, puede afirmarse que esta cláusula de excepción protege las expectativas legales del causante en la organización de su sucesión *mortis causa*, y en el caso de que dicho causante no haya otorgado disposiciones *mortis causa*, protege a los terceros, sabedores de que el causante tenía un vínculo muy estrecho con un concreto país distinto del Estado de su última residencia habitual. No se trata de percibir los vínculos entre el “causante” y una “Ley estatal determinada”, como ha sido incorrectamente señalado por algún autor, sino de concretar los estrechos vínculos entre el “causante” y un concreto “país”.

4º) *Vínculo estrecho existente en el momento del fallecimiento*. El texto del art. 21.2 RES indica igualmente que no se trata de que el causante “presentaba” un vínculo manifiestamente más estrecho con un cierto, sino de que el causante “mantenía” tal vínculo manifiestamente más estrecho. Por tanto, debe apreciarse una “permanencia” en el vínculo y no una mera “existencia” o “presencia” de dicho vínculo. Es decir, el operador jurídico debe comprobar que, en el momento de su fallecimiento, el causante disponía de un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado concreto y lo mantenía. Debe ser un vínculo “activo y estable” con ese Estado. Ello sucederá en los casos en los que el causante, pese a tener su residencia habitual en un Estado A, procede de un Estado B, cuya lengua habla, cuyas costumbres sigue y observa, al que regresa con cierta frecuencia y con el que mantiene relaciones continuadas. El mero y aislado dato de la simple presencia de bienes en otro Estado no pone de relieve por sí solo un vínculo entre el causante y ese país.

## E) Actividad notarial y autorización de testamentos con validez europea

47. El Reglamento 650/2012 contempla tres tipos de “disposiciones *mortis causa*”. Éstas pueden, en efecto, adoptar la forma de: (i) un “testamento”, (ii) un “testamento mancomunado” o de (iii) un “pacto sucesorio” (art. 3.1.d RES). Como puntualiza PH. DE PAGE, son éstas las tres maneras en las que el causante puede organizar materialmente su sucesión hereditaria si emplea al efecto disposiciones *mortis causa*<sup>62</sup>. El Reglamento 650/2012 arranca, por tanto, de estos tres conceptos diferenciados.

1º) *Testamento*. El testamento es un acto unilateral del causante en cuya virtud éste dispone de su patrimonio para después de su fallecimiento. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no define qué debe entenderse por “testamento”.

2º) *Testamento mancomunado*. El testamento mancomunado es el acto jurídico por que varias personas, en un mismo documento, ordenan, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos (E. ZABALO ESCUDERO)<sup>63</sup>. El art. 3.1.c RES indica que el “testamento mancomunado” es el “*testamento otorgado en un acto por dos o más personas*”. Se trata de una definición legal desafortunada, una traducción equivocada del vocablo francés “*acte*” que no significa “acto”, sino “documento”. La versión inglesa (“*joint will*”

<sup>62</sup> PH. DE PAGE, “Le testament international et sa mystique”, *Revue du notariat belge*, 1984, pp. 7-23.

<sup>63</sup> E. ZABALO ESCUDERO, “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *RGD*, 1989, núms. 541-542, pp. 6351-6370.

*means a will drawn up in one instrument by two or more persons*”), la italiana (“*testamento congiuntivo*”, *il testamento redatto in un unico documento da due o più persone*”) y también la alemana (“*gemeinschaftliches Testament*“ *ein von zwei oder mehr Personen in einer einzigen Urkunde errichtetes Testament*”) dejan bien claro que el testamento mancomunado es el redactado por varias personas en un mismo documento, aunque pueda haber sido otorgado en actos distintos. Un ejemplo claro es el testamento mancomunado entre cónyuges del Derecho alemán (§ 2265-2273 BGB) que se aprecia en la SAP Alicante 17 enero 2013 [testamento mancomunado otorgado en Alemania]: los cónyuges se instituyen recíprocamente herederos e indican que al fallecer el superviviente el caudal relicto de ambos debe corresponder a un tercero.

3º) *Pactos o contratos sucesorios*. Los pactos sucesorios son los acuerdos por el que se confieren, modifican o revocan, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo, lo que incluye los llamados “testamentos recíprocos” (art. 3.1.b RES).

48. Para el legislador europeo, el “testamento” es, por esencia, un acto necesariamente unilateral, dictado por una persona y sólo sujeto a su voluntad libre. Por el contrario, desde el punto de vista europeo, el testamento “mancomunado” no es, en realidad, un “testamento”. Es un acto diferente, pues no es unilateral, sino multilateral (= en el mismo participan y confluyen voluntades distintas de personas diferentes). Ello explica las expresiones del Reglamento 650/2012 en favor de las “*disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios*”. Dicha expresión abarca tanto los “testamentos estrictamente unilaterales” como los llamados “testamentos mancomunados”. No se ha empleado, simplemente, el término “testamentos” porque para el legislador europeo, que ha seguido en este punto la huella del gran jurista H. LEWALD, el testamento mancomunado no es, en realidad, un “testamento”<sup>64</sup>.

49. La Ley que regula la sucesión *mortis causa* ex art. 22.1 ó 21.1 RES regula también estas dos cuestiones: 1º) La “admisión” de la posibilidad de elaborar cualquier tipo de disposición *mortis causa* (“*its admissibility*”); 2º) La validez de fondo o validez sustancial de las disposiciones *mortis causa* que elabora el causante. (“*substantive validity*”). Así lo indica el art. 23.1 RES (= “[l]a ley determinada en virtud de los artículos 21 ó 22 regirá la totalidad de la sucesión”) y el art. 23.2.h RES (“[d]icha ley regirá, en particular: ... h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*...”). Por tanto, es la Ley de la sucesión la que regula, efectivamente, la admisibilidad de la posibilidad de testar, de elaborar testamentos mancomunados y de redactar pactos sucesorios, así como la validez de fondo de todas estas disposiciones *mortis causa*.

50. Al haberse unificado la ley aplicable a los testamentos en la UE, el testamento redactado con arreglo a la Ley aplicable designada por el Reglamento 650/2012, está llamado a circular sin fronteras entre los Estados miembros participantes en dicho Reglamento. En efecto, ninguna autoridad de ningún Estado miembro podrá ahora cuestionar la validez de fondo de un testamento que se ajusta a la *Lex Successionis*, determinada de modo uniforme con arreglo a las normas de conflicto europeas contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. Ello supone otra nueva victoria para los notarios. En efecto, la circulación internacional de los testamentos incitará a los particulares a testar y nada mejor que hacerlo ante un notario. Efectivamente, los actos autorizados por el notario circulan por la UE como “documentos auténticos”, por lo que un testamento autorizado por notario en un Estado miembro se vuelve invulnerable en todos los Estados miembros. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] fomenta la sucesión testada ante notario, con lo que la ofician notarial aumentará su actividad internacional.

51. Puede suceder que un testamento o un testamento mancomunado resulte válido con arreglo a la Ley nacional de causante (art. 22 RES) o a la Ley de la residencia habitual del causante al tiempo de otorgarse tal testamento (art. 21.1 RES). Sin embargo, el causante puede haber cambiado de naciona-

<sup>64</sup> H. LEWALD, “Questions de droit international des successions”, *RCADI*, 1925, vol.9, pp. 15-225.

lidad y/o puede haber cambiado de país de residencia habitual antes de fallecer. De ese modo, el testamento que fue válidamente redactado con arreglo a la Ley de la nacionalidad anterior o de la residencia habitual del testador podría resultar, ahora, inválido y/o inefectivo con arreglo a la Ley nacional del causante o a la Ley de la residencia habitual del mismo en el momento de su fallecimiento. En estos casos de conflicto móvil, el art. 24 RES contiene diversas previsiones legales destinadas a tratar de “salvar” la posibilidad de testar y la validez de fondo del testamento en estos casos de conflicto móvil.

1º) *Primera solución. La regla de base (art. 24.1 RES)*. Indica el precepto citado que, en estos casos, las disposiciones testamentarias se regirán, “por lo que respecta a su admisibilidad y validez material”, por la Ley que, en virtud del Reglamento 650/2012, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición (art. 24.1 RES). Es decir, la posibilidad de testar y la validez sustancial de las disposiciones testamentarias se rigen por la Ley del Estado cuya nacionalidad ostentaba el testador (art. 22.1 RES) o por la Ley de la residencia habitual del testador (art. 21.2 RES) en la fecha en la que fue realizada la disposición testamentaria.

Esta solución de base es también aplicable a la modificación o revocación de las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios (art. 24.3 RES). Resultará contraria al orden público internacional español la Ley extranjera que prohíba al testador revocar o modificar su testamento en vida (*ambulatoria est voluntas testamentis usque ad vitae supremum exitum*) (G. BALLADORE PALLIERI)<sup>65</sup>.

En consecuencia, en estos casos de conflicto móvil, la Ley que regula la validez y admisibilidad del testamento (art. 24 RES), no regula “otras cuestiones sucesorias”, sujetas a la *Lex Successionis* (arts. 21-22 RES), tales como (a) La existencia o no de legítimas y su régimen jurídico. La *Lex Successionis* deberá aplicarse, igualmente, a la reducción del testamento en la medida en la que éste afecta a las legítimas; (b) La validez o invalidez, eficacia o ineficacia del testamento que afecta a las legítimas (*vid.* bajo el régimen del art. 9.8 CC, la SAP Madrid 7 noviembre 2008 [testamento ológrafo de causante testadora francesa]); (c) La ineficacia, anulación o revocación ex lege del testamento que ciertas Leyes, y singularmente el Derecho inglés, establecen para el caso de que el causante testador haya contraído nuevo matrimonio.

Esta primera solución al conflicto móvil supone que la Ley reguladora de la admisibilidad y validez material de los testamentos y de los testamentos mancomunados son cuestiones rígidamente sometidas a la Ley de la nacionalidad del causante o de la residencia habitual del causante que sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición. Si dicha Ley considera que no hay posibilidad de testar y/o que el testamento es nulo, así será. El hecho de que la Ley de la sucesión considere válido este testamento, no lo salva, pues la Ley de la sucesión no rige la validez de ese testamento (I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ)<sup>66</sup>. Este art. 24 RES no es una cláusula salvatoria de la validez del testamento, como sí que lo es el art. 9.8 CC.

2º) *Segunda solución. El dépeçage “pro validitate testamenti” (art. 24.2 RES)*. Sin perjuicio de la solución anterior (art. 24.1 RES), el art. 24.2 RES indica que el disponente podrá escoger como ley que rija la admisibilidad y validez material de su disposición *mortis causa* aquélla que el art. 22 RES le permite elegir, en las condiciones que dicho artículo establece (art. 22.2 RES). Esto es, el causante - disponente puede redactar una cláusula de elección de Ley en favor de su Ley nacional de efecto limitado, de modo que la Ley nacional del causante regirá, exclusivamente, la posibilidad de testar y la validez de la disposición *mortis causa*. En caso de que el causante haya elegido la Ley aplicable a la admisibilidad y validez del testamento, dicha Ley elegida también regirá, en su caso, la modificación o revocación de tales disposiciones (art. 24.3 *in fine* RES).

**52.** Dispone el art. 28 RES que una declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona que la realice, como por ejemplo, una declaración de beneficio de inventario, serán válidas en cuanto a la forma si reúnen los requisitos de: (a) La Ley aplicable a la sucesión en virtud de los arts. 21

<sup>65</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 263-290, esp. pp. 285-287.

<sup>66</sup> I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “Nota a STS 1 marzo 2010”, *REDI*, 2010, pp. 251-254.

ó 22 RES; (b) La Ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual. Se trata de una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos que favorece la validez formal de ciertos actos sucesorios de notoria importancia, como la aceptación o la renuncia de herencia, legado o legítima. Este art. 28 RES resulta práctico y útil pues el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias] no regula la validez formal de estas declaraciones. su papel, sin embargo, no debe ser exagerado, pues los plazos y los efectos de estas aceptaciones o renunciaciones, así como la posibilidad de aceptar o renunciar tácitamente constituyen cuestiones de fondo de estas declaraciones y por tanto se rigen por la *Lex Successionis*.

### 3. Libre circulación de los documentos notariales en la Unión Europea

#### A) Validez de los documentos sucesorios notariales en la UE

**53.** Vista la exclusión básica de los notarios que no desarrollan funciones jurisdiccionales del ámbito aplicativo del Reglamento 650/2012 por lo que respecta a la competencia internacional, es preciso detallar el régimen jurídico de la circulación en la UE de los documentos públicos autorizados por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros.

En tal sentido, la regla general consiste en que todo documento público autorizado o acto jurídico expedido por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros debe poder circular válidamente por la UE de acuerdo con el Reglamento 650/2012 y lo hará del siguiente modo: (a) Cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, entonces dictan “resoluciones” en el sentido del Reglamento. Los notarios, en tales supuestos, están vinculados por las normas de competencia del Reglamento, de modo que las resoluciones que dicten tales notarios deben circular de acuerdo con las disposiciones del Reglamento sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de “resoluciones”; (b) Cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia establecidas en el Reglamento. Sin embargo, los documentos públicos que expidan dichos notarios, aunque no hayan aplicado las normas de competencia internacional recogidas en el Reglamento 650/2012, deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre éstos contenidas en dicho Reglamento (Cons. [22] RES). Estas reglas, que pueden parecer paradójicas, suponen otra nueva y transparente victoria para los notarios. Aunque el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no es aplicable para delimitar la competencia internacional notarial en los supuestos en los que los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, resulta, explican M. KOHLER / M. BUSCHBAUM, que los documentos autorizados por los notarios en virtud de las normas nacionales de competencia internacional notarial sí que se benefician de las reglas de “libre circulación europea” de documentos sucesorios contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]<sup>67</sup>.

**54.** Los documentos públicos y las transacciones judiciales sobre cuestiones sucesorias son frecuentes en todos los Estados miembros. El Reglamento 650/2012, de manera expresa, regula la libre circulación de estos documentos y transacciones (Cons. [60] RES). Varias observaciones preliminares son precisas sobre esta cuestión.

1º) *Notarios que no desarrollan funciones jurisdiccionales y normas de competencia judicial internacional.* Los documentos públicos autorizados en los Estados miembros por fedatarios públicos y otras autoridades, fundamentalmente, los notarios, que no ejercen funciones jurisdiccionales en materia de sucesiones pueden haber sido elaborados sin que haya sido aplicado el Reglamento 650/2012 a la determinación de la “competencia internacional del notario”. No obstante lo anterior, los documentos públicos que expidan dichos notarios, aunque éstos no hayan aplicado las normas de competencia internacional recogidas en el Reglamento 650/2012, deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre éstos contenidas en dicho Reglamento (Cons. [22] RES).

<sup>67</sup> M. KOHLER / M. BUSCHBAUM, “La “reconnaissance” des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Reflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflits de lois”, *RCDIP*, 2010, pp. 629-651.

2º) *Notarios y normas sobre conflictos de leyes*. Como antes se ha indicado, los notarios no aplican las normas de competencia contenidas en el Reglamento 650/2012 cuando operan sin ejercer funciones jurisdiccionales, que será el caso más frecuente. En tal caso, los notarios no son considerados “tribunales” a efectos del Reglamento 650/2012 y por eso no aplican las normas del mismo que determinan la competencia de los “tribunales”. Ahora bien, como ha subrayado D. DAMASCELLI, los notarios sí están obligados a aplicar las normas de conflicto de leyes contenidas en el Reglamento 650/2012<sup>68</sup>. En consecuencia, el notario no puede aplicar las normas de conflicto nacionales del Estado miembro al que pertenece. Ello significa, para España, que los notarios ya no pueden aplicar el art. 9.8 CC, sino que aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. La aplicación de esas normas de conflicto garantiza el pleno “ajuste a la legalidad” de los documentos públicos autorizados por los notarios. Por dicha razón el Reglamento 650/2012 potencia su libre circulación intra-UE.

**55.** El documento público al que alude el art. 59 RES es “*un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: | i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y | ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen*” (art. 3.1. letra i RES). Ello significa, subraya D. DAMASCELLI, que el concepto cubre los documentos autorizados por notarios que siguen el sistema del Notariado latino. En dicho modelo notarial, el notario da fe no sólo de la fecha y de la autenticidad de las firmas de los sujetos que constan en el documento, sino que vigila el contenido integral del documento y acredita su ajuste a la legalidad. Los *Notary Public* del Derecho anglosajón no desarrollan la función de control de ajuste a la ley del contenido del documento, por lo que los documentos que autorizan y firman no están cubiertos por el art. 59 RES<sup>69</sup>. Debe recordarse que los notarios finlandeses y los suecos, por ejemplo, sólo acreditan la autenticidad de las firmas y de los documentos en sí mismos pero no acreditan el ajuste a la Ley del contenido del documento.

**56. a) Fuerza probatoria en un Estado miembro de documentos públicos sucesorios expedidos en otro Estado miembro.** La regulación de esta cuestión se basa en los puntos siguientes.

1º) Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (art. 59.1 RES). A tal efecto, se debe considerar la “*naturaleza y el alcance del valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen*” (Cons. [61] RES). En suma, el valor probatorio que un determinado documento público tiene en un concreto Estado miembro depende del Derecho del Estado miembro de origen. Ahora bien, lo que no se permite es que el documento público expedido en un Estado miembro despliegue en un Estado miembro B efectos probatorios que no pueden desplegar en tal Estado miembro B los documentos producidos en tal Estado miembro. Este dato reviste una importancia capital. Se trata de una “regla de prudencia” cuyo objetivo, señala P. PASQUALIS, radica en no interferir en la Ley aplicable al valor probatorio de un documento en el Estado donde se hace valer tal documento, esto es, en la *Lex Processualis Fori*<sup>70</sup>.

2º) Las personas que deseen utilizar un documento público en otro Estado miembro podrán solicitar a la autoridad que lo expidió en el Estado miembro de origen que cumplimente el formulario establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el art. 81.2 RES. En dicho formulario se detallará el valor probatorio que el documento público tenga en el Estado miembro de origen.

3º) Debe subrayarse que los documentos públicos expedidos en un Estado miembro no son objeto de “reconocimiento” en otro Estado miembro, sino de “aceptación” en dicho otro Estado miembro,

<sup>68</sup> D. DAMASCELLI, “La “circulation” au sein de l’espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale”, *RCDIP*, 2013, pp. 425-432.

<sup>69</sup> *Ídem*.

<sup>70</sup> P. PASQUALIS, “La circolazione degli atti pubblici in materia successoria in Europa”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 171-190.

como indica la rúbrica del art. 59 RES (JACQUES FOYER)<sup>71</sup>. Los documentos públicos no son decisiones judiciales y su régimen jurídico en el Reglamento 650/2012 refleja esa diferencia sustancial. En efecto, según explica con toda exactitud P. PASQUALIS, la forma notarial de un acto jurídico no es, en realidad, una forma necesaria para la validez de dicho acto<sup>72</sup>. Es una forma concreta a la que la Ley anuda una serie de efectos que van más allá de la validez y de los efectos de un acuerdo privado. Se trata de ligar a dicha forma notarial unos efectos privilegiados en cuanto a la prueba procesal y en cuanto al acceso a un Registro Público. Por ello el Reglamento 650/2012 se refiere a su “aceptación” en otro Estado miembro, no a su “reconocimiento”. En otras palabras, como destaca A. BONOMI, tales documentos públicos producen efectos probatorios en los demás Estados miembros, sin perjuicio de la validez o invalidez del *negotium* que tales documentos contienen<sup>73</sup>.

**57.** El Reglamento 650/2012 recoge diversas reglas relativas a la impugnación de la “autenticidad” de un documento público.

1º) *Autenticidad del documento*. El concepto de “autenticidad” de un documento público debe considerarse un concepto autónomo propio del Reglamento 650/2012. El concepto incluye aspectos tales como su veracidad, sus requisitos formales previos, las facultades de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza éste, así como los hechos oficialmente consignados por la autoridad competente en el documento público, como que las partes indicadas han comparecido ante la autoridad en la fecha señalada y que han formulado las declaraciones que en él se expresan (Cons. [62] RES).

2º) *Recurso contra la autenticidad de documentos públicos*. La parte que desee recurrir contra la autenticidad de un documento público debe hacerlo ante los tribunales del Estado miembro de origen y se resolverá de acuerdo con el Derecho de éste. Los documentos públicos recurridos carecerán de valor probatorio en otro Estado miembro mientras el recurso penda ante el tribunal competente (art. 59.2 RES). Indica el Cons. [65] RES que un documento público que haya sido declarado inválido a raíz de un recurso “*debe dejar de tener valor probatorio*”.

3º) *Recurso contra los actos jurídicos o relaciones jurídicas que constan en el documento*. Todo recurso relativo a los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público se interpondrá ante los tribunales competentes con arreglo al Reglamento 650/2012 y se resolverá de acuerdo con el Derecho aplicable según las normas de conflicto recogidas en el Capítulo III RES. Los documentos públicos recurridos carecerán de valor probatorio en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen en cuanto al objeto del recurso mientras este penda ante el tribunal competente (art. 59.3 RES). Como indica el (Cons. [63] RES), los términos “actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público” son términos que se refieren al fondo de la cuestión sucesoria. son referencias al “contenido material registrado en el documento público”, no a la autenticidad formal del documento público. El mismo (Cons. [63] RES) proporciona ejemplos de “actos jurídicos consignados en un documento público”: (i) El acuerdo entre las partes sobre la partición o distribución de la herencia; (ii) Un testamento, un pacto sucesorio u otra declaración de voluntad. Ejemplos de “relaciones jurídicas consignadas en un documento público” son “*la determinación de los herederos y demás beneficiarios establecidos en virtud de la ley aplicable a la sucesión, sus partes alícuotas respectivas y la existencia de legítima o cualquier otro elemento establecido en virtud de la ley aplicable a la sucesión*”.

4º) *Competencia incidental de la autoridad de un Estado miembro*. Si el resultado de un procedimiento ante el tribunal de un Estado miembro depende de la resolución de una cuestión incidental

<sup>71</sup> JACQUES FOYER, “Reconnaissance et exécution des jugements étrangers et des actes authentiques”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 2013, pp. 141-168. Vid. también esta cuestión desde la perspectiva del principio europeo del “mutuo reconocimiento” en M.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: Notas a la STJUE de 14 octubre de 2008”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 143-151; M.D. ORTIZ VIDAL, “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas al caso Grunkin-Paul”, *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 357-366; M.D. ORTIZ VIDAL, “Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el Derecho Internacional Privado”, *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 304-316.

<sup>72</sup> P. PASQUALIS, “La circolazione degli atti pubblici in materia successoria in Europa”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 171- 190, esp. p. 178.

<sup>73</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 319.

relativa a los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público en materia de sucesiones, dicho tribunal será competente al respecto (art. 59.4 RES).

**58. b) Fuerza ejecutiva en un Estado miembro de documentos públicos sucesorios expedidos en otro Estado miembro.** Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán declarados, a petición de cualquiera de las partes interesadas, documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento de *exequatur* previsto en los arts. 45-58 RES (art. 60 RES). Resulta importante subrayar, sin embargo, que esta remisión es una “remisión recortada”, pues el tribunal ante el que se interponga un recurso al amparo de los arts. 50 ó 51 RES solo desestimarà o revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución. Es decir, sólo existe, según recuerda J. FITCHEN, como motivo de denegación del *exequatur* de estos documentos públicos sucesorios, la contrariedad del mismo con el orden público del Estado miembro requerido<sup>74</sup>.

**59. c) Fuerza ejecutiva en un Estado miembro de las transacciones judiciales sucesorias expedidas en otro Estado miembro.** A petición de cualquiera de las partes interesadas, se declarará que tienen fuerza ejecutiva en otro Estado miembro las transacciones judiciales que posean fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, de conformidad con el procedimiento de *exequatur* previsto en los arts. 45-58 RES (art. 60 RES). De nuevo es importante destacar que esta remisión al procedimiento de *exequatur* es una “remisión recortada”, pues el tribunal ante el que se interponga un recurso al amparo de los arts. 50 ó 51 solo desestimarà o revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución. Es decir, sólo existe, como motivo de denegación del *exequatur*, la contrariedad del mismo con el orden público del Estado miembro requerido (art. 61.3 RES). Un ejemplo puede resultar provechoso al efecto. Un nacional español con residencia habitual en Huesca otorga testamento notarial ante Notario francés. Uno de los hijos del causante impugna la validez del testamento ante juez español al estimar que el testamento no respeta las legítimas recogidas en el Derecho sustantivo español. Surge la cuestión de saber si el testamento válidamente otorgado en Francia surte efectos legales ejecutivos plenos en España al tratarse de un documento público o no es posible. Pues bien, si el testamento notarial otorgado en Francia dispone, según el Derecho francés, de fuerza ejecutiva, resultará que dicho documento público puede ser sometido a *exequatur* en España y de ese modo, podrá ser declarado, a petición de cualquiera de las partes interesadas, un “documentos con fuerza ejecutiva” en España. Debe seguirse el procedimiento de *exequatur* previsto en los arts. 45-58 RES (art. 60 RES). Debe recordarse que la validez del referido testamento es una cuestión sujeta a la Ley estatal a la que remite el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] y que ya aplicó en su momento el notario francés. Por ello, no es preciso controlar la Ley que aplicó el Notario francés cuando autorizó el testamento abierto notarial.

**60.** El Reglamento no regula la aptitud de los documentos públicos notariales para acceder a los Registros públicos de los Estados miembros (D. DAMASCELLI)<sup>75</sup>. Ello se explica porque el Reglamento ha querido regular dicha cuestión, exclusivamente, en relación con el CSE, que dispone, así, de una “cualidad legal” privilegiada de la que carecen los demás documentos públicos sucesorios redactados por los notarios y diferentes del CSE.

## **B) Certificado sucesorio europeo. Intervención notarial**

**61.** El Reglamento 650/2012 crea un documento llamado “certificado sucesorio europeo” (CSE). Este certificado se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro y produce unos concretos efectos legales recogidos con claridad y exhaustividad en el art. 69 RES.

<sup>74</sup> J. FITCHEN, “Recognition”, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, *Journal of Private International Law*, 2012, pp. 323-340.

<sup>75</sup> D. DAMASCELLI, “La “circulation” au sein de l’espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale”, *RCDIP*, 2013, pp. 425-432.

1º) *Concepto de “certificado sucesorio europeo”*. El CSE puede ser definido como aquel documento oficial que acredita la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia y que puede ser utilizado por dichos sujetos para invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o para ejercer sus derechos como tales (art. 63.1 RES). El CSE podrá utilizarse, en particular, como prueba de uno o varios de los siguientes elementos: a) la cualidad y/o los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y sus respectivas cuotas hereditarias; b) la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado; c) las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia (art. 63.2 RES). Otros usos del CSE no se descartan, pues el Reglamento no lo prohíbe, según precisa J.C. MARTIN ROMERO<sup>76</sup>.

2º) *Función del “certificado sucesorio europeo”*. El CSE desarrolla la función de servir de instrumento o documento probatorio de la cualidad jurídica de ciertos sujetos en el ámbito sucesorio, de sus facultades legales y de la atribución de los bienes de la herencia. Como ilustra A. RODRIGUEZ BENOT, el CSE constituye un instrumento probatorio de alcance internacional, pues constituye prueba suficiente de tales datos en todos los Estados miembros, incluido el Estado donde ha sido expedido (art. 62.3 RES) “*sin necesidad de ningún procedimiento especial*” (art. 69.1 RES)<sup>77</sup>. El CSE evita tener que solicitar y obtener un reconocimiento de las resoluciones sucesorias dictadas en un Estado miembro y en las cuales se han acreditados los extremos que constan en el CSE. La presencia de este CSE explica por qué el reconocimiento de resoluciones judiciales sucesorias en el Reglamento 650/2012 no es un “reconocimiento de plano” y no se ha eliminado. En definitiva, este CSE potencia la “*tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones con repercusión transfronteriza en la Unión*”, pues permite a los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que puedan “*probar fácilmente su cualidad como tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro*” (Cons. [67] RES). El objetivo último que explica la presencia del CSE y su importancia en el contexto del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] radica en que dicho CSE permite garantizar, en muy alta medida, la estabilidad y continuidad del régimen legal de la sucesión *mortis causa* en la UE, la “*continuité du régime successoral*” (P. LAGARDE)<sup>78</sup>. Otro dato interesante radica en que el CSE acredita la cualidad de heredero y legatario, las cuotas correspondientes a cada uno de estos sujetos, así como sus facultades, todo ello antes de iniciarse las operaciones sucesorias ante un juez.

3º) *El formulario de CSE*. En realidad, el Reglamento 650/2012 no ha creado un modelo europeo de “documento” en el que se deba plasmar el CSE (R. CRÔNE)<sup>79</sup>. El art. 80 RES indica que “[l]a Comisión adoptará actos de ejecución para establecer y modificar posteriormente las certificaciones y los formularios a que se refieren los artículos 46, 59, 60, 61, 65 y 67. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 81, apartado 2”. Esto es, la Comisión deberá crear ese “modelo documental de CSE”, lo que facilitará su aplicación y aceptación en todos los Estados miembros (P. LAGARDE)<sup>80</sup>. Es posible que se lleve a cabo mediante un anexo *ad hoc* añadido al Reglamento, pero eso sólo el futuro lo dirá (R. CRÔNE)<sup>81</sup>.

4º) *El CSE en su perspectiva práctico-política*. El resultado político-práctico más evidente de la unificación de los criterios de competencia internacional y de fijación de la Ley aplicable en el sector de la

<sup>76</sup> J.C. MARTIN ROMERO, “El certificado sucesorio europeo: propuesta reglamentaria”, *El Notario del siglo XXI*, n° 31 (mayo-junio de 2010), <http://www.elnotario.com>.

<sup>77</sup> A. RODRIGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 175-217.

<sup>78</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732.

<sup>79</sup> R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 169-186.

<sup>80</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

<sup>81</sup> R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 169-186.

sucesión *mortis causa* es este CSE. La idea motriz del CSE radica en permitir a los ciudadanos que operan en el espacio judicial europeo que pueden “realizar sus derechos sucesorios” de un modo económico, veloz y sencillo. Se trata de evitar, precisa C. BALDUS, que tales sujetos tengan que invertir tiempo y dinero en cantidades ingentes para superar estos trámites, de modo que puedan solventarlos con un “documento [sucesorio] único”<sup>82</sup>. Por otro lado, esta opción de política jurídica en favor de este CSE constituye un duro golpe para las aspiraciones de ciertos colectivos de profesionales que se han negado, durante años, a dar efectos jurídicos en su país a los documentos “nacionales” expedidos en otros Estados miembros, tales como “certificados de herederos”, “declaraciones de herederos”, y similares. Esta situación, particularmente visible en el Reino Unido, ha sido determinante en la negativa de este Estado miembro a participar en el Reglamento 650/2012. Al quedar fuera del Reglamento, los herederos que tengan intereses en el Reino Unido no podrán emplear allí el CSE y tendrán que recurrir a abogados locales, abogados ingleses que, en posesión de un saber arcano, son los únicos que podrán gestionar las herencias en el Reino Unido. Una vez más, el proteccionismo jurídico nacionalista amenaza la construcción europea.

5º) *El CSE en su perspectiva práctico-notarial*. El Reglamento 650/2012 no unifica el Derecho sucesorio material de los Estados miembros. Por ello, en el CSE constará el nombramiento de “figuras jurídicas nacionales”, tales como el albacea español, el *trustee* inglés, el *Testamentsvollstrecker* alemán y tantas otras, así como el nombramiento de beneficiarios “nacionales” de la herencia. Por ello, el art. 68 RES indica que en el CSE se hará constar, entre otros datos “j) [...] la información sobre los extremos de los que se derivan los derechos o facultades de los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia” y “o) las facultades del executor testamentario o del administrador de la herencia y sus limitaciones en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa*”. De ese modo, cabe decir, nuevamente de la mano de C. BALDUS, que en el Estado miembro de destino del CSE, los notarios, jueces y demás operadores jurídicos pueden conocer los exactos poderes y facultades de las figuras nacionales implicadas en la sucesión *mortis causa* a los que se refiere el CSE, y que no tienen por qué coincidir con las figuras nacionales del Estado miembro de destino del CSE<sup>83</sup>.

62. Este CSE se ha introducido en el Reglamento 650/2012, sin duda ninguna, por influjo alemán (K. SIEHR)<sup>84</sup>. En Alemania, el *Erbschein* o “certificado de herederos” constituye un documento legal ampliamente utilizado y de probada eficacia práctica. Existe también, con las lógicas divergencias propias de cada ordenamiento nacional, en Derecho austríaco (*Einantwortungsurkunde*), y francés (*acte de notoriété y certificat d’heritier*). Mediante la creación del CSE, la UE persigue evitar que sea necesario obtener estos “documentos nacionales” para gestionar una herencia de alcance internacional, aunque no se veta la posibilidad de los particulares de solicitar la expedición de certificados sucesorios “nacionales”. Gracias al Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], ahora bastará un solo documento, el CSE, para poder tramitar, diligenciar y ejecutar una herencia de alcance internacional. De todos modos, debe destacarse que la introducción en un ordenamiento jurídico latino como es el francés del “*acte de notoriété*” ha tenido amplia repercusión en la solución europea. Este dato, comenta F. PADOVINI, ha mostrado que también los Derechos latinos aceptan la utilidad de estos documentos para gestionar de modo veloz y seguro el destino de los bienes sucesorios<sup>85</sup>.

63. Los caracteres de este CSE pueden ser concretados en los que a continuación se relacionan.

1º) *Carácter voluntario del CSE*. La expedición y utilización del CSE no es obligatoria (art. 62.2 RES). Sólo se expide a instancia de un solicitante, que debe ser una persona de las mencionadas en el

<sup>82</sup> CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un Reglamento de sucesiones”, <http://www.elnotario.com>; CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n.º 49, 2009, pp. 419-438.

<sup>83</sup> CH. BALDUS, “Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215.

<sup>84</sup> K. SIEHR, “Foreign Certificate of Succession for Estate in Germany?”, *IPRax*, 2013-III, pp. 241-245.

<sup>85</sup> F. PADOVINI, “Il certificato successorio europeo”, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 191-208, esp. p. 196.

art. 63.1 RES (art. 65.1 RES). Las personas interesadas y con derecho a solicitar un CSE pueden si lo prefieren, instar la expedición de una resolución judicial, de un documento público o de una transacción judicial. No obstante, ninguna autoridad o persona ante la que se presente un CSE expedido en otro Estado miembro podrá exigir que, en lugar del CSE, se le presente una resolución, un documento público o una transacción judicial expedida o formalizada en otro Estado miembro (Cons. [69] RES). En realidad, el uso “voluntario” del CSE es una mera ilusión, apunta A. DEVAUX con toda razón, ya que este CSE constituye un auténtica clave del sistema legal europeo de la sucesión *mortis causa*<sup>86</sup>. Todo hace esperar, sugiere J. KLEINSCHMIDT, que será utilizado de manera muy frecuente<sup>87</sup>.

2º) *Carácter europeo del CSE*. El CSE es un documento legal europeo: “*a new European authentic deed*” (A. DEVAUX)<sup>88</sup>. El legislador de la UE ha optado por dar carta de nacimiento a un documento sucesorio de carácter europeo, cuyo contenido y cuyo nivel de control jurídico de los extremos que contiene son iguales en todos los Estados miembros. Al uniformizarse el documento sucesorio principal en todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012, todos los particulares disponen de los mismos recursos documentales y todos los Estados miembros participantes pueden emitir ese documento sucesorio europeo, que presenta un contenido uniforme y una igual profundidad de control jurídico sobre el fondo. Este modelo uniforme europeo ha sido posible al unificar las normas de conflicto que señalan la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Es claro que el legislador de la UE ha tomado la idea de este “certificado uniforme de efectos internacionales” del Convenio de La Haya sobre la administración internacional de las sucesiones de 2 octubre 1973, no en vigor para España.

3º) *Aplicación interna y aplicación europea del CSE*. El CSE no sustituye a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares. No obstante, una vez expedido el CSE para ser utilizado en otro Estado miembro, el CSE producirá igualmente los efectos enumerados en el art. 69 RES en el Estado miembro cuyas autoridades lo hayan expedido con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 650/2012 (art. 62.3 RES). Visto que el Reglamento 650/2012 se aplica exclusivamente a las sucesiones “internacionales”, el CSE sólo puede expedirse en relación con casos “internacionales” de sucesión *mortis causa* y no en relación con casos meramente “nacionales” de sucesión *mortis causa*, supuestos en los que se utilizarán los certificados sucesorios puramente nacionales. Esta distinción responde a una demanda de los notarios europeos, deseosos de clarificar el ámbito espacial de ambos certificados y de evitar el conflicto entre certificados sucesorios “internos” y “europeos”. De todos modos, es posible que el CSE pueda ser expedido en una sucesión *mortis causa* “nacional” y que tal sucesión se convierta posteriormente en una sucesión *mortis causa* “internacional”, por ejemplo, porque se piensa que puede descubrirse en el futuro un bien hereditario situado en el extranjero (P. LAGARDE)<sup>89</sup>.

4º) *Efectos que produce el CSE*. El CSE surte los efectos que le son propios (art. 63 RES) en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial (art. 69.1 RES). Ello presenta un doble significado: (a) El CSE no precisa ser legalizado ni autenticado en el Estado miembro de destino ni precisa tampoco traducción. De todos modos, aunque el contenido del CSE está estandarizado para todos los Estados miembros que participan en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*], no existe en el Reglamento 650/2012 un “modelo oficial o “formulario tipo” de CSE; (b) Los efectos legales que surte el CSE son “efectos legales europeos” y no dependen de ningún Derecho nacional ni de la Ley de ningún Estado miembro ni de la *Lex Successionis*. En el caso de conflicto entre un CSE y un certificado sucesorio nacional expedido en un Estado miembro, debe prevalecer el CSE (art. 72 RES). En casos muy alambicados es posible que se emitan dos CSEs en dos Estados miembros distintos. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] no prevé una solución para estos “conflictos entre CSEs”. En tales supuestos, no debe prevalecer necesariamente el CSE emitido con anterioridad, pues la buena

<sup>86</sup> A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?”, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2230663](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663).

<sup>87</sup> J. KLEINSCHMIDT, «The European Certificate of Succession: An Optional Instrument as a Challenge for Private International Law / Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht», *RabelsZ*, 2013, pp. 723-785.

<sup>88</sup> A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?”, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2230663](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663).

<sup>89</sup> P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732.

fe de los terceros quedaría dañada. La falta de un Registro europeo de CSE y de testamentos es la razón por la que estos conflictos entre CSEs se pueden producir.

5º) *Presunción de veracidad y efecto de legitimación*. El CSE goza de la presunción legal de veracidad de su contenido y del ajuste a Derecho del mismo y éste constituye un “efecto esencial” del mismo, en palabras de A. BONOMI<sup>90</sup>. De ese modo, se presume que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene dicha cualidad y/o es titular de los derechos o de las facultades que le son propias, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado (art. 69.2 RES). En consecuencia, el CSE despliega un muy relevante “efecto de legitimación dominical” frente a terceros. En dicho sentido, la propiedad que el individuo que adquiere del sujeto que figura como “heredero” en el CSE deviene una propiedad blindada, inatacable e irreivindicable incluso por el sujeto originaria y auténticamente propietario de bien, como advierte J.L. IGLESIAS BUHIGUES<sup>91</sup>.

6º) *Carácter particular del CSE*. El CSE no es una “resolución judicial” y tampoco es un “documento público con fuerza ejecutiva” ni una “transacción judicial”. Es una nueva especie en el mundo de los títulos jurídicos con efectos extraterritoriales en el Derecho internacional privado europeo (J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ)<sup>92</sup>. Por ello, el CSE no es ni puede ser objeto de “reconocimiento” ni de “declaración de ejecutividad” ni de “ejecución”.

**64.** La cuestión de la competencia institucional para expedir el CSE constituye un aspecto de extrema importancia desde el punto de vista organizativo. Varios elementos deben examinarse al respecto.

1º) En la Propuesta de Reglamento europeo sobre sucesiones *mortis causa* de 2009 se podía leer que la competencia para expedir el CSE correspondería a las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros competentes según los foros de competencia internacional del Reglamento. Los notarios, claramente, estaban excluidos en la inmensa mayoría de los casos, pues no desarrollan funciones jurisdiccionales. Por tanto, en el contexto de la Propuesta de Reglamento de 2009, sólo los tribunales y autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales podían emitir este CSE (R. CRÔNE)<sup>93</sup>.

2º) El art. 64 RES parece confirmar este punto de vista “pro-jurisdiccional” en su primera frase, pues ésta indica que “[e]l certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11...”. El precepto se refiere a los “tribunales”, lo que excluiría, *icto oculi*, a los notarios y demás funcionarios que no ejercen funciones jurisdiccionales, según observa sagazmente O. FERACI<sup>94</sup>.

3º) Ahora bien, *first impressions are often wrong*. En efecto, si el precepto anterior se lee en su integridad se percibe que el mismo acoge una solución completamente diversa a la acogida en la Propuesta de 2009. El art. 64 RES afirma, en su segunda frase, que “[l]a autoridad expedidora deberá ser: a) un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, u b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*”. Con ello se abre la puerta para permitir que el CSE pueda ser expedido por autoridades no jurisdiccionales y/o que no desarrollen funciones jurisdiccionales. Por ejemplo, en el caso español y también de otros Estados miembros, los notarios. En este sentido, el noatario I. CALVO ha sugerido que “el Ejecutivo español elija a los notarios como autoridades competentes para la expedición del CSE, cuestión que debe dirimirse antes de no-

<sup>90</sup> A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, pp. 293-324, esp. p. 321.

<sup>91</sup> J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de sucesiones en la UE”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 337-364: “la acreditación de la calidad de heredero admite prueba en contrario y la cuestión principal reside en saber los efectos frente a terceros de buena fe”.

<sup>92</sup> J.S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)”, *Cuadernos de Derecho Registral*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013, pp. 249-260.

<sup>93</sup> R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 169-186.

<sup>94</sup> O. FERACI, “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, *CDT*, 2013-II, pp. 291-314, esp. p. 298.

viembre de 2014”, pues a su juicio “*hay razones suficientes para que se encomiende a los notarios esta competencia, bajo su responsabilidad, dado que son los referentes de los ciudadanos en el terreno testamentario y en sucesiones, además de ser los funcionarios del Estado encargados de la custodia y de la expedición de copias de este tipo de documentos a nivel nacional*”<sup>95</sup>.

4º) El Reglamento no indica expresamente qué concretas autoridades disponen de competencia objetiva para expedir el CSE. Ello sin duda, responde a la intención de la UE de no inmiscuirse en el sistema organizativo e institucional de cada Estado miembro, por respeto a cuestiones muy relacionadas con la soberanía de cada Estado miembro, siempre delicadas y susceptibles (P. CHASSAING)<sup>96</sup>. Sin embargo, como se ha indicado, el Reglamento deja claro que los notarios pueden expedir este CSE aunque no ejerzan funciones jurisdiccionales (art. 64 RES y Cons. [70] RES: “*El certificado se debe expedir en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud del presente Reglamento. Debe corresponder a cada Estado miembro determinar en su legislación interna qué autoridades serán competentes para expedir el certificado, ya sean tribunales tal como se definen a efectos del presente Reglamento, ya sean otras autoridades con competencias en asuntos sucesorios como, por ejemplo, los notarios*”). El Notariado europeo se había expresado en este sentido y su opinión ha pesado en el ánimo del legislador europeo. Por lo tanto, la posibilidad de los notarios de expedir el CSE constituye otra clarísima victoria para los notarios en el contexto del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*].

65. Indica el art. 64 RES que el CSE será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los arts. 4 (foro de la residencia habitual del causante), 7 (foro de la nacionalidad del causante), 10 (foro del lugar de situación de los bienes) u 11 (foro de necesidad) RES. La dicción literal del art. 64 RES no es clara y lo único transparente es que el texto legal no ha querido pronunciarse al respecto y fijar, de modo expreso, cuál es la autoridad competente para expedir el CSE (P. CHASSAING)<sup>97</sup>. Esta situación se presta a dos interpretaciones.

1º) *Tesis de la competencia única*. Son competentes las autoridades del Estado miembro que sean internacionalmente competentes para sustanciar una sucesión *mortis causa* en virtud del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En tal caso, los foros de competencia recogidos en el Reglamento 650/2012 operarían, a efectos de expedir el CSE, como foros estructurados en cascada (= sólo las autoridades de un concreto Estado miembro serían competentes para expedir el CSE). Esta tesis se construye sobre la letra del Cons. 70 RES: “*El certificado se debe expedir en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud del presente Reglamento*”.

2º) *Tesis de la competencia alternativa*. En realidad, según esta tesis, el art. 64 RES no indica que son competentes, exclusivamente, las “autoridades del Estado miembro que sean competentes para sustanciar una sucesión *mortis causa* en virtud del Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]”. Lo que expresa el art. 64 RES es que cualquiera de los Estados miembros designados por los arts. 4, 7, 10 u 11 RES es competente para expedir un CSE (art. 64 *in primis* RES: “*El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11*”). Lo que, en suma, conduce a afirmar que existe una “competencia internacional concurrente” para la expedición del CSE. El particular podrá dirigirse a las autoridades de cualquiera de los Estados miembros a los que conducen los preceptos citados. Debe subrayarse que el sistema de competencia judicial internacional al que deben ajustarse los tribunales de los Estados miembros que aplican el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] en relación con litigios sucesorios es un “sistema de competencias prevalentes”. Existen foros que prevalecen sobre otros. Así, en relación con una concreta sucesión *mortis causa*, los

<sup>95</sup> M.T. MIELGO, “El Reglamento sucesorio europeo aportará seguridad jurídica a las herencias transfronterizas”, *Escritura Pública*, septiembre octubre 2013, pp. 32-35.

<sup>96</sup> P. CHASSAING, “La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 37-46.

<sup>97</sup> P. CHASSAING, “La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012”, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 2013, pp. 37-46.

tribunales de un Estado miembro pueden disponer de una competencia judicial internacional “superior” (= ejemplo: nacionalidad del causante, art. 7 RES), de modo que los tribunales de otro Estado miembro que también disponen de competencia judicial internacional pero en virtud de otro foro distinto y débil (= ejemplo: residencia habitual del causante, art. 4 RES), deberán declararse incompetentes a pesar, efectivamente, de contar a su favor con un foro de competencia judicial internacional (art. 6.b RES). Pues bien, esta situación no es aplicable a las autoridades competentes para expedir el CSE. En este caso, existe una auténtica “competencia concurrente” (art. 64 RES), de modo que todas las autoridades de todos los Estados miembros que disponen de competencia judicial internacional para conocer de un supuesto sucesorio son competentes para expedir el CSE, sin que unas deban inhibirse en favor de otras.

**66.** En el caso de que los notarios sean designados como autoridad competente para expedir en CSE, parece que el art. 64 RES sólo otorga competencia internacional al efecto a los notarios del Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los arts. 4 (foro de la residencia habitual del causante), 7 (foro de la nacionalidad del causante), 10 (foro del lugar de situación de los bienes) u 11 (foro de necesidad) RES. La letra del precepto parece clara. Sin embargo, cabe sostener también una interpretación heterodoxa, bien defendida por R. CRÔNE, y según la cual, en el caso de los notarios, éstos operan de modo extrajudicial y por tanto, pueden hacer valer su “competencia internacional universal” basada, en el caso de España, en el criterio de la libre elección de notario. Esta tesis se apoya tanto en el art. 2 RES (= “[e]l presente Reglamento no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones”, como en el Cons. [29] RES (= “[c]uando el tribunal no haya incoado de oficio el procedimiento sucesorio, el presente Reglamento no debe obstar para que las partes resuelvan extrajudicialmente la sucesión, por ejemplo ante un notario, en un Estado miembro que hayan elegido, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro...”) y en el Cons. [36] RES (= “[d]ado que las sucesiones en algunos Estados miembros pueden ser sustanciadas por autoridades no judiciales, como los notarios, que no están vinculadas por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento...”). Esta interpretación heterodoxa conduce a afirmar que los notarios pueden expedir el CSE si el Derecho nacional del Estado miembro al que pertenecen les otorga competencia internacional al efecto y sin que sea preciso que concurran los foros de competencia internacional recogidos en el Reglamento 650/2012. En tal caso, la victoria notarial es todavía más transparente, pues mientras los tribunales están “limitados” por los foros recogidos en el Reglamento para expedir el CSE, los notarios no lo están. Podrán, en consecuencia, expedir el CSE en un mayor número de casos que los tribunales.

#### **IV. Consideraciones finales. Las cinco victorias notariales y el Derecho internacional privado sucesorio europeo**

**67.** El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 presenta un impacto de primer orden en la actividad de los notarios de los Estados miembros y muy en particular, de los notarios españoles.

En primer término cabe recordar que el Reglamento 650/2012 potencia la solución extrajudicial de los conflictos jurídicos sucesorios. A ello responde el Cons. [29.II] RES, que afirma que cuando el tribunal no haya incoado de oficio el procedimiento sucesorio, el Reglamento 650/2012 no impide que las partes resuelvan extrajudicialmente la sucesión, por ejemplo ante un notario, en un Estado miembro que hayan elegido, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir aunque la ley aplicable a la sucesión no sea la de dicho Estado miembro.

En segundo término, dicho texto legal recoge una serie de soluciones de Derecho internacional privado que confirman la plena confianza del legislador europeo en el buen hacer de los notarios en el sector sucesorio internacional. Es evidente que el protagonismo otorgado a los notarios en el Reglamento sucesorio europeo obedece a objetivos clásicos que ponen de relieve las sólidas ventajas de la función notarial: evitar litigios judiciales, fomentar los acuerdos amistosos cuando surgen intereses contrapuestos en torno a una herencia transfronteriza, potenciar la intervención de un auténtico “perito en Derecho”, el Notario, que puede aconsejar a las partes antes del otorgamiento de actos jurídicos su-

cesorios de gran importancia en una sucesión internacional, como un testamento o pacto sucesorio, la elección de Ley aplicable a la sucesión y otros, y permitir una verdadera y certera legitimación e identificación de las partes y de su capacidad legal, ajuste a las exigencias legales de forma de los actos. Por otro lado, en actos jurídicos sucesorios de alcance internacional, la conservación en el protocolo de la notaría del original del acto, evita las desagradables consecuencias de la pérdida o destrucción del documento sucesorio. Y *last but not least*, es evidente que el sistema de responsabilidad civil y penal de los notarios constituye una garantía para las partes.

**68.** Asumido que el legislador europeo ha realizado, con toda razón, un patente acto de profesión de fe a favor de los notarios y de la función notarial en el campo del Derecho sucesorio internacional, el análisis de las disposiciones del Reglamento sucesorio europeo 650/2012 revela que la posición institucional de los notarios se ha visto reforzada de manera muy considerable en este Reglamento. En esta perspectiva, pueden ponerse de relieve las cinco victorias que este Reglamento ha comportado para los notarios.

**69. Primera victoria notarial:** *los notarios aplican los generosos criterios de competencia notarial recogidos en la legislación notarial española y no los foros de competencia contenidos en el Reglamento sucesorio europeo.* La competencia de los notarios para intervenir en una sucesión hereditaria internacional no se rige por los foros de competencia contenidos en el Reglamento 650/2012. Los notarios españoles, que como es sabido, no ejercen “funciones no jurisdiccionales”, están excluidos de la aplicación de tales foros europeos de competencia sucesoria. Así, los notarios españoles no aplican el art. 4 RES y no están vinculados por dicho foro de competencia judicial internacional. Por lo tanto, los notarios españoles ejercerán su “competencia internacional” con arreglo a los criterios, muy amplios, recogidos en la legislación española, entre los que destaca el principio básico de la “libre elección de notario” (art. 126 Reglamento Notarial). Los notarios españoles no están constreñidos por los estrechos foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. En consecuencia, el número de personas que pueden acudir a un notario español y requerir sus servicios en el sector sucesorio internacional es elevado.

**70. Segunda victoria notarial:** *los notarios españoles pueden documentar y autorizar la elección de la Ley aplicable a la sucesión mortis causa por parte del causante.* Los notarios españoles, que antes, esto es, en el marco del art. 9.8 CC, carecían de competencia para autorizar la elección notarial de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria, ahora pueden autorizar dicha elección de Ley aplicable o *Professio Juris* sucesoria, lo que resulta particularmente destacable en el caso de causantes españoles. En efecto, los ciudadanos se sentirán incentivados a acudir al notario a ejercer esta elección de Ley antes vetada en muchos Estados miembros, entre ellos, España. Visto que dicha elección de Ley debe realizarse “*en forma de disposición mortis causa*” (art. 22.1 RES), se requiere que la misma reúna las exigencias de forma que se exigen a las disposiciones *mortis causa*. Y visto que la mayor parte de estas disposiciones *mortis causa* serán “testamentos” y que la mayor parte de éstos se otorgan ante notario, es previsible que éste reciba frecuentes y abundantes nuevas peticiones para autorizar actos de elección de la Ley sucesoria (= *Professio Juris*) respecto de los cuales antes no tenía competencia material, al menos en Derecho español. Los notarios son competentes para autorizar actas en las que consta una cláusula de elección de Ley, actos que antes no podían redactar en numerosos Estados miembros.

**71. Tercera victoria notarial:** *el testamento notarial dispone de validez europea.* El testamento notarial redactado con arreglo a la Ley aplicable designada por el Reglamento 650/2012, está llamado a circular libremente en los Estados miembros participantes en dicho Reglamento. Tiene garantizada su libre circulación intra-UE. En efecto, ninguna autoridad de ningún Estado miembro puede cuestionar la validez de fondo de un testamento que se ajusta a la *Lex Successionis*, determinada de modo uniforme con arreglo a las normas de conflicto europeas contenidas en el Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*]. La circulación europea de los testamentos internacionales constituye un estímulo para que los particulares procedan a testar ante un notario. En efecto, los testamentos autorizados por notario circulan por la UE como “documentos auténticos”. Un testamento autorizado por notario español se

vuelve invulnerable en todos los demás Estados miembros. El Reglamento 650/2012 [sucesiones *mortis causa*] fomenta la sucesión testada ante notario. La oficina notarial aumentará su actividad internacional en el sector sucesorio.

**72. Cuarta victoria notarial:** *los documentos notariales se benefician de las disposiciones legales contenidas en el Reglamento sucesorio europeo y que garantizan la libre circulación de los documentos públicos sucesorios en la UE y, ello, aunque el notario se haya declarado competente para autorizar el acto sucesorio con arreglo a sus normas nacionales de competencia notarial y no en sintonía con los foros recogidos en el Reglamento sucesorio europeo.* Todo documento público autorizado o acto jurídico expedido por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros circula libre y válidamente por la UE de acuerdo con el Reglamento 650/2012. Cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, que es el caso español, no están vinculados por las normas de competencia establecidas en el Reglamento. Sin embargo, los documentos públicos autorizados expidan dichos notarios en el sector sucesorio, aunque no hayan aplicado las normas de competencia internacional recogidas en el Reglamento 650/2012, se benefician de la libre circulación europea de documentos públicos sucesorios garantizada por el Reglamento.

**73. Quinta victoria notarial:** *el Reglamento sucesorio europeo permite que los Estados miembros designen a los notarios como autoridades con competencia objetiva para expedir el Certificado Sucesorio Europeo (CSE).* El Reglamento deja claro que los notarios pueden expedir este CSE aunque no ejerzan funciones jurisdiccionales. De nuevo los notarios adquieren la posibilidad de ser competentes para realizar una actividad jurídica respecto de la que antes del Reglamento sucesorio europeo, carecían de toda competencia objetiva: expedir un CSE. En España, aunque hasta que no hable el BOE nada puede asegurarse con certeza, parece claro que la opción de encomendar a los notarios españoles la expedición del CSE parece la solución más segura, fiable y probable.

# ALCANCE DE LOS CONTROVERTIDOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL REGLAMENTO (CE) NÚM. 593/2008: PERSPECTIVA *DE LEGE* *LATA* Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Huelva*

Recibido: 09.10.2013 / Aceptado: 17.10.2013

**Resumen:** El objetivo de este estudio es analizar, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, dos de los preceptos más polémicos del Reglamento “Roma I”. Por un lado, el verdadero alcance de la elección de ley consagrada por el art. 3 del Reglamento. Y, por otro lado, los diversos problemas planteados por el art. 4 del Reglamento en los supuestos de ausencia de elección de ley por las partes. De dicho precepto se desprende, por un lado, la voluntad del legislador de la UE de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en materia de ley aplicable a los contratos internacionales. Y, por otro lado, la voluntad de reducir o limitar, aunque no de suprimir, el alcance del principio de los vínculos más estrechos en el marco del art. 4 del Reglamento. Ello justifica la mera intervención del susodicho principio como conexión de cierre del sistema, así como el alcance particularmente restrictivo de la cláusula de excepción consagrada por el referido precepto.

**Palabras clave:** Unión Europea; Derecho internacional privado; Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; elección de ley; ley aplicable en defecto de elección; principio de los vínculos más estrechos; cláusula de excepción; Convenio de Roma.

**Abstract:** The objective of this research is to examine, from a *de lege lata* and *de lege ferenda* perspective, the two most critical articles of the “Rome I” Regulation. There is, the real reach and scope of the choice of law in article 3 of the “Roma I” Regulation, and on the other the many problems posed by article 4 related to the cases that the law applicable to international contracts not chosen by the parties. Two important issues are derived from this article. Firstly the desire of the European legislator to strengthen the predictability of judicial responses and specificity to conflict resolution in the matter of the law applicable to international contracts. Secondly, there is an inclination to limit the scope, but not to suppress, the principle of the closest connection within the framework of article 4 of the Regulation. That is why article 4.4 provides a default rule which operates as a last resort, and restrictive scope of the exception clause of article 4.3 of the Rome I Regulation.

**Key words:** European Union; International private law; “Rome I” Regulation on the law applicable to international contracts; freedom of choice; applicable law in the absence of choice to the contract; principle of the closest connection; exception clause; Rome Convention.

**Sommario:** I. Amplitud del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”. II. Alcance y límites de la autonomía conflictual en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I”. 1. Amplitud de la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. 2. Limitaciones a la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. III. Previsibilidad versus flexibilidad en el marco del art. 4 del Reglamento “Roma I”. 1. La voluntad del legislador europeo de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en la ley objetivamente aplicable. 2. Alcance del principio de los vínculos más estrechos.

## I. Amplitud del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”

1. El Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”<sup>1</sup> [en adelante, RRI])<sup>2</sup>, al igual que ocurría con el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>3</sup>, prevé dos regímenes de Derecho aplicable: un régimen general y uno especial para determinados contratos internacionales. El régimen general de determinación de la ley aplicable, contemplado básicamente en los arts. 3 y 4 del RRI, opera en relación con la generalidad de los contratos internacionales, esto es, se aplica a los contratos internacionales que queden incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento y que no estén sujetos al régimen especial de Derecho aplicable. El régimen general de Derecho aplicable afecta, pues, a la mayor parte de las categorías contractuales, ya que el régimen especial sigue siendo muy reducido; aunque menos que en el seno del Convenio de Roma (ámbito en el cual quedaban incluidos en dicho régimen únicamente los contratos individuales de trabajo<sup>4</sup> y una parte de los contratos celebrados por los consumidores, aunque no los contratos de transporte ni los contratos de seguro [que actualmente también quedan sometidos al régimen especial]).

2. Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, en el RRI la aplicación del régimen general de Derecho aplicable parte de un presupuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual. No obstante, la práctica nos muestra tipos contractuales, muy extendidos en el ámbito del comercio internacional, que pese a la existencia de una parte más débil de la relación litigiosa (al menos en la generalidad de los supuestos), quedan sujetos al régimen general de determinación de la ley aplicable. Tal es el caso, muy especialmente, de los contratos de agencia comercial, de los contratos de distribución y de los contratos de franquicia. Pese a que estas categorías contractuales se celebran entre profesionales, no por ello deja de existir una parte débil de la relación litigiosa a la que, al menos desde una perspectiva *de lege ferenda*, habría que proteger: el agente comercial, el distribuidor y el franquiciado.

Por otro lado, al régimen general de Derecho aplicable también quedan sometidos contratos, en los que además de existir una parte cuya posición negocial es claramente más débil, celebrados entre un particular y una persona que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (“el profesional”). De hecho, el RRI, al igual que hacía el Convenio de Roma, sigue sometiendo al régimen general a muchos contratos de consumo, en concreto, a los que quedan excluidos del ámbito de aplicación material y/o espacial del régimen especial tuitivo contemplado en el art. 6 del Reglamento (el cual protege claramente al consumidor en tanto que parte débil de la relación litigiosa); y ello pese a la valoración negativa que dicha actitud suscitó durante la vigencia del Convenio de Roma y al objetivo expresamente manifestado por el mismo de reforzar la seguridad jurídica.

Al margen de lo señalado, los contratos de intermediación de seguros privados, pese a no existir un equilibrio en la posición negocial de las partes, también quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable contenido en el RRI<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación (I+D+I) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-29238), “La distribución de los seguros privados: bases para su reforma”, del que es Investigadora Principal la profesora M<sup>a</sup> ROCÍO QUINTANS EIRAS.

<sup>2</sup> *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87.

<sup>3</sup> *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171; corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La versión consolidada del Convenio fue publicada en el *DOUE*, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334.

<sup>4</sup> *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Aranzadi, 2009; *id.*, “Algunas cuestiones que plantea en DIPr. la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 233-260.

<sup>5</sup> La mediación de seguros privados puede llevarse a cabo, o bien, por un agente de seguros, o bien, por un corredor de seguros. La relación jurídica entre la entidad aseguradora y el agente de seguros, exclusivo o vinculado, se materializa a través de un contrato de agencia; mientras que la del cliente con el corredor de seguros a través del contrato de mediación o corretaje. A diferencia de lo que acontece con los contratos de seguro, ambas modalidades quedan sometidas al régimen general de Derecho aplicable del RRI. En relación con los problemas planteados en el referido sector, tanto en el ámbito interno como en el

Como consecuencia de todo lo señalado, nos parece digno de alabanza que el RRI haya tratado, al menos indirectamente, de hacer frente a dicha situación por medio de técnicas diversas: especialmente a través de la cláusula general de protección del Derecho de la UE, en sede del art. 3, y de algunas normas de conflicto especiales, en el marco del art. 4 del Reglamento (me estoy refiriendo, en concreto, a la norma conflictual relativa a los contratos de distribución y a la que concierne a los contratos de franquicia).

## II. Alcance y límites de la autonomía conflictual en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I”

### 1. Amplitud de la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”

3. Al igual que ocurría con el Convenio de Roma, el art. 3 del RRI consagra como criterio de conexión prioritario, para determinar la *lex contractus*, a la autonomía conflictual; lo cual implica que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato internacional que les une. El art. 3 del Reglamento, al igual que acontecía con el art. 3 del Convenio de Roma, confiere a las partes una amplia libertad a la hora de llevar a cabo la referida elección de ley. La extensa autonomía conflictual conferida a las partes, por los susodichos preceptos del RRI y del Convenio de Roma, está en sintonía con el pretendido presupuesto de aplicación del régimen general de Derecho aplicable (el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual); así como con el principio básico en materia contractual: el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (en cualquier caso, dicho principio aparece limitado en los supuestos en los cuales una de las partes tiene una posición negocial más débil que la otra). Como vamos a poner de relieve en las siguientes líneas, la amplia autonomía de la voluntad de la cual gozan las partes en materia de contratos (al menos en la generalidad de los supuestos), en aras del principio de conciliación que ha de existir tanto en el ámbito del ordenamiento jurídico de la UE como en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (entre el Derecho Internacional Privado [en adelante, DIPr.] y el Derecho privado interno que forma parte de un mismo ordenamiento jurídico), se proyecta tanto en sede de Derecho aplicable como de competencia judicial internacional.

La amplia libertad de la cual gozan las partes del contrato internacional, a la hora de elegir el Derecho aplicable al mismo, presenta diversas manifestaciones; las cuales ya existían en el marco del Convenio de Roma.

4. Por un lado, el Reglamento no requiere que exista una conexión entre el contrato internacional y el Estado cuya ley haya sido elegida por las partes para regir las controversias jurídicas que del mismo se deriven. Así, por ejemplo, en un contrato celebrado en España entre dos personas físicas, una con residencia habitual en España y otra en Francia, las partes pueden decidir someter el susodicho contrato a la ley italiana, y ello pese a que el mismo carezca de vinculación con Italia. Además, en el marco del art. 3 del RRI, tal como se desprende de su art. 2, las partes pueden someter el contrato internacional tanto a la ley de un Estado miembro como a la ley de un Estado que no pertenezca a la UE. Así, por ejemplo, en el caso que acabamos de mencionar, las partes podrían elegir, para regir el señalado contrato, tanto la ley italiana como la ley venezolana, aunque el mismo no presente ninguna vinculación ni con Italia ni con Venezuela. Esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes también tiene su proyección en sede de competencia judicial internacional, ya que, en el marco del Reglamento (CE) núm. 44/2001

---

internacional, *vid.* mi contribución en la siguiente obra colectiva: “La mediación de seguros privados desde la perspectiva del Derecho internacional privado español: problemas de ley aplicable”, en *Distribución de los seguros privados: bases para su reforma*, R. QUINTANS EIRAS (DIR<sup>a</sup>), Aranzadi, Navarra, 2013; así como R. QUINTANS EIRAS, “Proyecto de Ley de mediación de seguros y reaseguros privados”, *Revista Española de Seguros* (en adelante, *RES*), 2005, núm. 122, pp. 287-296; *id.*, “Protección a los asegurados en contratos intermediados por mediador de seguros”, en los números monográficos editados por la *RES* con ocasión de los “25 años de la Ley de Contrato de Seguro. Experiencias y posibles modificaciones”, 2005, núms. 123-124, julio-diciembre, vol. I, pp. 445-464; *id.*, “Principales novedades de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados”, *RES*, 2006, núm. 127, pp. 543-560; *id.*, “La mediación de seguros: hacia una nueva regulación de la distribución de seguros”, en *Los Mercados Financieros*, bajo la dirección de A. Belén Campuzano/F. Couledo/R. Palomo, Tirant Lo Blanch, Dictum, Valencia, 2013, pp. 553-589.

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 (denominado Reglamento “Bruselas I”)<sup>6</sup>, las partes del contrato pueden elegir para dirimir la controversia suscitada, a través de la cláusula de elección de foro, a un tribunal de un Estado (que necesariamente ha de ser un Estado miembro de la Unión) que no guarde ninguna vinculación con el contrato internacional de que se trate<sup>7</sup>.

5. Por otro lado, de conformidad con el art. 3 del Reglamento, la elección de ley puede ser tanto expresa como tácita, esto es, puede designarse expresamente por las partes del contrato (elección expresa) o “resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (elección implícita). El Convenio de Roma utilizaba una expresión menos contundente (“de manera cierta”), menos exigente, que la que emplea el RRI (“de manera inequívoca”); lo cual implica que, en el marco del Reglamento, la elección tácita o implícita de ley aplicable tenga un ámbito de actuación más reducido que en el Convenio de Roma<sup>8</sup>.

En relación con esta manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes también se aprecia una coherencia valorativa entre el RRI y el RBI. Al igual que acontece con el RRI, en el marco del RBI, la autonomía de la voluntad de las partes puede igualmente manifestarse tanto de un modo expreso (foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa [art. 23]) como tácito (foro de la sumisión tácita [art. 24]). En ambos instrumentos normativos europeos, la cláusula de elección de ley, al igual que acontece con la cláusula de elección de foro, es susceptible de aparecer contenida tanto en el propio contrato internacional como en un acuerdo independiente del mismo.

El art. 3 del RRI, al igual que su antecesor (el Convenio de Roma), no contiene una enumeración de los índices que denotan una elección tácita del Derecho aplicable al contrato<sup>9</sup>. No obstante, el Consi-

<sup>6</sup> *DOUE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12; corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 de julio de 2002, núm. L 176. Dicho Reglamento (en adelante, RBI) sustituyó al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE*, de 28 de julio de 1990, núm. C 189). El Reglamento (UE) núm. 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 (denominado Reglamento “Bruselas I bis”) está destinado a sustituir, a partir del 10 de enero de 2015 (art. 81 Reglamento “Bruselas I bis”), al RBI (el cual sigue aplicándose en el momento de redacción de estas líneas): *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1. Pese a que el mismo ha entrado en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE* (art. 81 Reglamento “Bruselas I bis”), tal como suele acontecer con los instrumentos normativos europeos de DIPr., la aplicación del susodicho Reglamento no va a ser inminente, mediando un plazo considerable (superior a dos años) entre su entrada en vigor y su aplicación efectiva. En relación con el largo y tortuoso proceso de elaboración del susodicho Reglamento europeo, *vid.* el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final, el cual se plantea, entre otras cuestiones, la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otro Estado miembro. Un interesante estudio del Reglamento “Bruselas I bis” puede encontrarse en A. NUYS, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RCDIP*, 2013, núm. 1, pp. 1-63.

<sup>7</sup> En el marco del RBI, las partes pueden designar genéricamente, para resolver sus controversias, a los tribunales de un determinado Estado (por ejemplo, a los tribunales alemanes), o elegir específicamente a un concreto órgano jurisdiccional de un Estado (por ejemplo, a los tribunales de Munich); lo cual constituye una manifestación más, en sede de competencia judicial internacional, de la autonomía de la voluntad de las partes.

<sup>8</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª ed., Comares, Granada, 2012, pp. 547-734, pp. 603-604, núms. 104-105, según los cuales la aludida exigencia del RRI significa “que el juez debe quedar convencido, de un modo radical, sin duda ninguna, del hecho de que las partes han elegido una concreta Ley” como *lex contractus*.

<sup>9</sup> A dichos índices de elección tácita, que gozan de carácter abierto, se hizo referencia en el Informe GIULIANO/ LAGARDE, aunque con un carácter puramente ejemplificativo (*vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327/1, pp. 15-16): el comportamiento de las partes anterior y posterior a la conclusión del correspondiente contrato, las referencias en el contrato en cuestión a un determinado ordenamiento jurídico estatal, los hábitos contractuales anteriores existentes entre las partes del contrato, el comportamiento de las partes en el curso del proceso, etc. En relación con los indicios a tener en cuenta a los efectos de determinar una elección implícita de ley aplicable, en el marco del art. 3 del RRI, *vid.*, muy especialmente, P. BLANCO-MORALES LIMONES/ M. CASADO ABARQUERO/ D.M. MORENO HURTADO, “Capítulo sexto: La morosidad en las operaciones comerciales internacionales”, en *Medidas de lucha contra la morosidad*, P. BLANCO-MORALES LIMONES (DIR<sup>a</sup>), La Ley, Madrid, 2011, pp. 389-491, pp. 414-415, los cuales recalcan que dichos indicios no pueden valorarse aisladamente; así como A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 604-605, núms. 106 y 107, según los cuales no existe una “tabla cerrada” de elementos que puedan

derando 12 del Reglamento señala que la existencia de un convenio atributivo de competencia, a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, para resolver los litigios derivados de un contrato constituye uno de los factores (sin que se especifique cuáles son dichos factores) que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si existe una elección tácita de ley<sup>10</sup>. Dicha consideración del RRI nos merece una valoración negativa<sup>11</sup>, ya que la necesidad de conciliar ambos instrumentos normativos europeos (el RRI y el RBI) no debe impedir tener muy en cuenta que ambos reglamentan ámbitos diferentes: el de la ley aplicable, el primero, y el procesal (la competencia judicial internacional), el segundo. Por ello, la elección por las partes del contrato internacional de un tribunal estatal, para que conozca del correspondiente litigio, no conlleva en modo alguno la voluntad de dichas partes de someterse a la ley del Estado en el cual dicho tribunal ejerce su jurisdicción. Desde este prisma, estimo que ello no cambia por el hecho de que el contrato en cuestión presente vínculos muy estrechos (incluso los más estrechos) con dicho país, ya que dicha consideración (la de la proximidad a un concreto Estado) no puede tener cabida en el terreno de la autonomía conflictual<sup>12</sup>. En efecto, el art. 3 del RRI (al igual que ocurría con el art. 3 del Convenio de Roma), que se basa exclusivamente en el principio de la autonomía de la voluntad, únicamente puede aplicarse cuando pueda deducirse, directa o indirectamente, una voluntad, pero no con base en factores objetivos de localización, los cuales sólo podrán tener cabida dentro del art. 4 del Reglamento. En suma, a mi modo de ver, el hecho de presentar el contrato vínculos muy estrechos con un país no significa, necesariamente, que las partes quieran someterse a la ley del susodicho país, para que regule el correspondiente contrato, si no lo han manifestado de un modo expreso (o tácito), incluso aunque las partes hayan decidido someterse exclusivamente a un tribunal que ejerza su jurisdicción en el referido Estado. De hecho, en el marco del RRI, al igual que ocurría con el Convenio de Roma, el principio de proximidad únicamente se tiene en cuenta, para determinar la ley aplicable al contrato internacional en cuestión, en el ámbito del art. 4 del Reglamento, esto es, cuando las partes no han hecho uso, ni expresa ni tácitamente, de su autonomía conflictual. Considero que este planteamiento cobra aun mayor fuerza, si cabe, en el marco del RRI, ya que, como anteriormente hemos mencionado, el susodicho Reglamento exige, en aras de reforzar la seguridad jurídica (objetivo principal del mismo), que la elección tácita de ley aplicable se derive “de manera inequívoca”, y no “de manera cierta” como ocurría en el Convenio de Roma, “de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; lo cual implica que, en el ámbito del Reglamento, sólo pueda considerarse que existe elección tácita de ley aplicable en los supuestos en los que la voluntad de las partes del contrato, de someter el mismo a un determinado ordenamiento jurídico estatal, no admita duda alguna.

6. Al margen de lo señalado, el art. 3 del RRI ampara la modificación de la ley aplicable al contrato, ya que permite, en consonancia con la amplia autonomía de la voluntad de la cual gozan las partes en materia contractual, que las mismas puedan, en cualquier momento, decidir que el contrato

---

ser valorados a efectos de probar la existencia de una elección implícita de la ley aplicable al contrato, lo cual implica que el órgano jurisdiccional en cuestión tenga que analizar “todos los datos relacionados con el contrato”, aunque teniendo en cuenta el “peso de dichos datos en el supuesto específico de que se trate”.

<sup>10</sup> En relación con dicho Considerando, la doctrina más acreditada ha puesto de relieve que, a estos efectos, las cláusulas compromisorias no pueden equipararse a las cláusulas de elección de foro: *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133, pp. 66-67, núm. 25, el cual argumenta sólidamente las razones que justifican dicha postura.

<sup>11</sup> En cualquier caso, la Propuesta de RRI, presentada por la Comisión de la UE, era incluso más radical en lo que afecta a esta cuestión, ya que asumía la controvertida regla “*qui eligit iudicem, eligit ius*”, esto es, la regla “el que elige el tribunal, elige el Derecho”; de tal modo que la elección por las partes de litigar exclusivamente ante un determinado tribunal estatal conllevaba la elección del Derecho material estatal de dicho Estado para regir el contrato en cuestión (*vid.* A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, p. 605, núm. 107, los cuales aclaran que el Considerando 12 del Reglamento se refiere tanto a los tribunales de un Estado miembro como a los de un tercer Estado).

<sup>12</sup> En un sentido diferente parece manifestarse M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en AAVV, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207, p. 156, núm. 168, el cual, aunque en el ámbito del art. 3 del Convenio de Roma, al enumerar ejemplos de elección tácita de ley aplicable, estima que la misma puede derivarse de “la vinculación consciente de elementos esenciales del contrato a un Derecho determinado (sin que pueda atribuirse a razones de conveniencia económica o de desarrollo de la transacción), junto con la atribución expresa por las partes de competencia exclusiva a los tribunales de ese país para dirimir sus diferencias”.

que les une se rija por una ley diferente de la que lo regulaba con anterioridad, siempre y cuando ello no perjudique a la validez formal del contrato ni a eventuales derechos de terceros; incluso aunque la ley posterior se haya elegido tácitamente por las partes y la anterior de un modo expreso. Supongamos que dos empresas, una establecida en Francia y otra en España, celebran entre sí un contrato de suministro de material informático que contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley alemana (ya que, como anteriormente recalamos, la ley elegida no tiene necesariamente que estar vinculada a los elementos del contrato), y que el suministrador del material informático, como consecuencia de incurrir en retrasos en el suministro, es demandado por la empresa española ante los tribunales españoles. Pues bien, en el supuesto de redactar el demandante su demanda con arreglo al Derecho español y de contestar el demandado a la misma basándose igualmente en el Derecho español, habría que entender que las partes han modificado la ley aplicable al contrato, en concreto, la previa elección de ley expresa por una elección tácita de ley, por lo que, con base en el art. 3 del Reglamento, el referido contrato internacional de suministro se regularía por la ley española y no por la ley alemana. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la referida autonomía conflictual (en su vertiente tácita) se deriva, no de la sumisión a un tribunal español, sino del hecho de redactar la demanda (el actor) y de contestar a la misma (el demandado) con arreglo a un determinado Derecho material estatal (en este caso, al Derecho material español). Esta manifestación de la autonomía conflictual, derivada de la extensa autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, también encuentra su proyección en clave procesal, en concreto, en sede de competencia judicial internacional, ya que como es sabido, en el marco del RBI, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita prevalece sobre el de la sumisión expresa, lo cual implica que la sumisión expresa de las partes pueda ser derogada por una posterior sumisión tácita de las mismas, esto es, que la existencia de una cláusula de elección de foro, a favor de un tribunal de un determinado Estado miembro de la UE, no impida que las partes puedan posteriormente cambiar de opinión y someterse, incluso tácitamente, a un tribunal de otro Estado miembro de la Unión en los términos previstos en los arts. 23 o 24 (según si la sumisión posterior, a un determinado tribunal de otro país de la UE, sea expresa o tácita).

7. Y, por último, el art. 3 del RRI faculta a las partes a elegir la ley aplicable a la totalidad del contrato o sólo a una parte del mismo. Por lo tanto, la elección de ley puede ser, o bien, total, o bien, parcial. En esta cuestión también existe cierta correspondencia con el RBI, ya que recordemos que, en el marco de este último, se puede recurrir a la cláusula de elección de foro para atribuir competencia, a un determinado tribunal estatal, para resolver únicamente determinados aspectos de una relación jurídica. En el ámbito del art. 3 del RRI, al igual que ocurría con el Convenio de Roma, también existe, con carácter excepcional, la posibilidad de fraccionamiento en la ley aplicable al contrato internacional, siempre y cuando ello no produzca un resultado incoherente. Tal incoherencia existiría, por ejemplo, si las partes del contrato sometiesen las obligaciones de una de ellas (vendedor, arrendador, agente comercial, etc.) al ordenamiento jurídico griego, y las obligaciones de la otra parte (comprador, arrendatario, principal, etc.) al ordenamiento jurídico belga. No obstante, se presume que las partes quieren someter todas las cuestiones de fondo del contrato internacional a un único ordenamiento jurídico estatal.

## **2. Limitaciones a la autonomía conflictual consagrada por el art. 3 del Reglamento “Roma I”**

8. En cualquier caso, la autonomía conflictual que el art. 3 del RRI consagra, para la generalidad de los contratos internacionales, esto es, los que no están sometidos al régimen especial de Derecho aplicable, pese a su gran amplitud, está sujeta a relevantes limitaciones. En concreto, dicha autonomía conflictual está sometida a los límites siguientes.

Por una parte, la aplicación de la ley elegida por las partes va a quedar excluida en los supuestos de intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas (las cuales han sido objeto de una definición excesivamente restrictiva por el art. 9.1 del RRI) y del expediente técnico del orden público internacional (art. 21). En relación con la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas o “leyes de policía” como límite a la autonomía de la voluntad conflictual de las partes,

es preciso sacar a colación una sentencia muy reciente: la sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 (asunto *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV versus Navigation Maritime Bulgare* [asunto C-184-12]).

La sentencia del TJUE, en el asunto *Unamar*, tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por la Corte de Casación belga el 20 de abril de 2012. La cuestión prejudicial planteada consistía en resolver si, habida cuenta de la calificación de los controvertidos arts. 18, 20 y 21 de la Ley belga relativa al contrato de agencia comercial de 13 de abril de 1995, conforme a dicho ordenamiento jurídico (el del foro), como disposiciones de Derecho imperativo especial en el sentido del art. 7.2 del Convenio de Roma (esto es, como “leyes de policía” o normas materiales internacionalmente imperativas), debe interpretarse que las disposiciones de Derecho imperativo especial del país del juez, que ofrecen una mayor protección que el mínimo establecido por la Directiva 86/653/CEE relativa a los agentes comerciales independientes, se apliquen también al contrato cuando resulte que la *lex contractus* sea el Derecho de otro Estado miembro de la UE (en este caso, el Derecho búlgaro [el cual fue elegido por las partes, en el propio contrato, para regir el contrato en cuestión]) en el que también se goce de la protección mínima que proporciona la Directiva de agencia. Es preciso tener en cuenta que los referidos preceptos del ordenamiento jurídico belga han llevado a cabo la transposición de los art. 17 y 18 de la Directiva de agencia comercial, los cuales constituyen el núcleo duro de la misma.

En el polémico asunto *Unamar*, el TJUE, pese a reconocer que el art. 7.2 del Convenio de Roma ha de interpretarse de un modo restrictivo en aras de “atribuir plena eficacia al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato” (Considerando 49), considera que el juez, a la hora de calificar una ley nacional como “ley de policía”, habrá de “tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que ésta concede una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales” (Considerando 50).

En el asunto *Unamar*, el TJUE concluyó declarando que los arts. 3 y 7.2 del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la UE que “garantiza la protección mínima prescrita” en la Directiva de agencia comercial, “ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo” que, en dicho ordenamiento jurídico, “tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”. Pese a que dicha sentencia se refiere al Convenio de Roma (arts. 3 y 7.2), estimo que la mayor parte de sus Conclusiones son extrapolables al ámbito del Reglamento “Roma I”, ya que la propia sentencia, en su motivación, alude a la definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, así como a la jurisprudencia origen de la misma (sentencia *Arblade* del TJCE de 23 de noviembre de 1999 [C-369/96 y C-376/96]), a la hora de extraer sus conclusiones (con independencia de reconocer que el Reglamento “Roma I” no resultaba aplicable *ratione temporis* al litigio principal).

Dicha sentencia del TJUE establece relevantes conclusiones en torno a la problemática relativa a la conciliación del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de la Directiva de agencia. Por un lado, la consideración de una norma como “ley de policía” no está condicionada a que la *lex contractus* (elegida por las partes del contrato de agencia comercial) sea la ley de un Estado no miembro de la Unión que, en cuanto tal, no haya transpuesto la Directiva de agencia comercial. Por otro lado, las normas internas de los Estados miembros de la Unión, que excedan del mandato contenido en una disposición imperativa de la Directiva de agencia, también pueden tener la consideración de normas materiales

internacionalmente imperativas, aunque no gocen del principio de primacía del Derecho comunitario, esto es, aunque su origen, en tal caso, sea interno y no comunitario. Y, por último, a mi modo de ver, esta sentencia es crucial a efectos de mitigar la inseguridad jurídica propiciada por la sentencia *Arblade* y, en última instancia, por la definición de “ley de policía” contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, ya que el TJUE deja claro que las normas protectoras del agente comercial pueden tener la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas, lo cual pone indirectamente en entredicho la endeble y artificial distinción entre “normas de dirección u ordopolíticas” y “normas de protección”.

En suma, desde mi punto de vista, esta sentencia se hace eco, al menos de un modo indirecto, de la existencia, en la mayor parte de los contratos internacionales de agencia comercial, de un desequilibrio en la posición negocial de las partes contractuales. Ello obliga a buscar mecanismos o instrumentos que permitan limitar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al menos en cierta medida, en dicha categoría contractual, la cual, como es sabido, está sujeta al régimen general de Derecho aplicable. De este modo, el TJUE pone un “parche” que mitiga los abusos que pueden existir por parte del principal con motivo de la inclusión, de los contratos de agencia comercial, en el régimen general del Convenio de Roma/ Reglamento “Roma I”. Aunque dicha actitud haya de ser aplaudida, al menos mientras no se modifique el marco normativo actualmente vigente, estimo que lo más apropiado, desde una perspectiva *de lege ferenda*, sería incorporar los contratos de agencia comercial dentro del régimen especial de determinación de la ley aplicable.

A mi juicio, dichas bases o parámetros de actuación, que se extraen de la sentencia *Unamar*, son extrapolables al ámbito de otras Directivas europeas sectoriales que, al igual que la Directiva de agencia comercial, también tengan la consideración de Directivas “de mínimos” (las cuales son muy frecuentes en el sector del consumo) y que, al igual que la Directiva de agencia comercial, persigan tanto una finalidad tuitiva (de protección de la parte débil de la relación litigiosa) como de protección del correcto funcionamiento del mercado interior.

9. Por otra parte, como anteriormente pusimos de manifiesto, las partes del contrato pueden elegir como ley rectora del mismo, o bien, a la ley de un Estado miembro, o bien, a la ley de un Estado que no forme parte de la Unión; pero no a la *lex mercatoria*. De este modo, las partes no pueden elegir como *lex contractus*, por ejemplo, a los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales<sup>13</sup>. La posibilidad de elegir a la *lex mercatoria* como ley rectora del contrato, aunque aparecía prevista en la Propuesta de RRI (bajo ciertos condicionamientos, ya que tenía que tratarse de reglas “reconocidas a escala internacional o comunitaria”), se excluyó finalmente del texto definitivo<sup>14</sup>. Por lo tanto, al igual que acontecía con el Convenio de Roma, la ley elegida por las partes, para regular el contrato internacional, ha de ser necesariamente una ley estatal. Así, por ejemplo, si un contrato internacional, de los sometidos al régimen general (por ejemplo, un contrato de franquicia o un contrato de suministro), contiene una cláusula que señala que el mismo queda sujeto a “los usos del sector informático y de las comunicaciones” o, más genéricamente, a “la nueva *lex mercatoria*”, tal elección de las partes no valdrá como ley rectora del referido contrato<sup>15</sup>; por lo que el mismo habrá de quedar sometido al art. 4 del Reglamento, el cual determina cuál es la ley aplicable al contrato en defecto de elección. Ello constituye una prueba fehaciente de la voluntad del legislador europeo de reforzar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo.

<sup>13</sup> El contenido de la edición del año 2004 de los Principios UNIDROIT, que introduce ciertos cambios a la primera edición de los Principios (la del año 1994), puede consultarse en AAVV, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Thomson, Aranzadi, The Global Law Collection, UNIDROIT, Roma, 2007. En relación con la concreta aplicación de los Principios UNIDROIT, *vid.* la base de datos UNILEX: [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>14</sup> Por lo que se refiere a las razones que justifican la susodicha supresión, *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 4. *Vid.*, sin embargo, la previsión contenida en el Considerando 14 del RRI.

<sup>15</sup> *Vid.* el Considerando 13 del RRI. Dicha cláusula no sería, pues, una cláusula de elección de ley (las cuales suponen el ejercicio de la autonomía conflictual), sino una mera cláusula de incorporación por referencia (las cuales, en cuanto que implican el ejercicio de la autonomía material en el marco de la ley estatal aplicable al contrato, de sus normas dispositivas, carecen de valor localizador).

**10.** Como anteriormente hemos adelantado, el RRI introduce, en el apartado 4º de su art. 3, una importante limitación a la amplia autonomía conflictual de las partes reconocida por el precepto, la cual no figuraba en el Convenio de Roma. Dicho apartado, cuyo contenido es sustancialmente idéntico al de la cláusula incorporada por el art. 14.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)<sup>16</sup>, consagra la llamada cláusula general de protección del Derecho de la UE<sup>17</sup>. La finalidad de la referida cláusula es evitar que se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión, incluida la regulación imperativa contenida en las Directivas europeas elaboradas para hacer frente a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación. A mi entender, en el régimen general de Derecho aplicable previsto en el RRI, la tendencia a la especialización de soluciones se plasma en su art. 4 a través fundamentalmente de las normas de conflicto especiales elaboradas por el legislador europeo para determinados contratos internacionales y, en cierta medida, en su art. 3 por la vía de la susodicha cláusula general.

La señalada cláusula, que constituye una de las manifestaciones más evidentes de la tendencia a la seguridad jurídica apreciable en el marco del RRI, va a operar en los supuestos en los cuales todos los elementos del contrato estén vinculados, en el momento de la elección (dicha especificación, que resuelve el problema del conflicto móvil, obedece al objetivo del Reglamento consistente en reforzar la previsibilidad o seguridad jurídica), al territorio de la UE (incluida Dinamarca [art. 1.4 del Reglamento]) y las partes hayan elegido como ley rectora del mismo a la ley de un Estado que no pertenezca a la Unión. En tal caso, dicha elección no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de la UE<sup>18</sup>, las cuales se aplicarán tal y como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, esto es, por el ordenamiento jurídico del Estado en el cual el tribunal que conozca del asunto en cuestión imparta justicia. Así, por ejemplo, supongamos que nos encontramos ante un contrato internacional de agencia comercial en el que el principal está establecido en Alemania y el agente comercial tiene su residencia habitual en España y realiza su actividad profesional para el principal en nuestro país. De conformidad con el art. 3.4 del Reglamento, si se plantea una demanda ante los tribunales españoles con motivo del referido contrato (con base en el art. 5.1 del RBI), la elección por las partes de la ley de un Estado que no pertenezca a la UE (por ejemplo, de la ley californiana) no impedirá que se apliquen las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>19</sup>, en el modo en que las mismas hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico español, esto es, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia<sup>20</sup>. La cláusula de protección del Derecho de la Unión no intervendría, sin embargo, si uno de los elementos del contrato está vinculado a un Estado ajeno a la UE (por ejemplo, si el principal está establecido en Marruecos o en California [como ocurría en el controvertido asunto *Ingmar*]).

<sup>16</sup> DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40.

<sup>17</sup> Denominada por algún autor como “cláusula del Mercado Interior”: S. LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

<sup>18</sup> El Convenio de Roma no preveía una cláusula de protección del Derecho de la UE, por lo que dicho resultado (consistente en impedir que la autonomía conflictual de las partes pudiese dejar sin aplicación a las disposiciones imperativas contenidas en el Derecho comunitario), únicamente podía alcanzarse por la vía de la aplicación analógica de su art. 3.3 (partiendo de la premisa de que los contratos “intracomunitarios” tienen la consideración de internos desde el punto de vista de la Comunidad). Dicha disposición coincide sustancialmente con la prevista en el art. 3.3 del RRI (este último apartado es prácticamente idéntico al art. 14.2 del Reglamento “Roma II”), la cual está pensada para contratos puramente internos desde el punto de vista estatal (no europeo), tratando de evitar la internacionalización de los mismos por medio de una cláusula de elección de ley. En relación con la doctrina que defendía la aplicación, por la vía analógica, del art. 3.3 del Convenio de Roma a los contratos “intracomunitarios”, *vid.*, muy especialmente, O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *CMLRev*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99.

<sup>19</sup> DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

<sup>20</sup> BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

La problemática relativa a la conciliación, de los textos generales del DIPr. de la UE con las disposiciones materiales de la Directiva de agencia, constituye el telón de fondo de la famosa y polémica sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381: Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.)<sup>21</sup>, así como de la anteriormente mentada sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto *Unamar*). A diferencia de lo que acontecía en el asunto *Ingmar* (en el cual la *lex contractus* que se dejaba de aplicar, con base en los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia, era la ley de un Estado no miembro de la UE [ley californiana]); en el asunto *Unamar* la *lex contractus* que se dejaba de aplicar (en este caso recurriendo a la categoría de normas materiales internacionalmente imperativas [art. 7.2 del Convenio de Roma]) era la ley de un Estado miembro que había transpuesto correctamente los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia (ley búlgara), aunque concediendo una protección inferior a la que otorgaba la ley del foro (ley belga).

**11.** A mi modo de ver, una de las mayores virtudes del RRI ha sido introducir la cláusula general de protección del Derecho de la UE. De este modo, se consigue proteger tanto al mercado interior (por medio de la consecución, en su seno, de unas condiciones homogéneas de competencia) como a la parte débil de la relación litigiosa, ya que estos son los dos intereses que subyacen detrás de la regulación de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación (agencia comercial, consumo, trabajo y seguros). Y, en última instancia, por medio de la referida cláusula general se consigue reforzar, tanto el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE (fomentando la armonía o coherencia valorativa entre los instrumentos normativos europeos), como la previsibilidad o seguridad jurídica (ya que el cumplimiento de la normativa europea no puede hacerse depender de la existencia o no de un equilibrio en la posición contractual de las partes). En relación con este último objetivo, basta recordar la elevada inseguridad jurídica creada con motivo de la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma a las relaciones jurídico-privadas “intracomunitarias”. No es de extrañar, dados los intereses en juego, que el concreto alcance de la mentada cláusula general haya sido objeto de una gran polémica en el proceso de elaboración del RRI. De hecho, la regulación de la misma, contenida en el texto definitivo del Reglamento, difiere sustancialmente de la contemplada en la Propuesta de RRI, la cual se caracterizaba por su elevada imprecisión<sup>22</sup>.

Sin embargo, no estoy tan conforme con el alcance de la referida cláusula general, ya que lo considero excesivamente limitado o reducido, al menos en lo que atañe a ciertos aspectos. A continuación me voy a referir a las ventajas y déficits que considero más relevantes de la actual regulación de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión. En suma, desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimo que habría de incrementarse notablemente su alcance en los términos que voy a proceder a exponer a continuación.

Desde mi punto de vista, el déficit más importante de la actual regulación consiste en limitar su alcance o ámbito de protección a los contratos vinculados exclusivamente a ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, es decir, a los contratos “intracomunitarios”. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que sería no sólo deseable sino necesario que la mentada cláusula general afectase tanto a los contratos “intracomunitarios” como a los “extracomunitarios”, como acontecía en el marco del art. 3.5 de la Propuesta de RRI. De este modo se conseguirían, fundamentalmente, dos objetivos. Por una parte, una mayor sintonía con las “normas con incidencia en la ley aplicable” previstas por las Directivas europeas para delimitar su ámbito de aplicación espacial en determinados sectores de la contratación y, consiguientemente, una mayor conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión, ya que las susodichas Directivas únicamente requieren, para la aplicación de sus disposiciones

---

<sup>21</sup> Dicha sentencia consideró que los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia, en aras de la finalidad por los mismos perseguida, eran aplicables en dicho supuesto (contrato de agencia comercial “extracomunitario”), en el cual el agente comercial, que estaba establecido en el Reino Unido, ejercía su actividad profesional en el mercado de la UE y el principal estaba establecido en un Estado no miembro de la Unión (California), cuya ley había sido elegida por las partes para regir el referido contrato. Por lo que al concreto alcance de esta trascendente sentencia se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, especialmente pp. 74-78.

<sup>22</sup> En relación con las ventajas y déficits de la señalada regulación, que generaba un elevado grado de inseguridad jurídica en torno a determinadas cuestiones de importancia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

imperativas, que exista una vinculación estrecha entre el contrato en cuestión y el área de la UE, sin que, con alguna excepción aislada, especifiquen cuándo se estima que existe tal conexión. Y, por otra parte, extendiendo el alcance de la cláusula general a los contratos “extracomunitarios” se conseguiría homogeneizar las condiciones de acceso al mercado único y, en última instancia, respetar el juego de una competencia no falseada en el mercado interior en aras de promover su correcto funcionamiento. Recordemos que el famoso asunto *Ingmar*, al que anteriormente aludimos, hacía referencia a un contrato internacional de agencia comercial “extracomunitario”; lo cual conlleva que dicho asunto hubiese quedado excluido del alcance de la cláusula general consagrada por el art. 3.4 del RRI.

Por otro lado, resultaría conveniente, a mi juicio, que su intervención no se condicionase, como ocurre en el marco de la actual regulación y como acontecía con el art. 3.5 de la Propuesta de RRI, al ejercicio por las partes contractuales de su autonomía conflictual, esto es, que la referida cláusula general pudiese operar igualmente en los supuestos de ausencia de elección de ley por las partes contratantes. En efecto, desde un enfoque *de lege ferenda*, en aras de la dualidad de intereses subyacentes detrás de las Directivas sectoriales (protección tanto del mercado interior como de la parte débil de la relación litigiosa), considero que la finalidad de la cláusula general no habría de limitarse a evitar que se defrauden las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión<sup>23</sup>, sino que el objetivo de la misma habría de ser más amplio: la protección del Derecho de la UE, esto es, impedir la inaplicación de las referidas disposiciones imperativas en los supuestos en los que la *lex contractus* sea la ley de un Estado no miembro de la UE (lo cual ocurre con cierta frecuencia en el marco del RRI), y ello con independencia de que las partes del contrato hayan ejercitado o no su autonomía conflictual. De conformidad con este planteamiento, estimo que el art. 3 del Reglamento no es el ámbito más apropiado para regular la señalada cláusula general. Aunque en el actual marco normativo este déficit carece de trascendencia (dado que la regulación actualmente vigente únicamente alcanza a las situaciones contractuales “intracomunitarias”), no ocurriría lo mismo de seguirse la propuesta *de lege ferenda* anteriormente formulada (consistente en extender el ámbito de protección de la cláusula general a las situaciones contractuales “extracomunitarias”), ya que, en tal caso, la ley objetivamente aplicable podría ser la de un Estado no miembro de la UE.

Sin embargo, me merece una valoración positiva el hecho de que la mentada cláusula general del RRI afecte a todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión, ya que lo contrario, al margen de otras consideraciones, hubiese generado un nivel de inseguridad jurídica intolerable. Evidentemente, dichas disposiciones imperativas se aplicarán siempre y cuando el supuesto planteado quede incluido dentro del ámbito de aplicación material y territorial de la Directiva que contenga la regulación imperativa en cuestión. Esta última cuestión, ya de por sí, provoca una cierta dosis de inseguridad jurídica, y ello debido a que muchas Directivas europeas sectoriales, o bien, contienen normas de delimitación de su ámbito de aplicación espacial muy imprecisas (exigiendo para su aplicación que exista una vinculación estrecha con el territorio de la UE [pero sin definir cuándo se entiende que existe dicha conexión estrecha con el espacio europeo]), o bien, simplemente no las contienen (como ocurre, por ejemplo, con la anteriormente mentada Directiva de agencia)<sup>24</sup>. Teniendo en cuenta este dato, es de agradecer que el legislador europeo no haya contribuido a incrementar aún más el nivel de inseguridad jurídica ya existente, al incluir dentro del ámbito de protección de la cláusula general a todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión. De hecho, a mi modo de ver, esta es la principal mejora que ha introducido el RRI con respecto a la Propuesta de RRI<sup>25</sup>, ya que, de conformidad con el actual marco normativo, la aplicación de una Directiva europea conlleva la de todas sus disposiciones imperativas, tanto de las expresa como de las implícitamente imperativas; sin que resulte necesario justificar su aplicación en cada supuesto. Desde mi punto de vista, ello sintoniza perfectamente con la dualidad de intereses, públicos y privados, que subyacen detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para adaptarse

<sup>23</sup> En relación con dicho objetivo tan restrictivo o específico, aunque en el marco del art. 3.5 de la Propuesta de RRI, *vid.* P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10.

<sup>24</sup> *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 48-53.

<sup>25</sup> La redacción del susodicho apartado generaba una elevada inseguridad jurídica en lo que se refiere al aspecto objeto de análisis: “no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario *cuando sean aplicables al caso particular*” (la cursiva es nuestra).

a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación y, en última instancia, con el principio de conciliación del DIPr. de la UE con el Derecho europeo material.

Y, por último, en relación con la consecuencia jurídica de la cláusula de protección del Derecho de la UE, señalar que no considero adecuado que el legislador europeo, en los supuestos de intervención de la susodicha cláusula general, imponga la aplicación de la *lex fori*, esto es, de las disposiciones imperativas, del Derecho de la UE, tal como hayan sido transpuestas al ordenamiento jurídico del foro. Desde mi punto de vista, pese a que estimo un paso importante el hecho de precisar el legislador europeo el ordenamiento jurídico estatal cuyas normas internas han de recibir aplicación en los supuestos de intervención de la analizada cláusula general (en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo)<sup>26</sup>, resultaría más conveniente aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión tal como hayan sido transpuestas al ordenamiento jurídico estatal aplicable en defecto de elección de ley, ya que esta postura, pese a no resultar preferible en términos de simplicidad y de comodidad, estaría más en sintonía con los objetivos principales (reforzar la seguridad jurídica y alcanzar la conciliación con el resto del sistema jurídico de la UE) y *modus operandi* del RRI<sup>27</sup>, a la par que evitaría un *forum shopping* “residual”<sup>28</sup> a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro (de la ley del foro en lugar de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional).

**12.** En suma, a mi modo de ver, de lo señalado se desprende que las razones que justifican la necesidad de limitar la autonomía conflictual, en el marco del régimen general de Derecho aplicable del RRI, son fundamentalmente las siguientes. Por un lado, es necesario limitar la autonomía conflictual en aras de la consecución de los dos objetivos perseguidos por el referido Reglamento: reforzar la seguridad jurídica y potenciar el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE (principio que, como hemos podido comprobar en las líneas anteriores, también está presente en las distintas manifestaciones de la autonomía conflictual permitidas por el art. 3 del Reglamento), en concreto, la coordinación o conciliación entre el DIPr. de la UE (RRI) y el Derecho europeo material (Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación). Y, por otro lado, la necesidad de limitar la autonomía conflictual surge debido a no cumplirse, en relación con todos los contratos sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento, el ya mentado presupuesto de aplicación de dicho régimen: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual (así, por ejemplo, dicho presupuesto no se cumple en los contratos internacionales de agencia comercial ni en los contratos de consumo que quedan excluidos del régimen especial de Derecho aplicable). En el ámbito interno, el principio de la protección de la parte débil constituye el límite más importante a la autonomía de la voluntad de las partes (que es el principio básico en materia contractual). En aras de la necesaria conciliación que ha de existir entre el DIPr. y el Derecho privado interno de un determinado

<sup>26</sup> Recordemos que el art. 3.5 de la Propuesta de RRI guardaba silencio sobre este extremo, lo cual hubiese generado, en el supuesto de haberse plasmado esta solución en el texto definitivo, una notable inseguridad jurídica, ya que las Directivas europeas, como consecuencia de carecer de efecto directo horizontal, han de ser necesariamente transpuestas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros; lo cual implica que haya diferencias (en ocasiones sustanciales) entre las diferentes reglamentaciones internas europeas en relación con los aspectos que son objeto de una regulación imperativa por las Directivas europeas sectoriales.

<sup>27</sup> Por lo que a los principios subyacentes a la regulación del RRI y a su materialización se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, pp. 45-53; *id.*, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35, pp. 24-26; así como *id.*, “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *CDT*, 2012, vol. 4, núm. 2, pp. 23-48.

<sup>28</sup> Dicha expresión la he tomado prestada de A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 617-618, núm. 138, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, “es muy limitado y de escaso alcance”. *Vid.*, igualmente, P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, el cual pone de relieve que al “legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)”.

ordenamiento jurídico (estatal o europeo), ello ha de encontrar una proyección o traducción en clave conflictual o de ley aplicable; limitando la autonomía conflictual de la cual gozan las partes, en el marco del art. 3 del RRI, en los supuestos en los que una de las partes de la relación contractual se encuentre en una posición más débil que la otra.

### III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el marco del art. 4 del Reglamento “Roma I”

#### 1. La voluntad del legislador europeo de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en la ley objetivamente aplicable

13. La estructura del art. 4 del RRI, que determina la ley aplicable a la generalidad de los contratos internacionales (esto es, a los que no quedan sujetos al régimen especial de Derecho aplicable) en defecto de elección por las partes de la *lex contractus* realizada de conformidad con el art. 3 del Reglamento, es muy diferente a la del art. 4 del Convenio de Roma; la cual suscitó una enorme polémica, hasta el punto de que dicho precepto fue probablemente el más polémico del susodicho texto convencional<sup>29</sup>. De hecho, el art. 4 del RRI constituye una de las novedades más importantes del Reglamento.

A diferencia de lo que acontece con el RRI, el Convenio de Roma contemplaba soluciones genéricas para la inmensa mayoría de los contratos internacionales que quedaban insertos dentro de su ámbito material; estableciendo únicamente respuestas específicas para los dos contratos que eran objeto de presunciones particulares *iuris tantum* (contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble y contratos de transporte de mercancías) y para las dos categorías contractuales que formaban parte del régimen especial de Derecho aplicable: contratos celebrados por los consumidores y contratos individuales de trabajo. Por el contrario, en el RRI, la frontera existente entre el régimen general y el régimen especial de determinación de la ley aplicable se hace más difusa, ya que el mismo, aunque al igual que su antecesor también mantiene la tradicional distinción entre ambos regímenes de Derecho aplicable (general y especial), extiende la especificidad de soluciones al régimen general al incorporar en éste diversas normas de conflicto especiales.

En efecto, el apartado 1º del art. 4 del Reglamento, en aras de favorecer la previsibilidad del resultado (objetivo básico del señalado instrumento europeo) y la especialización de las soluciones, prevé distintas normas de conflicto especiales para determinados contratos internacionales que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable y que se producen con frecuencia en el ámbito internacional. De conformidad con el referido apartado, los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios, de franquicia y de distribución se rigen, respectivamente, por la ley del país de la residencia habitual del vendedor, del prestador del servicio, del franquiciado y del distribuidor. Así, por ejemplo, un contrato de concesión comercial celebrado entre un concedente, cuya administración central se encuentra en Bélgica, y un concesionario con sede en España que distribuye automóviles en España y en Portugal, se regirá, en defecto de haber pactado las partes una cláusula de elección de ley, por la ley española. En el supuesto de haber optado el legislador europeo por el criterio de conexión del mercado afectado, en relación con la referida categoría normativa, se plantearía la problemática de si aplicar la ley española o la ley portuguesa al contrato de concesión comercial en cuestión (ya que en este caso, al igual que en otros muchos, no existe un único mercado afectado); lo cual conllevaría una merma de la seguridad jurídica. Probablemente por ello el legislador de la UE ha optado por someter

<sup>29</sup> La estructura del art. 4 del Convenio de Roma “es un tanto circular, pues la regla de los vínculos más estrechos aparece tanto al principio”, en forma de cláusula general, “como al final del precepto”, en forma de cláusula de excepción: *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, 1995, p. 161, núm. 177. En concreto, el art. 4 del Convenio de Roma contenía tres presunciones de Derecho: una general (basada en la prestación característica del contrato [art. 4.2]) y dos particulares (apartados 3º y 4º). Todas las presunciones de dicho precepto operaban con carácter *iuris tantum*, esto es, admitían prueba en contrario. Tanto la presunción general como las presunciones particulares, que quedaban excluidas en los supuestos “excepcionales” en los que intervenía la cláusula de excepción consagrada en el apartado 5º del precepto, estaban encaminadas a concretar el principio general consagrado por el apartado 1º para los supuestos de ausencia de elección de ley: conexión de los vínculos más estrechos.

este tipo contractual a la ley de la residencia habitual (del distribuidor/concesionario) en lugar de a la ley del mercado afectado<sup>30</sup>.

**14.** Los contratos de franquicia y de distribución, pese a tratarse de contratos de prestación de servicios, están sujetos a normas de conflicto concretas (Considerando 17 RRI); lo cual constituye una prueba fehaciente de la acusada especialización que presenta el actual art. 4, el cual prevé incluso un tratamiento conflictual específico para determinadas categorías contractuales controvertidas dentro de los contratos de prestación de servicios: los contratos de distribución y los contratos de franquicia. De este modo, el Reglamento resuelve los problemas interpretativos que se habían planteado, en el marco del Convenio de Roma, en relación con la determinación de la parte que realizaba la prestación característica en estas dos categorías de contratos (franquiciado/distribuidor o franquiciador/concedente o inexistencia de prestación característica); lo cual había generado una elevada inseguridad jurídica a la hora de determinar la ley aplicable a los mismos<sup>31</sup>. Teniendo en cuenta que los referidos contratos se plantean con frecuencia en la práctica comercial internacional, la resolución de dicha controversia por el legislador europeo era imprescindible en aras de garantizar la ansiada uniformidad de soluciones entre los Estados miembros de la UE.

En relación con los contratos internacionales de agencia comercial no se ha planteado la aludida problemática, ya que la prestación característica la lleva a cabo el agente comercial<sup>32</sup>. Por ello, estimo que los contratos de agencia comercial no quedan incluidos dentro del supuesto de hecho de la norma de conflicto más específica, esto es, de la relativa a los contratos de distribución (la cual se creó con la intención de poner fin a la problemática señalada [por lo que dicho concepto autónomo ha de interpretarse de un modo restrictivo]), sino de la referente a los contratos de prestación de servicios (con independencia de que la solución o respuesta jurídica sea la misma en ambos casos [aplicación de la ley del país en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual, ya que en los contratos de agencia comercial el “prestador del servicio” es el agente comercial])<sup>33</sup>.

La solución conflictual prevista por el RRI para los contratos de distribución y para los contratos de franquicia, además de reforzar la seguridad jurídica en esta materia, se centra en la parte débil de la relación litigiosa: el distribuidor y el franquiciado, lo cual implica una buena opción de política legislativa: proteger a dichas partes aplicando a la relación jurídica una ley que las mismas conocen y que les es familiar, la de su residencia habitual, es decir, la del país en el cual se encuentra su centro o círculo de intereses; lo cual implica no imponer a dichas partes el coste que la internacionalidad del contrato lleva aparejado. Dicha ley suele ser la ley del país en el cual las referidas partes (distribuidor/franquiciado) ejercen su actividad profesional, de tal modo que la ley rectora del fondo del contrato suele coincidir

<sup>30</sup> Este último criterio de conexión ha sido defendido, en cuanto ley más estrechamente vinculada a los contratos internacionales de distribución comercial (en sentido amplio), por R. BALDI, “La legge applicabile ai contratti di distribuzione e la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Foro Padano*, II, 1987, pp. 26-30, especialmente pp. 27-28, el cual, para justificar su postura, ha recurrido fundamentalmente a un análisis comparado del DIPr. de diversos países europeos.

<sup>31</sup> En relación con las dificultades planteadas por la determinación de la prestación característica en relación con los contratos de distribución, en el marco del art. 4.2 del Convenio de Roma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución”, en A.L. CALVO CARAVACA/ S. AREAL LUDEÑA (Dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, pp. 356-369. Por lo que se refiere a los problemas suscitados, en el ámbito jurisprudencial, con motivo de la determinación de la prestación característica en los aludidos contratos internacionales, *vid.*, muy especialmente, las sentencias de la Corte de casación francesa siguientes: la de 15 de mayo de 2001 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1121-1123, con la nota de A. HUET, pp. 1123-1130; *RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 1, pp. 86-88, con la nota de P. LAGARDE, pp. 88-93); la de 25 de noviembre de 2003 (*RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 1, pp. 102-103, con la nota de P. LAGARDE, pp. 103-105; *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1179-1180, con la nota de M.E. ANCEL, pp. 1180-1187); así como la de 26 de septiembre de 2007 (*The European Legal Forum*, 1-2008, pp. 54-55).

<sup>32</sup> De hecho, en dicho ámbito, la concreción de la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma no planteaba ninguna controversia doctrinal, ya que, claramente, es el agente comercial la parte que realiza la prestación característica, esto es, la promoción y, en su caso, conclusión de actos u operaciones de comercio, actividad que constituye la esencia misma del objeto del contrato: *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 106-107.

<sup>33</sup> *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46, especialmente pp. 32-40. Por lo que se refiere a los problemas suscitados, en el ámbito del Convenio de Roma, por los referidos contratos, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, especialmente pp. 81-136.

con la ley del lugar de ejecución de la actividad de distribución, es decir, de promoción y reventa de los bienes o servicios que el fabricante le ha suministrado, en definitiva, con la ley del mercado afectado, con la ley del país que tiene el interés en evitar el juego de una competencia falseada en su propio mercado. Y ello con independencia de que dicha ley sea o no la que en mayor medida favorece sus peculiares intereses materiales. La referida postura, adoptada por el legislador de la Unión en el marco del RRI en relación con los contratos internacionales de distribución y de franquicia, no es novedosa. De hecho, con anterioridad a la elaboración del Reglamento, la misma se había defendido tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial en relación con las susodichas categorías contractuales<sup>34</sup>. Al margen de lo señalado, dicha opción legislativa tuitiva se ha adoptado, como criterio de conexión subsidiario, en relación con los contratos de consumo, en los cuales existe la clara necesidad de proteger al consumidor en tanto que parte débil de la relación litigiosa<sup>35</sup>. *De facto*, en los contratos celebrados por los consumidores, la necesidad de protección es mayor que en los contratos de distribución y de franquicia, ya que estos últimos, al igual que los contratos de agencia comercial, se celebran entre profesionales. Probablemente por esta razón, en el ámbito de los contratos de franquicia y de distribución, el principio tuitivo se ha expresado en términos, más que de justicia material, de justicia conflictual.

En suma, de lo señalado se desprende que, en el ámbito del RRI, el principio tuitivo ya no es exclusivo del régimen especial, ya que, aunque tímidamente, también subyace detrás del régimen general de Derecho aplicable y, muy especialmente, detrás de alguna de las normas específicas que lo conforman, en concreto, de las relativas a los contratos de distribución y a los contratos de franquicia<sup>36</sup>.

**15.** Al margen de lo señalado, el Considerando 17 del RRI expresa igualmente, por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, que los conceptos de contratos de “compraventa de mercaderías” y de “prestación de servicios”, que constituyen el supuesto de hecho de las normas de conflicto especiales que aparecen contempladas en el apartado 1 a) y b) del art. 4 del RRI, deben de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del apartado 1 b) del art. 5 del RBI “en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento”<sup>37</sup>. Como es sabido, este último precepto contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual (aplicable a la generalidad de los contratos internacionales). El art. 5 del RBI, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo, subsana la inseguridad jurídica generada por su antecesor (el art. 5.1 del CB) al establecer dos reglas especiales que matizan, más que excepcionar, la regla general. Dichas reglas especiales señalan cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento o ejecución de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales muy habituales en la práctica internacional: los contratos de “compraventa de mercaderías” y los contratos de “prestación de servicios”<sup>38</sup>. Ello constituye una clara manifestación de uno

---

<sup>34</sup> *Vid.* la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16ª) de 28 de abril de 2000, con la nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AE-DIPr.*, 2002, Tomo II, pp. 679-682, el cual considera razonable la postura defendida por la susodicha sentencia y por la doctrina mayoritaria (tanto española como extranjera), consistente en considerar que es el concesionario o distribuidor exclusivo la parte que realiza la prestación característica en el contrato de distribución en exclusiva, y ello lo justifica en la necesaria coherencia valorativa que ha de existir entre el DIPr. y el Derecho comunitario material, el cual, en su opinión, tiene por objeto, al igual que acontece con el agente en el contrato de agencia comercial, proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles de la relación contractual. En contra de dicha solución: *vid.*, P. LAGARDE, *loc. cit.*, 2006, p. 339.

<sup>35</sup> No obstante, tal como se desprende del art. 6.2 del RRI, en el marco de los contratos de consumo el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía conflictual de las partes.

<sup>36</sup> En relación con la problemática relativa a la ley objetivamente aplicable a dichos tipos contractuales en el marco del RRI, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 19-35, especialmente pp. 33-35.

<sup>37</sup> Teniendo en cuenta que, en el marco del art. 5.1 del RBI, los contratos de agencia comercial quedan incluidos dentro de la categoría de contratos “de prestación de servicios” (*vid.*, por todos, M.E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 3, pp. 561-579, p. 579, núm. 22), no hay duda de que los mismos pueden tener cabida dentro de la norma de conflicto especial prevista por el RRI para los referidos contratos, ya que, como anteriormente comenté, no considero que una interpretación teleológica de la norma de conflicto, prevista por el RRI para los contratos de distribución, permita incluir a los contratos de agencia comercial en su seno. No obstante, como puse de relieve en líneas anteriores, la solución va a ser la misma en uno u otro caso.

<sup>38</sup> Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del RBI, que recurre a un concepto autónomo de contrato de “prestación de servicios”, puede encontrarse en P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement ‘Bruxelles I’”, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717; así como en J.M. JAQUET, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 2, pp.

de los principios subyacentes a la regulación del RRI: el principio de conciliación o coherencia valorativa en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, que se traduce en la necesidad de concebir a los instrumentos normativos europeos, no como compartimentos estancos o cuerpos aislados sin conexión alguna entre ellos, sino como un todo o conjunto unitario, como textos legales complementarios entre sí. Dicha complementariedad ha de predicarse y alcanzarse, muy especialmente, en relación con el RRI y el RBI, ya que los mismos constituyen los ejes centrales del espacio judicial civil europeo<sup>39</sup>.

**16.** Por otro lado, de conformidad con el apartado 1 c) del art. 4 del RRI, los contratos internacionales cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, o el arrendamiento de un bien inmueble, se van a regir por la ley del país de situación del bien inmueble de que se trate<sup>40</sup>. Así, por ejemplo, dentro del ámbito de dicha norma de conflicto quedaría incluido el contrato de venta de un bien inmueble, así como el contrato de constitución de un usufructo o de una servidumbre sobre un inmueble. No obstante, el apartado 1 d) del art. 4 del Reglamento prevé una excepción, a la referida regla general, para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que cumplan cumulativamente las cuatro condiciones siguientes: que hayan sido celebrados para uso particular; por un período máximo de seis meses consecutivos; el arrendatario sea una persona física y ambas partes del contrato (arrendador y arrendatario) tengan su residencia habitual en el mismo país. En el supuesto de cumplirse dichos requisitos, el contrato de arrendamiento de un bien inmueble no se regirá por la ley del lugar de situación del bien inmueble en cuestión, sino por la ley del país de la residencia habitual del propietario del bien inmueble arrendado (que coincide con el país en el cual el arrendatario tiene su residencia habitual). Así, por ejemplo, supongamos que un sujeto francés, cuya residencia habitual se encuentra en Pau (Francia), alquila durante los meses de enero y de febrero del presente año, su casa sita en Atenas, a otro nacional francés con residencia habitual en Francia; y que el referido contrato de arrendamiento, celebrado en el susodicho país, no contiene una cláusula de elección de la ley aplicable al mismo. Pues bien, si como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del arrendatario (que no satisface el precio del arrendamiento pactado), éste es demandado por el arrendador ante los tribunales griegos (art. 22.1 del RBI), los mismos habrían de resolver la señalada cuestión litigiosa, con base en el art. 4.1 del RRI, no con arreglo a la ley griega (lugar de situación del inmueble), sino a la francesa (ley del país de la residencia habitual del propietario y del arrendatario), que es la ley rectora del contrato de arrendamiento del susodicho bien inmueble.

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende que, en relación con esta categoría contractual, la correlación *forum-ius* es parcial, en el sentido en que únicamente afecta a las condiciones requeridas para excepcionar o matizar la regla general, ya que aunque las condiciones exigidas por el art. 4.1.d) del RRI coinciden con las previstas en el art. 22.1 (2º párrafo) del RBI, el resultado alcanzado es distinto en sede de Derecho aplicable (ámbito en el cual la ley del lugar de situación del inmueble será sustituida por la ley del país de la residencia habitual de ambas partes contractuales [por lo que no habrá una concurrencia de leyes]) que en la esfera procesal (en la cual podrá haber lugar a una concurrencia de competencias exclusivas, a favor de órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros de la UE, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles). Pese a ello, la voluntad de conciliación del legislador de la Unión, en la referida categoría contractual, es evidente, ya que muestra una intención de apartarse, al menos parcialmente, de la *lex rei sitae* y del *forum rei sitae* en determinados supuestos en los cuales existe una estrecha vinculación con otros países, en concreto, con el país en el cual las partes tienen su domicilio (en el ámbito del RBI) o su residencia habitual (en el marco del RRI).

---

521-531, el cual estudia diversas sentencias de la Corte de casación francesa bajo las cuales subyace la problemática relativa a la aplicación de dicho concepto a los contratos de distribución. En opinión del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el concepto de contrato de “prestación de servicios”, utilizado por el art. 4.1 del RRI, es un concepto autónomo que “debe interpretarse en un sentido muy amplio”, ya que “sólo de ese modo se logra un auténtico efecto útil del art. 4.1.b Reg. Roma I y se evita entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 181, núm. 139).

<sup>39</sup> *Vid.* el Considerando 7 del RRI, por virtud del cual las disposiciones del susodicho instrumento europeo han de interpretarse de un modo coherente con el RBI.

<sup>40</sup> En este mismo sentido, *vid.* la presunción particular *iuris tantum* prevista, para estas categorías contractuales, en el art. 4.3 del Convenio de Roma.

17. Y, por último, el art. 4.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 contiene, en sus epígrafes g) y h), normas de conflicto para dos tipos contractuales muy específicos y peculiares. Por un lado, para el contrato de venta de bienes mediante subasta, el cual se rige, en defecto de elección de ley, por la ley del país donde se desarrolle la subasta; siempre y cuando dicho lugar pueda determinarse<sup>41</sup>. Y, por otro lado, para el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros. Los contratos celebrados en mercados financieros organizados, en los términos definidos por el Derecho europeo material, en concreto, por el art. 4.1 [punto 17] de la “Directiva 2004/39/CE”<sup>42</sup>, se someten, en defecto de ejercicio por las partes de su autonomía conflictual, a la ley que gobierne el correspondiente mercado (art. 4.1.h RRI)<sup>43</sup>.

18. En otro orden de cosas, el art. 4 del RRI contiene, en su apartado 2º, una norma de conflicto que afecta a los contratos internacionales que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable y que no están cubiertos por ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el anteriormente mentado apartado 1º del precepto (así, p.e., operaría en los contratos de producción de obra audiovisual, en los de comodato y en los de precario)<sup>44</sup>. De conformidad con dicha norma conflictual, los referidos contratos internacionales se rigen por la ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Dicho criterio de conexión no es en absoluto novedoso, ya que, en el marco del Convenio de Roma, se utilizaba como base de la presunción general *iruis tantum* a los efectos de concretar el principio (general), para determinar la ley objetivamente aplicable, de los vínculos más estrechos. Tal como aclara el Informe GIULIANO/ LAGARDE (en relación con el Convenio de Roma), la prestación característica del contrato es aquella “prestación por la que se debe el pago”, es decir, la prestación no dineraria (por ejemplo, la transferencia de la propiedad, la atribución del uso de una cosa o el suministro de un servicio); ya que es “lo que constituye el centro de gravedad y la función socioeconómica de la operación contractual”<sup>45</sup>. Dicho criterio de conexión subsidiario también opera en los supuestos en los cuales los elementos del contrato internacional en cuestión correspondan a más de uno de los epígrafes del apartado 1º del precepto y ello lleve a soluciones inconciliables<sup>46</sup>. El Considerando 19 del Reglamento nos aclara que, cuando el objeto de un contrato “sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”. Ello introduce un cierto grado de flexibilidad en el sistema, en sus soluciones, ya que el órgano jurisdiccional tendrá, en estos supuestos, un limitado margen de discrecionalidad a la hora de determinar el “centro de gravedad” del contrato de que se trate.

19. De lo señalado en las líneas anteriores se desprende claramente que el art. 4 del RRI recurre con frecuencia al criterio de la residencia habitual, a los efectos de determinar la ley objetivamente

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, si la subasta tiene lugar en Milán, la *lex contractus* sería la ley italiana. Por lo que a la *ratio* de dicha norma se refiere, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2009, p. 617.

<sup>42</sup> Esta última coetilla responde al deseo del legislador europeo de conciliar el DIPr. de la UE con el Derecho europeo material y, más en concreto, con las disposiciones materiales previstas en el Derecho derivado, esto es, en Reglamentos y Directivas: *vid.* el Considerando 18 del RRI.

<sup>43</sup> En relación con las especificidades de los susodichos tipos contractuales, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 668-670; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 187-188.

<sup>44</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 670-681, los cuales plantean numerosos ejemplos de contratos a los que se les aplica el art. 4.2 del Reglamento, especificando cuál es la prestación característica de los mismos.

<sup>45</sup> *Vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, *loc. cit.*, 1992, p. 19. Lo señalado por el susodicho Informe, cuyo carácter es no vinculante, en relación con el Convenio de Roma, es extrapolable al ámbito del Reglamento en la medida en que el contenido de ambos textos coincida (art. 24.2 RRI).

<sup>46</sup> Por lo que a dichos problemas de calificación se refiere, *vid.* P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, *loc. cit.*, pp. 740-741, según los cuales algunos de estos problemas, que a primera vista “parecen menos graves para los conflictos de leyes”, se han planteado en relación con la aplicación del RBI. A nuestro modo de ver, ello constituye una muestra más de la correspondencia existente entre *forum e ius*.

aplicable al contrato internacional. La seguridad jurídica exige que el Reglamento defina claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en base a un criterio único (Considerando 39 RRI). El criterio acogido para ello por el art. 19 del RRI, que se basa claramente en el art. 23 de un Reglamento europeo muy próximo en el tiempo (el Reglamento “Roma II”), ha sido el de la administración central. Ello contrasta con la solución acogida en la esfera procesal, en concreto, en sede de competencia judicial internacional, ya que, por un lado, el RBI opta por el criterio del “domicilio” (en lugar de por el de la “residencia habitual”) y, por otro lado, el art. 60.1 del RBI recurre a tres criterios, sin ni siquiera especificar la relación existente entre ellos, a la hora de definir, a los efectos del mismo, el domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas: “sede estatutaria”; administración central”; “centro de actividad principal”.

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimamos que sería deseable, en aras de alcanzar una mayor conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE, unificar criterios en ambas sedes (*forum e ius*). Teniendo en cuenta que uno de los principales objetivos del espacio judicial europeo es promover la seguridad jurídica, consideramos que es preferible decantarse, como hace el RRI y el Reglamento “Roma II”, por un criterio único a la hora de definir la residencia habitual/domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas (el de la administración central).

Por otro lado, el art. 19 del RRI, al igual que el art. 23.2 del Reglamento “Roma II”, considera que, a los efectos del mismo, las personas físicas que actúen en el ejercicio de su actividad profesional tienen su residencia habitual en el lugar en el cual se encuentre su establecimiento principal. El RRI no especifica, tal vez por no considerarlo necesario, qué se entiende por residencia habitual de las personas físicas cuando éstas actúen en el ejercicio de su actividad personal. Dicho modo de actuar lo adopta igualmente el legislador europeo en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 23). Y en los supuestos en los cuales el contrato se celebra en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, o si por virtud del contrato la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia u otro establecimiento, habrá de considerarse como residencia habitual el lugar en el que esté situada la susodicha sucursal, agencia u establecimiento (art. 19.2 del Reglamento)<sup>47</sup>. El apartado 3º del art. 19 del RRI, en aras de potenciar la previsibilidad o certeza jurídica (objetivo básico del Reglamento), previene el eventual problema del conflicto móvil, al señalar que la residencia habitual habrá de determinarse en el momento de la celebración del correspondiente contrato<sup>48</sup>.

## 2. Alcance del principio de los vínculos más estrechos

**20.** En el marco del RRI, el principio de los vínculos más estrechos va a seguir subsistiendo, pero con un alcance mucho más reducido que el que tenía en el ámbito de su antecesor: el Convenio de Roma. En concreto, el legislador europeo ha introducido el criterio de los vínculos más estrechos, en la esfera del art. 4 del Reglamento, por dos vías distintas: como conexión de cierre del sistema y como cláusula de excepción.

**21.** Por un lado, el apartado 4º del art. 4 del RRI se refiere a aquellos contratos internacionales que quedan sometidos al régimen general de determinación de la ley aplicable, que no aparecen incluidos dentro del ámbito de las normas de conflicto especiales previstas en el apartado 1º del precepto y en los que no puede identificarse la prestación característica del contrato. El art. 4.4 del Reglamento se aplica, por ejemplo, a los contratos internacionales de permuta, ya que en los mismos no es posible identificar la parte que lleva a cabo la prestación característica. Dichos contratos internacionales se rigen por la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos<sup>49</sup>. Por lo tanto, el RRI consagra,

<sup>47</sup> En este mismo sentido también se ha expresado el legislador europeo en el marco de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: *vid.* el art. 23.1 (2º párrafo) del Reglamento “Roma II”.

<sup>48</sup> Sorprende que el legislador de la Unión no contenga dicha previsión, sobre el conflicto móvil, en el art. 23 del Reglamento “Roma II”, ya que, como hemos recalcado en líneas anteriores, existe una clara correspondencia entre el art. 19 del RRI y el art. 23 del Reglamento “Roma II”.

<sup>49</sup> El resultado de aplicar el art. 4.4 del RRI coincide con el que se obtenía, en el marco del Convenio de Roma, a través

como conexión de cierre del sistema, el criterio de los vínculos más estrechos, el cual habrá de ser concretado, por el tribunal que conozca del asunto de que se trate, en función de las circunstancias del caso concreto. Si bien es cierto que ello introduce un cierto margen de flexibilidad en el sistema (no en cuanto a la intervención del principio de los vínculos más estrechos sino en lo que atañe a la concreción del susodicho principio en el caso concreto de que se trate), también lo es que el referido apartado interviene en última instancia, esto es, en defecto de elección expresa o tácita de ley en los términos anteriormente señalados, de norma de conflicto especial prevista por el legislador europeo y de prestación característica del contrato. Además, como el resto de los apartados contemplados en el art. 4 del Reglamento, para la intervención del apartado 4º se requiere que el contrato internacional en cuestión no quede incluido dentro del ámbito de aplicación de los arts. 5-8 del Reglamento; los cuales consagran un régimen especial de Derecho aplicable detrás del cual subyace claramente una finalidad tuitiva: la protección de la parte débil de la relación contractual. En suma, la intervención del art. 4.4 del RRI, que introduce en el sistema el principio de los vínculos más estrechos, va a ser excepcional.

22. Y, por otro lado, tal como acontecía con el Convenio de Roma, el art. 4.3 del RRI prevé una cláusula de excepción (susceptible de operar con respecto a los apartados 1º y 2º del precepto) para la generalidad de los contratos internacionales; la cual es muy similar a la consagrada por el art. 4.3 del Reglamento “Roma II” para la materia relativa a las obligaciones extracontractuales, aunque esta última es algo menos restrictiva que la anterior<sup>50</sup>.

La cláusula de excepción prevista por el referido instrumento europeo para los contratos individuales de trabajo (art. 8.4) utiliza términos mucho menos restrictivos que la cláusula de excepción general en materia contractual consagrada por el art. 4.3 del RRI: “se desprende” y “vínculos más estrechos”. Dicha cláusula de excepción particular, que ya figuraba en el art. 6.2 del Convenio de Roma en términos prácticamente idénticos a los actuales, opera con independencia de haber realizado o no el trabajador habitualmente su trabajo en un mismo país. La misma permite, por ejemplo, dar primacía a la conexión del lugar del establecimiento contratante sobre la del lugar habitual de trabajo, así como a otras conexiones que se consideren relevantes en un caso concreto. Según el ya mentado “Libro Verde”, con base en la aludida cláusula de excepción, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un trabajador francés, para realizar un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia al expirar el contrato, se regirá, no por la ley del país de ejecución del contrato (ley del país africano), sino por la ley francesa (con la que existen los vínculos más estrechos). A mi juicio, al menos *a priori*, el extenso margen de apreciación conferido a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en esta materia, entraña el peligro de poder ser utilizada por los mismos para introducir consideraciones de índole material por esta vía (en aras de incrementar la protección del trabajador en tanto que parte débil de la relación litigiosa), lo cual desvirtuaría la propia naturaleza de la cláusula de excepción, cuya intervención únicamente puede fundamentarse en el principio de proximidad.

En cualquier caso, el potencial peligro al que acabamos de aludir no existiría a raíz del reciente fallo del TJUE. En efecto, el TJUE (Sala Tercera) ha dejado claro, en su sentencia de 12 de septiembre de 2013 (asunto *Schlecker* [C-64/12])<sup>51</sup>, que las cláusulas de excepción, con independencia del grado de flexibilidad que otorguen al órgano jurisdiccional, han de basarse necesariamente en el principio de proximidad, y no en consideraciones materiales; aunque el referido *modus operandi* perjudique el trabajador en el caso concreto de que se trate. De hecho, en el referido asunto, el TJUE consideró que el órgano jurisdiccional podía aplicar, en lugar de la ley del país de realización habitual del trabajo (incluso aunque dicho trabajo se había realizado “*de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción*”

---

de la aplicación de la primera parte del enunciado de su art. 4.5 para los supuestos en los que no era posible determinar la prestación característica del contrato. En estos casos, por la vía del art. 4.1, el contrato se sometía a la ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos.

<sup>50</sup> El art. 4.3 del RRI resalta más la excepcionalidad de la cláusula, ya que utiliza la expresión “se desprende *claramente*” (la cursiva es nuestra).

<sup>51</sup> En relación con dicha sentencia, *vid.* el comentario de P. DE MIGUEL ASENSIO, “Principio de proximidad, cláusula de escape y protección del trabajador en la contratación internacional” (<http://www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>).

*en el mismo país*” [durante más de once años]), la ley alemana (con la que el contrato presentaba “*un vínculo más estrecho*” [trabajadora alemana, empresa alemana, la remuneración se pagaba en marcos alemanes antes de la introducción del euro, el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, contrato de trabajo redactado en alemán que hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán, la trabajadora había mantenido su domicilio en Alemania, las cotizaciones sociales se pagaban en Alemania y el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la trabajadora de Alemania a los Países Bajos]). Y ello pese a que, en dicho caso concreto, la ley alemana era menos beneficiosa para la trabajadora que la ley de los Países Bajos en relación con el asunto litigioso: la modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador (sociedad Schlecker, con domicilio en Alemania, que opera en el sector de los artículos de droguería). De la referida sentencia se desprende, claramente, que para dejar de aplicar el criterio previsto en el art. 6.2 letra a) del Convenio de Roma no es necesario que, en el caso concreto, dicho criterio carezca de un verdadero valor de vinculación, sino que es suficiente que el órgano jurisdiccional constate que el contrato de trabajo en cuestión presenta vínculos más estrechos con otro país (cuestión planteada en el Considerando 30 de la sentencia). Tal como ha puesto de manifiesto el TJUE, en el asunto Schlecker, entre “los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo” (Considerando 41 de la sentencia Schlecker). A pesar de que dicha sentencia se refiere a la cláusula de excepción consagrada en el art. 6.2 del Convenio de Roma, es extrapolable al ámbito del Reglamento “Roma I”, ya que el art. 8.4 del Reglamento no modifica sustancialmente el contenido del art. 6.2 del ya obsoleto Convenio de Roma.

Por otro lado, el legislador de la Unión ha consagrado, para las dos categorías contractuales incorporadas al régimen especial de Derecho aplicable por el RRI, una cláusula de excepción; la cual se expresa en términos más restrictivos que la contemplada para los contratos individuales de trabajo y menos rigurosos que la cláusula de excepción general en materia contractual. De hecho, la cláusula de excepción del art. 5.3 del Reglamento, la cual es susceptible de operar, en defecto de elección de ley, en relación con todos los contratos de transporte (ya se trate de un transporte de mercancías o de pasajeros), emplea los términos “se desprende” y “vínculos manifiestamente más estrechos”. Dicha cláusula de excepción es prácticamente idéntica a la prevista en el art. 7.2, para los contratos de seguro que cubren un gran riesgo, y en el art. 4.3 del Reglamento “Roma II” para la materia relativa a las obligaciones extracontractuales. *De facto*, estos últimos preceptos utilizan las expresiones anteriormente mentadas.

Teniendo en cuenta la existencia de cláusulas de excepción particulares para las referidas categorías contractuales, sorprende que el legislador europeo no haya previsto, tal vez por inercia (ya que ello también ocurría en el ámbito del Convenio de Roma), una cláusula de excepción específica para los contratos de consumo incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 6 del Reglamento (CE) 593/2008.

**23.** Es preciso poner de relieve que todas las cláusulas de excepción mencionadas, por su propia naturaleza y tal como se deriva expresa o implícitamente de las mismas, únicamente pueden operar cuando las partes del contrato no hayan hecho uso de su autonomía conflictual<sup>52</sup>.

**24.** Pese a que en el marco del RRI no se ha suprimido el juego de la cláusula de excepción (como pretendía la Propuesta de RRI), el art. 4.3 del Reglamento resalta más su excepcionalidad que el art. 4.5 del Convenio de Roma al añadir la expresión “manifiestamente más estrechos” y exigir que dichos vínculos se desprendan “claramente” de las circunstancias del caso<sup>53</sup>. Dicha actitud del legisla-

<sup>52</sup> *Vid.*, por ejemplo, el art. 15.2 de la Ley Federal Suiza sobre el DIPr. de 18 de diciembre de 1987.

<sup>53</sup> En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2012, pp. 683-684; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 201-203; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2008, p. 6; así como T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EUZPR/ EuIPR. Kommentar. Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 202.

dor europeo me parece lógica teniendo en cuenta el fundamento o justificación que según el Informe GIULIANO/ LAGARDE tiene la cláusula de escape consagrada por el Convenio de Roma<sup>54</sup>; los cuales recalcan que el otorgamiento al juzgador de un amplio margen de apreciación o de maniobra en cuanto a las circunstancias que justifican la intervención de la cláusula de escape en el ámbito del Convenio de Roma constituye “la contrapartida inevitable de una norma de conflicto de carácter general, destinada a ser aplicada a casi todas las categorías de contratos”<sup>55</sup>.

Desde mi punto de vista, el distinto alcance que tiene la cláusula de excepción en el marco del RRI y en el del Convenio de Roma obedece a dos factores. Por un lado, a la necesidad de poner término al intenso debate, tanto doctrinal como jurisprudencial, que suscitó la cláusula de excepción en el ámbito del Convenio de Roma (sobre su aplicación flexible o restrictiva) y a la consiguiente elevada inseguridad jurídica motivada por la referida polémica<sup>56</sup>. Dicha inseguridad jurídica se hizo más patente y peligrosa, si cabe, a raíz del famoso y controvertido asunto resuelto por el TJCE en el año 2009: *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) versus Balkenende Oosthuizen y otros*<sup>57</sup>. Dicha sentencia del Tribunal de Luxemburgo aplicó al contrato de fletamento el Derecho material de los Países Bajos, en perjuicio de la presunción particular contenida en el art. 4.4 del Convenio de Roma para los contratos de transporte, por el mero hecho de considerar que los Países Bajos tenían una mayor conexión con el referido contrato internacional; siendo ello motivo suficiente, según el TJCE, para justificar la intervención de la cláusula de escape contenida en el art. 4.5 del Convenio de Roma (con independencia de que la ley designada presente un vínculo real con el contrato). En suma, el Tribunal de Luxemburgo ha optado, claramente, por la teoría o modelo de “presunciones débiles” (en clara oposición mantenida por el Abogado General en dicho asunto), la cual ha generado un elevado grado de inseguridad jurídica en el ámbito del Convenio de Roma. Pese a que la citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo se dictó en el marco del Convenio de Roma, me parece peligrosa, ya que puede constituir un mal ejemplo o modelo a seguir por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión a la hora de valorar, en los casos concretos que se les presenten, el alcance de la cláusula de excepción consagrada por el RRI.

Y, por otro lado, a haber desaparecido la razón que, según el mentado Informe GIULIANO/ LAGARDE, justificaba el establecimiento de una cláusula de excepción en el marco del Convenio de Roma: el carácter extremadamente generalista de las soluciones conflictuales en el mismo previstas, aplicable a la inmensa mayoría de los tipos contractuales. En efecto, el RRI renuncia a la extrema generalidad del Convenio de Roma, a las soluciones genéricas consagradas por el mismo; apostando por una mayor especialización en las respuestas jurídicas, por una acusada especificidad en sus soluciones, ya que el Reglamento dota de un régimen específico a un número mucho más amplio de contratos internacionales; permitiendo, de este modo, tomar en consideración las particularidades que presentan determinados contratos internacionales muy extendidos en la práctica comercial internacional. De hecho, una de las peculiaridades más llamativas del RRI es que la acusada especialización que presenta no es exclusiva del régimen especial de determinación de la ley aplicable (el cual, además, abarca un mayor número de categorías contractuales en el marco de este Reglamento [contratos de transporte tanto de mercancías como de pasajeros y contratos de seguro]), sino que la extiende igualmente al régimen general de Derecho aplicable (a los contratos de compraventa de mercaderías, a los contratos de prestación de servicios [incluso, dentro de estos últimos, distingue tipos contractuales más concretos: contratos de franquicia y contratos de distribución], a tipos contractuales tan específicos como los contratos de venta de bienes mediante subasta, etc.).

<sup>54</sup> “Habida cuenta del carácter totalmente general de la norma de conflicto establecida en el artículo 4, que sólo autoriza excepciones en materia de contratos celebrados por los consumidores y de contratos de trabajo, pareció indispensable establecer la posibilidad de aplicar una ley distinta de aquéllas a las que se refieren las presunciones de los apartados 2, 3 y 4, siempre que resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país”.

<sup>55</sup> *Vid.* M. GIULIANO/ P. LAGARDE, *loc. cit.*, 1992, pp. 20-21.

<sup>56</sup> En relación con la señalada controversia (modelo de presunciones débiles *versus* modelo de presunciones fuertes), *vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, “El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 1-31, pp. 7-18 ([www.reei.org](http://www.reei.org)), así como las amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales por el mismo citadas.

<sup>57</sup> Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, asunto C-133/08. Un interesante y crítico análisis de esta controvertida sentencia puede encontrarse en A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 302-315.

A mi modo de ver, estos dos factores conllevan la necesidad de reforzar el carácter particularmente excepcional de la cláusula consagrada por el art. 4.3 del RRI. De este modo, estimo que el legislador de la UE ha querido limitar, considerablemente, el alcance del principio de los vínculos más estrechos en el marco del art. 4 del Reglamento. Dicho objetivo lo ha logrado por dos vías distintas. Por un lado, haciendo que el principio de los vínculos más estrechos ya no intervenga como principio general que determine la ley aplicable al contrato, en defecto de elección, sino como conexión de cierre del sistema (art. 4.4). Y, por otro lado, potenciando una intervención muy restrictiva de la cláusula de excepción (por medio de los términos “se desprende claramente” y “vínculos manifiestamente más estrechos”). De lo señalado se desprende que el legislador europeo ha querido que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tengan un limitado margen de apreciación o de discrecionalidad a la hora de valorar la intervención o no, en el caso concreto, de la cláusula de excepción. Estimo que, en el marco del RRI, la intervención de la cláusula de excepción ha de condicionarse a la concurrencia de dos condiciones. Por una parte, a que la ley estatal designada por la norma de conflicto que resulte aplicable presente una vinculación muy débil con el contrato de que se trate. Y, por otra parte, a que el señalado contrato internacional presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado. Evidentemente, la valoración de estos dos extremos ya de por sí comporta un cierto, aunque limitado, margen de discrecionalidad en el órgano jurisdiccional. Dicho margen de apreciación es muy similar al conferido por la conocida cláusula de excepción, de alcance general, consagrada por el art. 15 de la Ley Federal Suiza sobre el DIPr. de 18 de diciembre de 1987 para la generalidad de las relaciones jurídico-privadas internacionales. La señalada cláusula de excepción, al igual que la Ley especial de DIPr. que la contiene, constituye un acertado modelo a seguir, tanto por los legisladores estatales como por el legislador convencional o europeo, en la redacción de las susodichas cláusulas.

**25.** En otro orden de cosas, pese a que el art. 4.3 del RRI no especifica a quién corresponde probar que el contrato presenta claramente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, estimo que, en aras de dejar un determinado margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional, en el marco del art. 4 del Reglamento, la susodicha prueba puede llevarse a cabo tanto por la parte interesada como por el propio juez. En cualquier caso, esta cuestión la considero muy discutible y controvertida, ya que, aunque el apartado analizado no impone que la carga de la prueba corresponda a la parte interesada, la intervención de la cláusula de excepción ha de producirse únicamente en supuestos muy excepcionales. No obstante, no considero que esta particular excepcionalidad de la cláusula se oponga al hecho de que el juez pueda probar, en esos supuestos excepcionales, la aplicación de la referida cláusula; siempre y cuando ello lo motive suficientemente<sup>58</sup>.

**26.** Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que el legislador de la Unión no ha de suprimir la cláusula de excepción (como pretendía hacer la Propuesta de RRI), ya que la misma introduce un cierto, y a mi juicio necesario, grado de flexibilidad en el sistema; aunque sí limitar, en gran medida, su eventual intervención. En concreto, en aras de no dañar la seguridad jurídica y la uniformidad que ha de presidir la aplicación de un texto tan trascendente como es el RRI, el legislador europeo, y transitoriamente el TJUE (el cual, como es sabido, goza de competencia para interpretar las disposiciones del RRI), debiera potenciar o reforzar aún más la excepcionalidad de la cláusula expresándose en los términos ya señalados. Teniendo en cuenta lo señalado, me parece más correcta la denominación de “cláusula de excepción”, al menos para el art. 4.3 del RRI, que la de “cláusula de escape”<sup>59</sup>; ya que esta última terminología parece inducir a pensar en una interpretación y aplicación más flexible de la referida cláusula que permita “escapar” con mayor facilidad a la solución conflictual prevista para la

<sup>58</sup> En relación con las dos teorías o posturas existentes en torno a la señalada problemática, *vid.* W.F. MARTÍNEZ LUNA, *loc. cit.*, 2012, pp. 26-27, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

<sup>59</sup> Esta última denominación ha sido utilizada, por ejemplo, por el Considerando 20 del RRI. Muy crítica con la expresión “cláusula de escape”, que el mencionado Considerando utiliza, se ha mostrado E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 134.

correspondiente categoría contractual (como ocurría en el marco del Convenio de Roma); mientras que la expresión “cláusula de excepción” resalta su carácter particularmente excepcional.

**27.** Al margen de lo señalado, tal como ponen de relieve los Considerandos 20 y 21 del Reglamento 593/2008, a los efectos de sus apartados 3º y 4º, para determinar el país con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos, habrá de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato internacional en cuestión presenta una relación muy estrecha con otro/-os contrato/-os. De este modo, el legislador de la Unión ha pretendido compaginar o compatibilizar la flexibilidad, que imprime en el sistema tanto la conexión de los vínculos más estrechos (conexión de cierre del mismo) como la cláusula de excepción, con el ansiado objetivo de previsibilidad o seguridad jurídica que el RRI persigue. En cualquier caso, tal como ponen de manifiesto los susodichos Considerandos, la relación existente con otro u otros contratos es uno de los factores que habrán de tenerse en cuenta, por lo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen un cierto margen de apreciación a la hora de la concreción del país con el que el contrato internacional en cuestión presenta los vínculos más estrechos.

# LE DELEGAZIONI DELL'UNIONE EUROPEA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA. STRUTTURA, STATUS E FUNZIONI

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: 18.02.2014 / Aceptado: 21.02.2014

**Riassunto:** Il Trattato di Lisbona ha introdotto significative modifiche all'architettura istituzionale delle relazioni esterne dell'Unione europea (UE), al fine di accrescerne la coerenza, l'efficacia e la continuità. Una delle disposizioni essenziali in tal senso è l'art. 221 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale stabilisce che l'Europa venga rappresentata, presso i paesi terzi e le organizzazioni internazionali, da una rete di delegazioni dell'Unione. Si tratta della prima volta che il diritto primario europeo contempla espressamente e direttamente il diritto di legazione attivo dell'Unione sotto il profilo della facoltà a stabilire, presso Paesi terzi ed organizzazioni internazionali, proprie missioni diplomatiche permanenti, anche se l'art. 221 TFUE si innesta, consolidandola ed ampliandola, in una prassi pluridecennale della rappresentanza esterna del processo di integrazione europea. Infatti, con un semplice cambio di denominazione, e con la sintetica, ma inequivoca, definizione dell'ampia funzione di "rappresentare l'Unione," l'art. 221 TFUE ha disposto l'evoluzione di quelle che erano le missioni della Commissione europea in "delegazioni dell'Unione," una rinnovata struttura di sedi diplomatiche che, coerentemente con l'impianto unitario adottato dal Trattato di Lisbona in materia di azione esterna, sono chiamate ad assicurare la rappresentanza dell'Unione per tutte le politiche europee, dunque anche per la politica estera e di sicurezza comune (PESC). Pertanto, le delegazioni rivestono ora il ruolo di single *diplomatic presence* dell'Unione, una presenza unica e permanente la quale assorbe la funzione di coordinamento e rappresentanza dell'Europa presso Paesi terzi e organizzazioni internazionali esercitata, prima dell'ultima revisione dei Trattati, dallo Stato detentore della presidenza a rotazione della UE. Sono, così, possibili, una notevole semplificazione della rappresentanza diplomatica e una significativa visibilità della proiezione esterna dell'Unione, che può ora fare affidamento sulle capacità delle proprie ambasciate e del personale che in queste ultime svolge la propria attività per dare continuità e spessore all'azione internazionale dell'Europa.

Nel presente lavoro si intendono ricostruire la collocazione delle delegazioni nella struttura istituzionale dell'Unione, l'organizzazione e le funzioni di dette missioni ed i loro rapporti con le ambasciate ed i consolati degli Stati membri, nonché il loro status sotto il profilo dei privilegi e delle immunità diplomatici, in modo da poter poi indicare come migliorare il funzionamento di tale struttura diplomatica dell'Unione, sempre più strategica per le politiche e per l'immagine dell'Europa.

**Parole chiave:** delegazioni dell'Unione europea; apertura e chiusura delle delegazioni; Capodelegazione; accreditamento; relazioni diplomatiche; accordi sullo stabilimento e sui privilegi ed immunità delle delegazioni europee; privilegi ed immunità diplomatici; protezione consolare, asilo diplomatico.

**Abstract:** The Lisbon Treaty has introduced significant modifications to the institutional architecture of EU external relations in order to increase the consistency, effectiveness and continuity of EU international action. One of the main provisions in this regard is Article 221 of the Treaty on

the Functioning of the European Union (TFEU), stating that Europe is represented in third countries and international organizations by a network of delegations of the Union. This is the first time that EU primary law expressly and directly provides for the right of active legation of the Union in terms of the possibility to establish, in third countries and international organizations, its permanent diplomatic missions, although Article 221 TFEU merges with the decades-long practice of the external representation of the process of European integration, consolidating and expanding it. In fact, with a simple change of name, and the synthetic, but unequivocal, definition of the broad function of “represent[ing] the Union,” Article 221 TFEU has established the evolution of what were the missions of the European Commission in “delegations of the Union,” a renewed diplomatic structure called to ensure the representation of the Union for all the European policies, and thus also for the Common Foreign and Security Policy (CFSP). Therefore, the delegations now play the role of single diplomatic presence of Europe, absorbing the function of coordinating and representing the Union in international organizations and third countries, function carried out, until the last revision of the Treaties, by the State holding the rotating presidency of the EU. A considerable simplification of the EU diplomatic representation and a significant visibility of the Union’s external projection are thus possible, as Europe can now rely on the capacities of its embassies and personnel operating in the latter to provide continuity and depth to its international action.

In the present work we intend to consider the position of the delegations in the institutional structure of the Union, the organization and functions of such permanent missions and their relationships with the embassies and consulates of the EU Member States, as well as the status of the EU delegations in terms of diplomatic privileges and immunities, so as to be able to indicate how to improve the functioning of the EU diplomatic structure, which is constantly more and more strategic for the policies and the image of Europe.

**Key words:** EU delegations; opening and closing of delegations; Head of Delegation; accreditation; diplomatic relations; agreements on the establishment and the privileges and immunities of the delegations of the European Union; diplomatic privileges and immunities; consular protection; diplomatic asylum.

**Sommario:** I. Introduzione. II. Le delegazioni dell'Unione nella struttura istituzionale dell'azione internazionale dell'Europa e la loro inclusione nel SEAE. III. L'apertura e la chiusura delle delegazioni dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la creazione del SEAE. III.1 Gli “Uffici” dell'Unione europea presso enti non dotati della piena soggettività internazionale o Stati terzi aventi un approccio non condiviso, sotto il profilo del rispetto del diritto internazionale, su questioni particolarmente sensibili. III.2 Il Parlamento europeo e l'apertura e/o chiusura delle delegazioni dell'Unione: il caso dell'Iran IV. La figura ed il ruolo del capodelegazione. V. Il processo di accreditamento del capodelegazione, il titolo di “Ambasciatore”, e la sua classificazione nell'ordine protocollare dello Stato accreditatario. VI. Le funzioni delle delegazioni dell'Unione. VII. La “stretta cooperazione” con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri. VIII. Le delegazioni dell'Unione europea presso le organizzazioni internazionali. IX. I privilegi e le immunità diplomatici delle delegazioni dell'Unione e gli accordi sul loro insediamento. X. Le delegazioni e la tutela dei cittadini dell'Unione europea: la protezione consolare. XI. Le delegazioni dell'Unione europea e l'asilo diplomatico. XII. Conclusioni: prospettive di miglioramento del funzionamento delle delegazioni.

## I. Introduzione

1. Il Trattato di Lisbona ha introdotto significative modifiche all'architettura istituzionale delle relazioni esterne dell'Unione europea (UE), al fine di accrescerne la coerenza, l'efficacia e la continuità. Una delle disposizioni essenziali in tal senso è l'art. 221 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale stabilisce che l'Europa venga rappresentata, presso i paesi terzi e le organizzazioni internazionali, da una rete di delegazioni dell'Unione.<sup>1</sup> Si tratta della prima volta che il diritto primario

<sup>1</sup> Cfr. E. HAYES, *EU Delegations: Europe's Link to the World*, in K. E. JØRGENSEN, K. VERLIN LAATIKAINEN (Eds.), *Routledge Handbook on the European Union and International Institutions: Performance, Policy, Power*, Routledge, London, 2013, pp. 27-40.

europeo contempla espressamente e direttamente il diritto di legazione attivo dell'Unione<sup>2</sup> sotto il profilo della facoltà a stabilire, presso Paesi terzi ed organizzazioni internazionali, proprie missioni diplomatiche permanenti, anche se l'art. 221 TFUE si innesta, consolidandola ed ampliandola, in una prassi pluridecennale della rappresentanza esterna del processo di integrazione europea.<sup>3</sup> Infatti, con un semplice cambio di denominazione, e con la sintetica, ma inequivoca, definizione dell'ampia funzione di "rappresentare l'Unione," l'art. 221 TFUE ha disposto l'evoluzione di quelle che erano le missioni della Commissione europea in "delegazioni dell'Unione," una rinnovata struttura di sedi diplomatiche che, "coerentemente con l'impianto unitario adottato dal Trattato di Lisbona in materia di azione esterna,"<sup>4</sup> sono chiamate ad assicurare la rappresentanza dell'Unione per tutte le politiche europee, dunque anche per la politica estera e di sicurezza comune (PESC). Pertanto, le delegazioni rivestono ora il ruolo di "single diplomatic presence" dell'Unione,<sup>5</sup> una presenza unica e permanente la quale assorbe la funzione di coordinamento e rappresentanza dell'Europa presso Paesi terzi e organizzazioni internazionali esercitata, prima dell'ultima revisione dei Trattati, dallo Stato detentore della presidenza a rotazione della UE.<sup>6</sup> Sono, così, possibili, una notevole semplificazione della rappresentanza diplomatica e una significativa visibilità della proiezione esterna dell'Unione, che può ora fare affidamento sulle capacità delle proprie ambasciate e del personale che in queste ultime svolge la propria attività per dare continuità e spessore all'azione internazionale dell'Europa.<sup>7</sup>

2. Nel presente lavoro si intendono ricostruire la collocazione delle delegazioni nella struttura istituzionale dell'Unione, l'organizzazione e le funzioni di dette missioni ed i loro rapporti con le ambasciate ed i consolati degli Stati membri, nonché il loro status sotto il profilo dei privilegi e delle immunità diplomatici, in modo da poter poi indicare come migliorare il funzionamento di tale struttura diplomatica dell'Unione, sempre più strategica per le politiche e per l'immagine dell'Europa.

## II. Le delegazioni dell'Unione nella struttura istituzionale dell'azione internazionale dell'Europa e la loro inclusione nel SEAE

3. La decisione n. 2010/427/UE, del 26 luglio 2010 -con la quale, in ottemperanza all'art. 27, par. 3 TUE, è stato istituito il Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE),<sup>8</sup> divenuto pienamente operativo il

<sup>2</sup> Sul diritto di inviare rappresentanti presso Stati terzi ed organizzazioni internazionali con specifico riferimento all'Unione europea si rinvia a E. CUJO, E. HENNEQUET, *Le droit de légation actif*, in M. BENLOLO-CARABOT, Ulaş CANDAS, Eglantine CUJO (sous la direction de), *Union européenne et droit international – En l'honneur de Patrick Daillier*, Editions A. Pedone, Paris, 2012, pp. 244-255; E. SAUVIGNON, *Les Communautés européennes et le droit de legation actif*, in *RMC*, 1978, pp. 176-191.

<sup>3</sup> Già nell'aprile del 1956, a Londra, iniziò ad operare a pieno titolo la "Delegation of the High Authority of the European Coal and Steel Community to the United Kingdom." I lavori per l'apertura di tale delegazione iniziarono nel 1954, in occasione dei negoziati e della firma dell'Accordo di associazione tra la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) e la Gran Bretagna: v. *Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Belgium, France, the Federal Republic of Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands and the High Authority of the European Coal and Steel Community concerning the relations between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Coal and Steel Community, signed at London, on 21 December 1954*, in *UNTS*, 1957, Vol. 258, p. 322. Lo stabilimento di una rappresentanza permanente della CECA si era resa necessaria per dare continuità e costante contatto alla relazione pattizia concordata. L'apertura della delegazione europea avvenne successivamente all'approvazione (22 luglio 1955) e all'entrata in vigore (29 ottobre 1955) dello *European Coal and Steel Community Act*, in cui la *House of Commons* definiva i privilegi e le immunità della rappresentanza della CECA e dei suoi membri. V. *European Coal and Steel Community Act, 1955*, in *ICLQ*, 1956, pp. 132-133.

<sup>4</sup> Così B. GENCARELLI, *Commento all'art. 221 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1831-1834, a p. 1832.

<sup>5</sup> V. S. BLOCKMANS, C. HILLION (EDS.), *EEAS 2.0 – A Legal Commentary on Council Decision 2010/427/EU Establishing the Organisation and Functioning of the European External Action Service*, CLEER Working Paper 2013/1, Article 5 – *Union Delegations*, pp. 47-54, a p. 48.

<sup>6</sup> V. SEC(2011)881/3, *European Commission – Vademecum on the External Action of the European Union*, a p. 20.

<sup>7</sup> Cfr. G. EDWARDS, D. RIKS, *Boundary Problems in EU External Representation*, in L. AGGESTAM, F. ANESI, G. EDWARDS, C. HILL, D. RIKS (EDS.), *Institutional Competences in the EU External Action: Actors and Boundaries in CFSP and ESDP*, Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 6–7 May/2008; D. RIKS, *EU Diplomatic Representation in Third Countries*, Paper presentato alla Conferenza GARNET "The EU in International Affairs," Bruxelles, 24-26 Aprile 2008.

<sup>8</sup> Decisione del Consiglio del 26 luglio 2010 che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna n. 2010/427/UE, in GU L201/30 del 3.8.2010.

1 gennaio 2011-<sup>9</sup> ha ribadito la centralità e l'importanza delle delegazioni dell'Unione presso i paesi terzi e le organizzazioni internazionali configurando le rappresentanze europee come l'articolazione esterna del nuovo corpo diplomatico dell'Unione,<sup>10</sup> dunque come “fully-fledged EU embassies,”<sup>11</sup> un altissimo profilo politico-istituzionale per le missioni europee. Pertanto, al pari del braccio “interno” del SEAE, sia le delegazioni cd “bilaterali,” ovvero presso gli Stati terzi, che quelle “multilaterali,” vale a dire presso le organizzazioni internazionali, devono ora essere formate da funzionari della Commissione, dipendenti del Consiglio, e, quindi, diplomatici provenienti dalle amministrazioni nazionali degli Stati membri.<sup>12</sup>

4. Garante della coerenza delle attività esercitate presso le rappresentanze europee è il capodelegazione, ossia il responsabile dell'intera azione svolta dalle strutture esterne permanenti espressione della capacità diplomatica dell'Unione. Il capo della delegazione (*Head of Delegation*, HoD), infatti, ha un'autorità generale su tutte le questioni trattate nelle missioni europee, gestendo sia lo staff della Commissione, che esegue le politiche dell'ormai ex pilastro “comunitario,” che i funzionari del SEAE (provenienti anche dal Consiglio dell'Unione e dalle diplomazie degli Stati membri), i quali lavorano sulle questioni PESC. L'HoD, quindi, e la struttura della quale è responsabile sono istituzionalmente predisposti a garantire efficacia e coesione alle politiche europee presso il paese terzo o l'organizzazione internazionale nella quale è ubicata la delegazione dell'Unione, dando concreta attuazione al principio ed obiettivo di coerenza codificato all'art. 21, par. 3, seconda frase TUE,<sup>13</sup> in base al quale istituzioni ed

<sup>9</sup> Sul SEAE cfr., tra gli altri, S. BLOCKMANS, *The European External Action Service one year on: First signs of strengths and weaknesses*, Working Paper 2012/2, Centre for the Law of EU External Relations, The Hague, 2012; S. BLOCKMANS, *EEAS re-loaded: Recommendations for the 2013 review*, Commentary, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2012; S. BLOCKMANS, C. HILLION, *EEAS 2.0. A legal commentary on Council Decision 2010/427/EU establishing the organization and functioning of the European External Action Service*, Working Paper 2013/1, Centre for the Law of EU External Relations, The Hague, 2013; I. BOSSE-PLATIÈRE, *La mise en place du Service européen pour l'action extérieure del l'UE (SEAE)*, in *RTD Eur.*, 2011, pp. 242-245.; C. CARTA, *The European Union Diplomatic Service*, Abingdon, Routledge, 2012; S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote against Incoherence?*, in *EFA Rev.*, 2012, pp. 45-68; L. ERKELENS, S. BLOCKMANS, *Setting up the European External Action Service: An Act of Institutional Balance*, in *EuConst*, 2012, pp. 246-279; R. FAURE, M. GAVAS, S. MAXWELL, *The Review of the European External Action Service. A commentary on the report*, Overseas Development Institute (ODI), 2013; M. FURNESS, *The Lisbon Treaty, the European External Action Service and the reshaping of EU Development Policy*, in S. GÄNZLE, S. GRIMM, D. MAKHAN (EDS.), *The European Union and Global Development: An 'Enlightened Superpower' in the Making?*, Basingstoke, 2012, pp. 74-93; M. GATTI, *The Role of the European External Action Service in the External Dimension of the Area of Freedom Security and Justice*, in C. FLAESCH MOUGIN, L. S. ROSSI (sous la direction de), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne*, Brussels, 2012, pp. 171-190; M. GUINEA LLORENTE, *El Servicio europeo de acción exterior: génesis de una diplomacia europea*, in *RDCE*, 2010, pp. 761-790; I. INGRAVALLO, *La decisione sul Servizio europeo per l'azione esterna*, in *Sud in Europa*, 2010, n. 2, [www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net); P. KOUTRAKOS, *Habemus European External Action Service*, in *ELR*, 2010, pp. 607-608; F. LAURSEN, *The European External Action Service (EEAS): the idea and its implementation*, in F. LAURSEN (ED.), *The EU's Lisbon Treaty: Institutional Choices and Implementation*, Farnham-London-Burlington, 2012, pp. 171-200; M. LEFEBVRE, C. HILLION, *The European External Action Service: towards a common diplomacy?*, European Policy Analysis 2010/6, Swedish Institute for European Policy Studies, 2010; H. MERKET, *The European External Action Service and the Nexus between CFSP/CSDP and Development Cooperation*, in *EFA Rev.*, 2012, pp. 625-651; C. MORVIDUCCI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna: un inizio problematico*, in *SIE*, 2013, pp. 19-46; P. PETROV, K. POMORSKA, S. VANHOONACKER, *The Emerging EU Diplomatic System: Opportunities and Challenges after 'Lisbon'*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 1-9; G. QUILLE, *The European External Action Service and the Common Security and Defence Policy (CSDP)*, in E. GRECO, N. PIROZZI, S. SILVESTRI (EDS.), *EU Crisis Management: Institutions and Capabilities in the Making*, Istituto Affari Internazionali, 2010, pp. 55-70; K. RAUBE, *The European External Action Service and the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 65-80; J. SANTOS VARA, *The Establishment of the European External Action Service*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2011, pp. 109-133; B. VAN VOOREN, *A legal-institutional perspective on the European External Action Service*, in *CML Rev.*, 2011, pp. 475-502.

<sup>10</sup> “Il SEAE si articola in un'amministrazione centrale e nelle delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali.” Art. 1, par. 4 della Decisione n. 2010/427/UE, cit.

<sup>11</sup> M. BENSON-REA, C. SHORE, *Representing Europe: The Emerging “Culture” of EU Diplomacy*, in *Public Administration*, 2012, pp. 480-496, a p. 491.

<sup>12</sup> Si veda ancora l'art. 27, par. 3 TUE, ai sensi del quale “[n]ell'esecuzione delle sue funzioni, l'alto rappresentante si avvale di un servizio europeo per l'azione esterna ... [che] lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali.”

<sup>13</sup> “L'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine.”

organi europei devono non solo evitare incongruenze o conflitti tra la politica estera, le politiche esterne e quelle interne dell'Unione, ma anche adoperarsi per creare sinergie "in grado di far conseguire risultati complessivi migliori di quelli derivanti dalla mera somma delle singole azioni svolte."<sup>14</sup> E', pertanto, possibile affiancare la duplice investitura -per le questioni ex-primo pilastro, e per le questioni PESC-dell'HoD al "doppio cappello" predisposto dal Trattato di Lisbona per l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR). Come noto, detta figura istituzionale è chiamata a "vigila[re]" sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione<sup>15</sup> e a presiedere su base stabile il Consiglio affari esteri;<sup>16</sup> ha il compito di contribuire, con le proprie proposte, ad elaborare, nonché a guidare ed attuare, in qualità di mandatario del Consiglio, la PESC e la politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC); ed è anche uno dei Vice-Presidenti della Commissione europea, "incaricato delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione."<sup>17</sup>

5. L'inclusione delle delegazioni dell'Unione nel SEAE conferma, peraltro, l'impostazione costantemente suggerita durante i lavori della Convenzione per la Costituzione europea a partire dal contributo del 30 giugno 2003 di Michel Barnier e António Vitorino, ove i due membri della Commissione sostenevano che "[I]es délégations de l'Union dans les pays tiers ... devraient également faire partie du Service européen commun d'action extérieure,"<sup>18</sup> impostazione successivamente ribadita nella Relazione del 9 giugno 2005 sull'andamento dei lavori preparatori per l'istituzione del SEAE, elaborata congiuntamente dal Segretario Generale/Alto Rappresentante Javier Solana e dalla Commissione, nella quale si attestava l'esistenza di "un ampio accordo sul fatto che l'attuale rete di delegazioni della Commissione sia trasformata ... nelle delegazioni dell'Unione le quali, in conseguenza delle disposizioni del Trattato costituzionale che le colloca sotto l'autorità del Ministro degli affari esteri, diventerebbero parte integrante del SEAE."<sup>19</sup>

6. Il diritto primario europeo, inoltre, definisce chiaramente il rapporto delle delegazioni con l'Alto Rappresentante, sotto la cui autorità sono poste (art. 221, par. 2 TFUE), nonché la stretta cooperazione che deve caratterizzare le relazioni delle ambasciate dell'Europa con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri a) ai fini dell'azione internazionale dell'Unione nel suo insieme (art. 221, par. 2 TFUE) e b) con particolare riferimento alla garanzia del rispetto e dell'attuazione delle decisioni dell'Unione nella PESC (art. 35, cc. 1 e 2 TUE), nonché c) per contribuire ad attuare il diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi (art. 35, c. 3, TUE, e artt. 20, par. 2, lett. c), e 23 TFUE). Indubbiamente, e nonostante i molti margini di miglioramento della loro struttura e della gestione delle loro attività, le delegazioni dell'Unione, così come riviste e rafforzate dal Trattato di Lisbona e dalla sua successiva prassi attuativa, risultano, per i partner della UE, di crescente importanza nella conduzione dell'azione internazionale dell'Europa.<sup>20</sup> Infatti, la capillare rete diplomatica globale realizzata dalle attuali 139 delegazioni dell'Unione -accreditate presso 163 Paesi terzi ed un rilevante

<sup>14</sup> Così C. NOVI, *Il principio di coerenza e la clausola di compatibilità*, in E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 27-29, a p. 27.

<sup>15</sup> V. l'art. 18, par. 4 TUE.

<sup>16</sup> Cfr. l'art. 18, par. 3 TUE.

<sup>17</sup> Così l'art. 18, par. 4 TUE. Sulla figura dell'Alto Rappresentante v. E. DENZA, *Article 27 [Role and Powers of the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (EDS.), *The Treaty on European Union (TEU) - A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2013, pp. 967-980.

<sup>18</sup> CONV 839/03, *Contributo dei Sigg. Barnier e Vitorino, membri della Convenzione europea - Servizio comune per l'azione esterna*, Bruxelles, 30 giugno 2003, a p. 5.

<sup>19</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 9956/05, *Servizio europeo per l'azione esterna - Relazione congiunta sull'andamento dei lavori per il Consiglio europeo elaborata dal Segretario generale/Alto Rappresentante e dalla Commissione*, Bruxelles, 9 giugno 2005, a p. 5; v. F. LAURSEN, *The European External Action Service (EEAS): The Idea and Its Implementation*, in F. LAURSEN (ED.), *The EU's Lisbon Treaty - Institutional Choices and Implementation*, Ashgate, Farnham, Burlington, 2012, pp. 171-201.

<sup>20</sup> European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B - Policy Department, *Union Delegations in Bilateral and Multilateral Settings*, in *The Organisation and Functioning of the European External Action Service: Achievements, Challenges and Opportunities*, Bruxelles, 2013, pp. 62-82.

numero di enti intergovernativi- unitamente alla loro competenza a 360 gradi per l'azione internazionale dell'Europa fanno delle ambasciate della UE un solido supporto logistico e politico per le istituzioni europee, gli Stati membri, i cittadini dell'Unione, gli operatori economici, nonché tutti gli *stakeholders* che si relazionano all'Europa, un supporto dotato di un significativo potenziale di ulteriori e importanti sviluppi. Basti pensare che solo Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia e Spagna hanno più missioni all'estero rispetto all'Unione europea, e che vi sono solo 8 Paesi terzi (Cina, Egitto, India, Israele, Giappone, Russia, Turchia e Stati Uniti) nei quali almeno 25 Stati membri hanno un'ambasciata, mentre in più di 70 sedi nelle quali l'Unione ha una delegazione vi sono meno di 10 Stati membri rappresentati, ed in 50 Paesi le missioni dei Paesi europei sono meno di cinque.<sup>21</sup> Le delegazioni dell'Unione, quindi, laddove sapientemente gestite, nonché rafforzate, possono rappresentare l'avamposto dell'Europa quale *soft power* delle relazioni internazionali, promotrice delle più ampie ed approfondite forme di cooperazione bilaterale e multilaterale, per affrontare e risolvere questioni e problemi di portata transnazionale, e, al tempo stesso, rappresentare con maggior forza e compiutezza istanze di particolare interesse dei singoli Stati membri dell'Unione.<sup>22</sup>

### III. L'apertura e la chiusura delle delegazioni dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la creazione del SEAE

7. La decisione di aprire, o chiudere, una delegazione spetta all'Alto Rappresentante, che deve agire di concerto con il Consiglio e la Commissione, conformemente a quanto previsto dall'art. 5, par. 1, della decisione n. 2010/427/UE. L'obbligo, per il massimo esponente della politica estera europea, di ricercare la convergenza con l'istituzione intergovernativa e con quella che rappresenta l'interesse comune dell'Unione attesta la rilevante importanza politica che contraddistingue la scelta di stabilire o di rinunciare ad una missione, instaurando o interrompendo le relazioni diplomatiche con un Paese terzo, o i rapporti con una organizzazione internazionale. Attualmente, la fitta e rilevante rete diplomatica bilaterale e multilaterale dell'Unione -la prima ad essere creata, nella storia della diplomazia, da un attore non statale- conta 139 delegazioni e uffici sparsi in tutto il mondo e presso le principali organizzazioni internazionali.<sup>23</sup>

8. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della decisione SEAE, l'AR ha adottato in base alla nuova procedura le decisioni per l'apertura delle delegazioni in Libia,<sup>24</sup> Sud-Sudan,<sup>25</sup> Myanmar (Burma),<sup>26</sup> ed Emirati Arabi Uniti.<sup>27</sup> La struttura delle decisioni dell'AR per l'apertura delle delegazioni è stata, sinora, caratterizzata da un testo pressochè simile, e dalla stringatezza dell'articolato, che mai si è avventurato, nella parte preambolare, ad illustrare le ragioni politiche ed economiche in virtù delle quali l'Unione ha scelto di stabilire le missioni europee permanenti oggetto

<sup>21</sup> Dati tratti da *EEAS Review*, Brussels, July 2013, a p. 3.

<sup>22</sup> R. BALFOUR, K. RAIK, *EU Delegations: Revolutionizing EU Foreign Policy in the Field?*, in *Equipping the European Union for the 21st Century – National Diplomacies, the European External Action Service and the Making of EU Foreign Policy*, FIIA Report 36, FIIA Occasional Report 1, Helsinki, 2013, pp. 43-48.

<sup>23</sup> Cfr. C. NOVI, *Il diritto di legazione e il servizio europeo per l'azione esterna*, in E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, cit., pp. 127-134. Per i dati aggiornati sulle delegazioni dell'Unione si rinvia al sito web ufficiale del SEAE [http://www.eeas.europa.eu/index\\_en.htm](http://www.eeas.europa.eu/index_en.htm).

<sup>24</sup> PROC HR(2011) 014, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 11 November 2011 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to Libya*.

<sup>25</sup> PROC HR(2011) 015, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 11 November 2011 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the Republic of South Sudan*.

<sup>26</sup> HR DEC(2013) 001, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the Republic of the Union of Myanmar (Burma)*.

<sup>27</sup> HR DEC(2013) 002, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the United Arab Emirates*.

dei provvedimenti dell'Alto Rappresentante. L'unica, minima, difformità terminologica si nota nella denominazione delle missioni diplomatiche europee: infatti, negli atti del 2011 relativi alla Libia e al Sud-Sudan, l'art. 1 indica che “[a] *Union Delegation* ... shall be opened”, mentre nella disposizione iniziale dei provvedimenti approvati nel 2013 per Myanmar (Burma) e gli Emirati Arabi Uniti si afferma che “[a] *European Union Delegation* ... shall be opened.”<sup>28</sup> Inoltre, tutte le decisioni dell'AR vedono un'ampia delega al Direttore generale amministrativo del SEAE (“Chief Operating Officer of the EEAS”), carica attualmente detenuta dall'irlandese David O'Sullivan, il quale è chiamato a prendere “the necessary steps to ensure the implementation” dei provvedimenti sull'apertura delle delegazioni.<sup>29</sup> In particolare, il Direttore generale amministrativo, in cooperazione con la Commissione europea, deve farsi carico dell'attribuzione e del trasferimento delle risorse necessarie alla creazione e al funzionamento della nuova delegazione dell'Unione, occupandosi anche della definizione dell'organigramma di quest'ultima. Infatti, in base all'art. 2, lett. a), comune a tutte le decisioni dell'AR sopra citate, “[t]he Chief Operating Officer of the EEAS shall take the necessary steps to ensure ... the allocation and transfer of resources, in cooperation with the European Commission, including the adoption of an organisation chart for the Delegation.” Sempre al Direttore generale amministrativo è affidato il compito di adottare opportune misure per assicurare alla delegazione e alle sue proprietà, nonché a tutto lo staff che vi presta servizio, privilegi e immunità equivalenti a quelli contemplati dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (CVRD) del 18 aprile 1961, espressione del diritto internazionale diplomatico.<sup>30</sup> Pertanto, all'art. 2, lett. b) delle decisioni di apertura delle delegazioni sinora adottate dall'AR, in particolare nella più ampia formula dei provvedimenti assunti nel gennaio 2013, si stabilisce che il Direttore generale amministrativo assicuri “that the Delegation, its property, its head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, are granted privileges and immunities equivalent to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961.”<sup>31</sup>

9. L'unica delegazione ad essere stata chiusa da quando sono entrati in vigore i nuovi meccanismi istituzionali post-Lisbona è quella presso lo Suriname. Nel gennaio 2013, l'AR ha assunto la decisione sulla chiusura<sup>32</sup> nell'ambito di una razionalizzazione delle risorse delle missioni europee permanenti, mantenendo le relazioni diplomatiche con lo Stato latino-americano attraverso la delegazione della Guyana, il cui capodelegazione è accreditato anche presso lo Suriname, ed è, dunque, chiamato a gestire il dialogo politico dell'Unione con il governo di Paramaribo nonché la realizzazione dei progetti allo sviluppo già avviati, dedicati, in particolare, a rafforzare le infrastrutture nel settore dei trasporti per promuovere l'integrazione e la cooperazione regionale, e, così, rafforzare la lotta alla povertà e migliorare l'accesso a beni e servizi.<sup>33</sup> Anche in questo caso, è il Direttore generale amministrativo del SEAE ad essere delegato ad adottare “all the necessary administrative and budgetary arrangements” per eseguire la decisione dell'AR sulla chiusura.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> I corsivi sono nostri.

<sup>29</sup> Cfr. l'art. 2, par. 1, comune a tutti gli atti in questione.

<sup>30</sup> *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Vienna 18 April 1961, in *UNTS*, Vol. 500, p. 95, pubblicata anche, in una traduzione italiana non ufficiale, in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 91 ss. Su tale Convenzione cfr. E. DENZA, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008; M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto diplomatico e consolare: tecnica, prassi, esperienza*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004; H. P. HESTERMEYER, *Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Gennaio 2009.

<sup>31</sup> HR DEC(2013) 001, cit., e HR DEC(2013) 002, cit.; sui privilegi e le immunità delle delegazioni v. *infra* il par. IX.

<sup>32</sup> HR DEC(2013) 003, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Closing of the European Union Delegation to the Republic of Suriname*.

<sup>33</sup> European Union, Press Release A19/13, *EU to Open Delegations to Myanmar and to the United Arab Emirates*, 17 January 2013.

<sup>34</sup> V. l'art. 2 della *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Closing of the European Union Delegation to the Republic of Suriname*, cit.

## **1 Gli “Uffici” dell’Unione europea presso enti non dotati della piena soggettività internazionale o Stati terzi aventi un approccio non condiviso, sotto il profilo del rispetto del diritto internazionale, su questioni particolarmente sensibili**

**10.** Ci si può certo chiedere anche quali margini di manovra rimangano all’AR laddove il Consiglio e la Commissione, oppure solo una delle due istituzioni, non approvino la decisione di aprire una nuova delegazione, eventualmente anche perchè potrebbe non essere condivisa, a livello di Stati membri, che ancora conservano una prerogativa esclusiva nel riconoscimento di nuovi Stati o nell’*endorsement* a nuovi governi stranieri, la valutazione sulla personalità giuridica internazionale in capo a determinati soggetti. Parimenti, ci si può interrogare sulla discrezionalità configurabile in capo all’AR laddove l’esigenza e l’opportunità di agire in tempi stretti comprimano i tempi di coordinamento con le istituzioni europee. In tali circostanze è possibile sostenere che l’AR abbia il potere di procedere autonomamente limitandosi, però, a mandare un inviato, o a stabilire un tipo di presenza meno prestigioso -aprendo, ad esempio, un semplice “Ufficio” (*EU Liaison Office, EU Technical Office*), oppure una “Rappresentanza”, anziché una vera e propria delegazione. Si tratta di soluzioni già perseguite sia prima che dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

**11.** A parte, come si vedrà subito nel prosieguo, il caso del Kosovo, il ripiego verso soluzioni istituzionali prive della completezza della rappresentatività dell’Unione data dalla “delegazione” non è mai avvenuto a causa di una contrapposizione tra Stati membri e istituzioni europee sull’opportunità o meno di riconoscere un nuovo Paese, o sull’appoggio ad una rinnovata classe politica. Al contrario, la scelta di aprire un “Ufficio” o una “Rappresentanza” in luogo di una vera e propria “Delegazione” si è compiuta nella piena condivisione degli attori del processo di integrazione europea sull’opportunità di stabilire, comunque, una presenza costante dell’Unione presso la seguente tipologia di soggetti:

- a) un ente che non dispone della piena soggettività internazionale -è il caso dello *European Union Office to Hong Kong and Macao*, le due regioni amministrative speciali della Repubblica popolare cinese, ex-colonie, rispettivamente, di Gran Bretagna e Portogallo;
- b) un ente la cui personalità giuridica internazionale debba ancora completarsi -come accade per i territori palestinesi con lo *European Union Technical Assistance (or Representative) Office for the West Bank and Gaza Strip*;
- c) uno Stato da poco affacciato ad un percorso democratico dopo difficili conflitti -l’Ufficio di rappresentanza della Commissione europea aperto a Sarajevo nel 1996, venne poi ribattezzato nel 2000 “Delegazione” dell’Europa presso la Bosnia-Erzegovina avendo accertato l’attuazione ed il buon funzionamento degli Accordi di Dayton e il positivo processo di consolidamento nel Paese della democrazia e della *rule of law*; e, infine,
- d) uno Stato che non si attiene alle richieste della Comunità internazionale su una o più specifiche questioni -come è accaduto per l’Indonesia, la quale, sino alla fine degli anni ’90, non era disposta a riconoscere l’indipendenza di Timor orientale, né aveva compiuto sufficienti progressi verso lo Stato di diritto e la democrazia, con la conseguenza che la Commissione europea preferì definire la propria missione a Giacarta, aperta nel 1988, “Ufficio di rappresentanza,” per poi rinominarla “Delegazione” una volta superate le divergenze sullo status di Timor est e rafforzata la democraticità dell’assetto istituzionale dell’Indonesia.<sup>35</sup>

**12.** La decisione, invece, di mantenere lo *European Union Office* in Kosovo riflette la persistente assenza, da parte di cinque dei 28 Stati membri dell’Unione europea (Cipro, Grecia, Romania, Slovacchia e Spagna), del riconoscimento del Kosovo quale soggetto internazionale a seguito della dichiarazione di indipendenza dalla Serbia adottata il 17 febbraio 2008 da 109 dei 120 membri dell’Assemblea parlamentare kosovara, e dal Presidente del Kosovo, che non è membro dell’Assemblea. Tale mancanza

<sup>35</sup> Sulla tipologia di “uffici” o “rappresentanze” qui elencati v., più diffusamente, E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 210 ss.

di omogeneità tra gli Stati UE a proposito della personalità giuridica internazionale del Kosovo ha indotto l'Unione europea non solo a mantenere la denominazione di "Ufficio" per la propria sede a Pristina, ma anche a precisare ufficialmente, sul sito web dedicato alle relazioni UE/Kosovo, che l'uso della designazione "Kosovo ... is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244 and the ICJ Opinion on the Kosovo Declaration of Independence."<sup>36</sup> Recentemente il Parlamento europeo ha esortato i 5 Stati membri dell'Unione "a procedere al riconoscimento del Kosovo" al fine di intensificare le relazioni economiche, sociali e politiche tra quest'ultimo e l'Unione europea.<sup>37</sup>

**13.** Nel periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si segnala l'apertura, il 22 maggio 2011, di un Ufficio dell'Unione europea a Bengasi,<sup>38</sup> successivamente ampliato con la sede di un *Humanitarian Office* a Tripoli il 31 agosto dello stesso anno.<sup>39</sup> Si tratta di un'iniziativa condotta interamente dall'AR, nella convinzione che il potere per una simile attività risieda nelle funzioni generali dell'AR riguardo la conduzione della PESC. L'iniziativa è stata annunciata dallo stesso AR prima al Parlamento europeo nella seduta plenaria dell'11 maggio 2011,<sup>40</sup> naturalmente comunicata alla Commissione, di cui l'AR è Vice-Presidente, e pienamente supportata e condivisa dal Consiglio affari esteri del 23-24 maggio 2011.<sup>41</sup> La presenza operativa di un Ufficio tecnico della UE a Bengasi, infatti, risultava essere una condizione logistica imprescindibile per coordinare gli aiuti europei con quelli degli Stati membri e degli altri attori della Comunità internazionale in riferimento alle questioni di emergenza umanitaria e alla predisposizione tempestiva di azioni di ricostruzione e stabilità una volta cessati i disordini interni della cd "Primavera araba," ed era anche un chiaro segno politico di solidarietà dell'Unione europea al popolo libico, nonché di appoggio e fiducia al Consiglio nazionale transitorio (CNT) dei ribelli al regime di Gheddafi ancora prima che l'opposizione alle forze lealiste riuscisse a divenire il governo ufficiale della Libia, detenendo il pieno potere su territorio e comunità del Paese nordafricano. Rovesciato il regime e liberata la città di Tripoli, il CNT è divenuto a pieno titolo il nuovo governo della Libia. L'interesse strategico dell'Unione ad avere rapporti stretti e solidi con detto Stato, anche per promuovere la stabilità della zona al confine meridionale dell'Europa e mantenere saldi i rapporti economici con il Paese nordafricano, ricco di risorse naturali, ha significativamente incentivato il rapido *upgrading* dell'Ufficio di Tripoli in Delegazione dell'Unione presso la Libia.<sup>42</sup> Come già riportato, il 12 novembre 2011 l'AR ha, così, aperto ufficialmente la rappresentanza ufficiale dell'Europa a Tripoli, una scelta che rappresenta "both a political symbol and a necessary step to allow the EU to provide ef-

<sup>36</sup> V. UN Security Council, *Security Council Resolution 1244 (1999) [on the deployment of international civil and security presences in Kosovo]*, 10 June 1999, S/RES/1244; ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ Rep., 2010, p. 403. Sul parere della Corte internazionale di giustizia riguardo la conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza del Kosovo del 17 febbraio 2008 cfr. A. BERNARDINI, *Il parere della Corte internazionale di Giustizia sulla questione del Kosovo*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2011, pp. 7-9; A. CARCANO, *Sul rapporto fra diritto all'autodeterminazione dei popoli e secessione: in margine al parere della Corte Internazionale di Giustizia riguardante il Kosovo*, in *RDI*, 2010, pp. 1135-1143; B. CONFORTI, *La risoluzione del Consiglio di sicurezza e il parere della Corte Internazionale di Giustizia*, in *RDI*, 2010, pp. 1128-1131; P. FOIS, *Il parere della Corte Internazionale di Giustizia sull'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale à la carte*, in *RDI*, 2010, pp. 1131-1135; L. GRADONI, E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, Cedam, Padova, 2010; L. IANNUZZI, *La Corte internazionale di giustizia si esprime sull'annosa questione del Kosovo*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, pp. 113-134; A. TANCREDI, *Il parere della Corte internazionale di Giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, in *RDI*, 2010, pp. 994-1052.

<sup>37</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo del 18 aprile 2013 sul processo di integrazione europea del Kosovo* (2012/2867(RSP)), par. 3. Sulla articolata e sensibile posizione dell'Unione europea nella definizione delle sue relazioni con il Kosovo v. W. KOETH, *State Building Without a State: the EU's Dilemma in Defining Its Relations with Kosovo*, in *EFA Rev.*, 2010, pp. 227-247.

<sup>38</sup> EEAS, *EU High Representative Catherine Ashton Opens European Union Office in Benghazi*, 22.5.2011.

<sup>39</sup> EEAS, *Libya: European Union / EEAS Mission Arrives in Tripoli*, 31.8.2011; Consilium Highlights, *Showing the Flag in Tripoli*, 8.9.2011.

<sup>40</sup> Parlamento europeo, *Discussioni - Principali aspetti e scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune (articolo 36 del TUE)*, Strasburgo, 11.5.2011.

<sup>41</sup> Consiglio dell'Unione europea, Presse 143, *Comunicato stampa - 3091a Sessione del Consiglio Affari esteri*, Bruxelles, 23 e 24 maggio 2011, pp. 10-11.

<sup>42</sup> European Union Press Release A 451/11, *Remarks by EU High Representative Catherine Ashton at the Opening of the New EU Delegation in Tripoli*, Brussels, 12.11.2011.

fective support for the Libyan transition.”<sup>43</sup> L'Unione europea, infatti, ha attivato una importante serie di progetti di cooperazione: dopo aver investito ben € 80,5 milioni in assistenza umanitaria, Bruxelles è attualmente impegnata in un programma di €30 milioni che riguarda anche la politica di migrazione e la sicurezza dei confini, l'assistenza tecnica per ricostruire l'apparato amministrativo ed istituzionale dello Stato libico, le politiche di riconciliazione, rispetto dei diritti fondamentali e democratizzazione, la salute e l'educazione, nonché la promozione della partecipazione delle donne nella vita pubblica.<sup>44</sup>

**14.** Analoga evoluzione ha conosciuto l'insediamento di una presenza permanente dell'Unione europea presso la Repubblica dell'Unione di Myanmar (Burma), anche se i passaggi istituzionali dinanzi alla Commissione europea ed al Consiglio dell'Unione sono contraddistinti da una precisa pianificazione e privi di ristrettezze temporali. Il nuovo governo del Paese asiatico, che ha iniziato ad esercitare le proprie funzioni all'inizio del 2011, ha voluto rimarcare la netta discontinuità rispetto al precedente – molto pesante- regime dittatoriale, mostrando un notevole impegno verso le riforme istituzionali, economiche e sociali, e il processo di riconciliazione nazionale, sia rispetto a chi si era strenuamente opposto alla precedente e opprimente nomenclatura, sia riguardo ai diversi gruppi etnici minoritari che caratterizzano lo Stato birmano. Proprio per segnalare la vicinanza al popolo di Myanmar e l'apprezzamento per la svolta democratica del Paese asiatico, l'AR ha aperto, il 28 aprile 2012, l'*Office of the European Union to Myanmar*,<sup>45</sup> una scelta già appoggiata dalla Commissione, con una propria decisione dell'8 febbraio 2012,<sup>46</sup> ed avallata dal Consiglio affari esteri del 23 gennaio 2012, il quale ha ribadito nelle sue conclusioni “il ... pieno sostegno alla decisione [dell'AR] di aprire un ufficio dell'UE a Yangon”, auspicandone “la pronta inaugurazione.”<sup>47</sup> A seguito del consolidamento delle riforme strutturali, e del rinnovato impegno verso uno sviluppo economico contraddistinto dalla responsabilità sociale delle imprese, dall'attenzione alla tutela ambientale e agli investimenti “responsabili”, dunque caratterizzati anche da adeguati standard di protezione dei diritti fondamentali,<sup>48</sup> l'Unione, per meglio realizzare i vari progetti di cooperazione con Myanmar anche in collaborazione con gli altri soggetti internazionali, e per significare la valutazione positiva della costante dedizione della nuova leadership birmana al rafforzamento del

<sup>43</sup> European Union, Press Release A 448/11, *EU High Representative Catherine Ashton visits Tripoli and Opens European Union Delegation*, Brussels, 12 November 2011, Annex “EU Support to Libya”.

<sup>44</sup> Cfr. C(2012)4805 – PE/2012/4316, *Commission Implementing Decision of 13/07/2012 Modifying the Commission Decisions and Commission Implementing Decisions for Inclusion of Libya in Relevant Regional Programmes of the Euro-Mediterranean Partnership under the European Neighbourhood and Partnership Instrument*; EuroMed, *European Commission Adopts Decision Adding Libya to Euro-Med Regional Cooperation Programmes*, 24.7.2012; *EU-Interpol Programme Supporting Libya Border Security*, in *The Tripoli Post*, 7 March 2013; EU / UNICEF Joint Press Release, *The European Union and UNICEF Support Libya's Education Programmes - Better Trained Teachers Are Key To Better Quality Education*, Tripoli, March 2013; Decisione n. 2013/233/PESC del Consiglio del 22 maggio 2013 sulla missione dell'Unione europea di assistenza alla gestione integrata delle frontiere in Libia (EUBAM Libia), in GU L138/15 del 24.5.2013; Andrew Gardner, *EU Backs Mission to Secure Libya's Borders*, in *europeanvoice.com*, 23.5.2013; *EU Supports Building of a New Modern Libya*, in *Libya-Business News*, 29.5.2012.

<sup>45</sup> HR DEC (2012) 004, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 7 March 2012 Regarding the Opening of an Office of the European Union to the Republic of the Union of Myanmar (Burma)*; v. anche IP/12/439, *HR/VP Catherine Ashton Opens the EU Office in Burma/Myanmar*, 28.4.2012; European Union, A 197/12, *Catherine Ashton Visits Burma/Myanmar to Open A New Chapter in the Relationship*, Brussels, 27.4.2012.

<sup>46</sup> PV(2012) 1989 final, *Minutes of the 1989th Meeting of the Commission Held in Brussels (Berlaymont) on Wednesday 8 February 2012*, Brussels, 22.2.2012, a p. 19.

<sup>47</sup> Consiglio dell'Unione europea, *Comunicato stampa 3142a sessione del Consiglio affari esteri*, Bruxelles, 23 gennaio 2012, a p. 8; v. anche MEMO/12/102, *Statement by Andris Piebalgs, Eu Commissioner for Development from His Mission to Burma/Myanmar*, 13.2.2012; SPEECH/12/273, *Catherine Ashton, EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy and Vice President of the European Commission, Speech on Myanmar*, European Parliament, Strasbourg, 17.4.2012; European Union A 186/12, *Remarks by High Representative Catherine Ashton upon Arrival to FAC, Brussels, 23 April 2012*; European Union A 204/12, *Remarks by High Representative Catherine Ashton at the End of Her Visit to Burma/Myanmar*, 30.4.2012.

<sup>48</sup> Cfr. European Union A 276/12, *Joint Statement by EU Representative Catherine Ashton and EU Trade Commissione Karel De Gucht on Burma-Myanmar*, 15.6.2012; *Factsheet – The European Union and Burma/Myanmar – A New Chapter in Bilateral Relations*, 5.3.2013; Council of the European Union, *Council Conclusions on Myanmar/Burma, 3236th Foreign Affairs Council Meeting, Luxembourg*, 22.4.2013.

principio dello Stato di diritto e ad una transizione irreversibile verso la democrazia, ha quindi deciso, alla fine del 2012, di rafforzare la propria presenza in loco verso “a full European Union delegation.”<sup>49</sup> Per tale “full diplomatic mission” dell'Europa,<sup>50</sup> nel maggio 2013 è stato nominato il nuovo capodelegazione, il funzionario europeo Roland Kobia,<sup>51</sup> divenuto “the first-ever EU Ambassador resident in Myanmar” nel settembre 2013, quando la missione europea a Yangon ha formalmente assunto lo status di “full-fledged EU Delegation.”<sup>52</sup>

## 2 Il Parlamento europeo e l'apertura e/o chiusura delle delegazioni dell'Unione: il caso dell'Iran

15. Formalmente, la decisione SEAE non prevede alcun ruolo del Parlamento europeo nell'apertura, o nella chiusura, di una delegazione dell'Unione. Tuttavia, l'istituzione assembleare interviene frequentemente e puntualmente nella gestione delle missioni europee, definite come “the eyes, ears and mouthpiece of the European Union ... in all corners of the world.” Così, nelle relazioni annuali sulla politica estera dell'Unione, il Parlamento europeo, anche in quanto autorità di bilancio insieme al Consiglio dell'Unione, riserva sistematicamente congruo spazio a considerazioni sulle delegazioni. Ciò sia per orientare lo sviluppo e la conduzione delle ambasciate dell'Europa, in modo tale da poter predisporre, in sede di definizione del bilancio, adeguate risorse rispetto alla pianificazione delle strutture diplomatiche della UE, sia per guadagnare spazio e spessore nella conduzione dell'azione internazionale europea, dunque pure della PESC, politica per la quale, formalmente, l'Assemblea non interviene nell'assunzione di strategie e decisioni. Così, nell'ultima Risoluzione sulla relazione annuale del Consiglio europeo sulla PESC, il Parlamento ha chiesto che venisse “riesaminata la distribuzione delle infrastrutture e la dotazione di personale delle delegazioni dell'Unione europea onde garantire che l'efficienza, la visibilità e la rappresentazione dell'Unione nei paesi terzi rifletta le nostre ambizioni politiche e le priorità previste,”<sup>53</sup> sollecitando la discussione della revisione del braccio esterno del SEAE “con la commissione competente del Parlamento europeo, specialmente nei casi in cui i suoi esiti richiedano una redistribuzione delle risorse o la decisione di aprire o chiudere delegazioni nei paesi terzi.”<sup>54</sup> In particolare, l'Assemblea ha “rinnova[to] la sua richiesta di apertura di una delegazione dell'UE in Iran,”<sup>55</sup> caldeggiata dagli eurodeputati anche per supportare il possibile processo di cambiamento che Teheran sta attraversando dopo l'elezione di Hassam Rouhani, leader moderato considerato capace di modernizzare il Paese meridionale dopo il regime repressivo di Ahmadinejad.<sup>56</sup> Oltre che in chiave di stabilità e pacificazione, l'apertura di una missione diplomatica permanente dell'Unione, soprattutto dopo l'accordo raggiunto a Ginevra nel novembre 2013 sul programma nucleare<sup>57</sup> e l'atteso ritiro delle sanzioni,<sup>58</sup> è considerata di

<sup>49</sup> PV(2012) 2028 final, *Minutes of the 2028th Meeting of the Commission Held in Brussels (Berlaymont) on Wednesday 19 December 2012*, Strasbourg, 15.1.2013, a p. 10; v. anche HR DEC(2013) 001, cit.

<sup>50</sup> English Xinhuanet.com, *Opening of EU Office Signals New Chapter of Myanmar-EU Relations*, 28 April 2012.

<sup>51</sup> EEAS, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Head of Delegation to Myanmar/Burma*, 31.05.2013.

<sup>52</sup> Cfr. il messaggio di benvenuto di Roland Kobia, Ambasciatore dell'Unione europea a Myanmar, pubblicato sul sito web ufficiale delle delegazione al link [http://eeas.europa.eu/delegations/myanmar/about\\_us/welcome/index\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/myanmar/about_us/welcome/index_en.htm).

<sup>53</sup> P7\_TA-PROV(2013)0453, *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2013 sulla relazione annuale del Consiglio al Parlamento europeo sulla politica estera e di sicurezza comune (2013/2081(INI))*, par. 17.

<sup>54</sup> *Ibid.*

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

<sup>56</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni dell'eurodeputato Tarja Cronberg, che ha guidato la delegazione del Parlamento europeo nella visita ufficiale in Iran nel dicembre 2013: Tarja CRONBERG, *The Election of A New Iranian President Should Be A Signal for Europe to Review Its Stance Towards Tehran*, in *Theparliament.com*, 5.7.2013.

<sup>57</sup> V. il *Joint Plan of Action* concluso a Ginevra il 24 novembre 2013 tra l'Iran e il cd gruppo E3+3 3 (ossia i tre paesi europei, Gran Bretagna, Francia e Germania, più le altre tre potenze non europee USA, Russia e Cina), il cui testo è disponibile al link [http://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/131124\\_03\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/131124_03_en.pdf). Si sottolinea che, pur non espressamente contemplato nel gruppo E3-3, l'AR ha condotto i negoziati sul programma nucleare iraniano, sino all'accoglimento del testo finale del *Joint Plan of Action*: v. Permanent Delegation of the European Union to the UN Office and Other International Organizations in Geneva, *Iran Nuclear Talks - Agreement in Geneva*, 24.11.2013.

<sup>58</sup> L'Unione europea ha sospeso un primo blocco di misure restrittive nel gennaio 2014. V. decisione 2014/21/PESC del Consiglio del 20 gennaio 2014 che modifica la decisione 2010/413/PESC del Consiglio, concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, in GU L15/22 del 20.1.2014.

rilevante importanza pure in termini economici:<sup>59</sup> l'Iran, infatti, rappresenta un potenziale mercato di 76 milioni di persone con un ottimo livello di istruzione, dotato di buone infrastrutture, estremamente ricco di petrolio e gas, e perfettamente alla portata degli esportatori europei.<sup>60</sup>

#### IV. La figura ed il ruolo del capodelegazione

**16.** La gestione delle attività delle delegazioni dell'Unione è affidata al cd "capodelegazione," figura già presente nella precedente prassi delle missioni della Commissione europea, ora formalmente –seppur non espressamente– inquadrata come funzionario del SEAE nella decisione istitutiva del corpo diplomatico europeo, e contemplata anche in diversi atti di diritto secondario, volti a precisare i poteri che l'*Head of Delegation* può e deve esercitare al fine di garantire una rappresentanza esterna dell'Europa chiara ed unitaria. Riguardo l'affiliazione dell'HoD al SEAE, essa può essere desunta da una lettura congiunta delle rilevanti disposizioni della decisione n. 2010/427/UE con l'art. 221 TFUE. Infatti, l'art. 5, par. 2 della decisione SEAE stabilisce che "ciascuna delegazione dell'Unione è posta sotto l'autorità di un capodelegazione." Raccordando tale disposizione a) con quanto sancito dall'art. 221, par. 2 TFUE, in base al quale l'attività dell'insieme delle missioni diplomatiche europee ricade nella responsabilità dell'AR, b) con il disposto della seconda frase dell'art. 5, par. 2 della decisione SEAE, relativo all'obbligo del capodelegazione di "risponde[re] all'alto rappresentante della gestione complessiva dei lavori della delegazione e del coordinamento di tutte le azioni dell'Unione", e c) con quanto previsto dalla prima frase dell'art. 5, par. 3 del medesimo atto, che codifica il potere dell'AR e del SEAE di inviare "istruzioni" al capodelegazione, per la cui "esecuzione" detta figura "è responsabile," ne deriva necessariamente, anche se solo implicitamente, l'inquadramento del capodelegazione nel SEAE.

**17.** L'insieme dei poteri attribuiti al capodelegazione fa di quest'ultimo una figura centrale per realizzare, mantenere, e promuovere coerenza, efficacia e continuità nell'attività diplomatica dell'Unione, poiché il capodelegazione può e deve correlarsi strettamente e su base continuativa anche con la Commissione europea. Quest'ultima, in virtù dell'autonomia con la quale può organizzare la propria attività in base al diritto primario europeo,<sup>61</sup> e dei poteri ad essa attribuiti sempre dal Trattato per l'attuazione e l'esecuzione delle politiche e degli atti secondari europei<sup>62</sup> come pure del bilancio dell'Unione,<sup>63</sup> ha, naturalmente, rivendicato ed ottenuto, in occasione dell'approvazione della decisione SEAE, la possibilità di mantenere, nello staff delle delegazioni europee, "membri del personale della Commissione", ove, per l'appunto, ciò risulti "opportuno ai fini dell'esecuzione del bilancio dell'Unione e dell'attuazione di politiche dell'Unione che esulano dal mandato del SEAE,"<sup>64</sup> come accade, in particolare, per la programmazione e la gestione degli strumenti finanziari per l'azione esterna,<sup>65</sup> eseguite dalla Commissione

<sup>59</sup> Cfr. S. KHALOOZADEH, *The Logic Behind EU Tehran Office*, in *IDN-InDepth NewsAnalysis*, 8.1.2014.

<sup>60</sup> V. A. RETTMAN, *Member States Want EU Embassy in Iran, MEP Says*, in *EUObserver.com*, 27.12.2013; *Iran Would Review EU Embassy Request*, in *Al-Alam News Network*, 29.12.2013; T. CRONBERG, *EU Doesn't Need A New Approach to Iran - It Just Needs An Approach*, in *The Guardian*, 20.1.2014.

<sup>61</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 248 e 249 TFUE.

<sup>62</sup> V. gli artt. 290 e 291 TFUE.

<sup>63</sup> Secondo quanto disposto dall'art. 317 TFUE.

<sup>64</sup> Art. 5, par. 2, terza frase, della decisione n. 2010/427/UE, i corsivi sono nostri.

<sup>65</sup> Quali lo strumento di cooperazione allo sviluppo (Regolamento (CE) n. 1905/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, che istituisce uno strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo, in GU L378/41 del 27.12.2006), lo strumento per la democrazia e i diritti umani (Regolamento (CE) n. 1889/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo, in GU L386/1 del 29.12.2006), lo strumento europeo di vicinato e partenariato (Regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, in GU L310/1 del 9.11.2006), lo strumento per la cooperazione con i paesi industrializzati (Regolamento (CE) n. 1934/2006 del Consiglio, del 21 dicembre 2006, che istituisce uno strumento finanziario per la cooperazione con paesi e territori industrializzati e con altri ad alto reddito, in GU L405/34 del 30.12.2006), nonché gli altri atti elencati all'art. 9 della decisione SEAE. Si sottolinea che gli strumenti finanziari citati, in scadenza al termine del 2013, verranno sostituiti da nuovi regolamenti il cui iter di approvazione sta per essere completato: cfr., in proposito, European Parliamentary Research

anche attraverso propri funzionari presso le delegazioni dell'Unione. Occorre, infatti, ricordare che una parte sostanziosa dei programmi finanziati dalla UE ricadono nella responsabilità di servizi (come le direzioni generali Allargamento, Aiuto umanitario e protezione civile (ECHO), e Sviluppo e Cooperazione EuropeAid) che trattano materie diverse da quelle di diretta responsabilità del Vice-Presidente della Commissione, nonché Alto Rappresentante della UE, per cui sono posti sotto la responsabilità di altri Commissari. Dunque, per preservare ed esprimere la propria dinamica interna, la Commissione ha voluto mantenere la gestione diretta degli strumenti di finanziamento attraverso membri del proprio personale dislocati presso le delegazioni presenti nei Paesi terzi,<sup>66</sup> che identificano i progetti da finanziare, in stretto coordinamento con gli Stati terzi beneficiari. Inoltre, in virtù delle sue prerogative, confermate dal Trattato di Lisbona, di istituzione deputata ad assicurare “la rappresentanza esterna dell'Unione,”<sup>67</sup> la decisione SEAE prevede che “nei settori in cui esercita i poteri conferitile dai trattati, la Commissione [possa] anche ... impartire istruzioni alle delegazioni, cui è data esecuzione sotto la responsabilità generale del capodelegazione.”<sup>68</sup> Pertanto, l'*Head of Delegation* può ricevere e deve dar seguito anche alle istruzioni della Commissione europea, e ciò nonostante non sia un funzionario di tale istituzione. Si sottolinea, però, che il capodelegazione “risponde [unicamente] all'alto rappresentante della gestione complessiva dei lavori della delegazione e del coordinamento di tutte le azioni dell'Unione,”<sup>69</sup> mentre non vi è alcuna relazione di responsabilità con i Commissari UE, rispetto ai quali il compito del capodelegazione è, più semplicemente e come appena sopra rimarcato, quello di sovrintendere all'esecuzione delle istruzioni impartite dal Collegio alle delegazioni.

**18.** Per evitare conflitti con la disciplina pluridecennale dello Statuto dei funzionari europei, imperniata sul principio cardine del divieto di “chiedere [o] accettare istruzioni” da governi, autorità, organizzazioni o persone “estrane alla istituzione di appartenenza,”<sup>70</sup> si è apportata una apposita modifica a detto Statuto. Il nuovo art. 96 della normativa dedicata ai funzionari UE prevede ora che “[u]n funzionario del SEAE chiamato a svolgere compiti per conto della Commissione nel quadro delle proprie funzioni ricev[a] da quest'ultima istruzioni sull'espletamento di tali compiti, in conformità dell'articolo 221, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.”<sup>71</sup> In tal modo, il capodelegazione, formalmente affiliato del corpo diplomatico europeo, viene ufficialmente inserito nel braccio operativo del Collegio, naturalmente tenendo pienamente conto della natura istituzionale *sui generis* del responsabile di una delegazione dell'Unione: il richiamo all'art. 221, par. 2 TFEU, dunque al fatto che “le delegazioni dell'Unione sono poste sotto l'autorità dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza,” indica evidentemente che la Commissione, nell'impartire istruzioni e compiti a funzionari del SEAE per eseguire le politiche europee, dovrà adeguatamente raccordarsi con l'AR e lo staff del corpo diplomatico della UE, e non, invece, limitarsi ad annunciare direttive al di fuori di ogni possibilità di confronto e discussione. Inoltre, il nuovo art. 96 dello Statuto dei funzionari dell'Unione stabilisce anche che “[i]n deroga all'articolo 11, un funzionario della Commissione che lavora presso una delegazione dell'U-

---

Service, *The Development Cooperation Instrument*, 13 February 2014; European Commission, Development and Cooperation – EuropeAid, *EU Budget and External Cooperation*, 2013, disponibile al link [http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/mff/eu-budget\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/mff/eu-budget_en.htm); Council of the European Union, doc. 15259/13, *Council Adopts the Multiannual Financial Framework 2014-2020*, 2 December 2013.

<sup>66</sup> V., in tal senso, A. IANNIELLO SALICETI, *Commento all'art. 35 TUE*, 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 Simone, Napoli, 2012, pp. 347-355 a p. 349.

<sup>67</sup> V. l'art. 17, par. 1 TUE.

<sup>68</sup> Art. 5, par. 3, seconda frase, della decisione SEAE.

<sup>69</sup> Art. 5, par. 2, seconda frase della decisione SEAE.

<sup>70</sup> V. l'art. 11 del Regolamento n. 31 (CEE) 11 (CEE) relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, in GU 45/1385 del 14.6.1962, da ultimo modificato dal Regolamento (UE) n. 1240/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 che adegua, a decorrere dal 1° luglio 2010, l'aliquota del contributo al regime pensionistico dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione europea, in GU L338/7 del 22.12.2010.

<sup>71</sup> V. Regolamento (UE, Euratom) n. 1080/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità, in GU L311/8 del 26.11.2010.

nione [sia] tenuto a chiedere e ricevere istruzioni dal capo delegazione, in conformità del ruolo previsto per quest'ultimo dall'articolo 5 della decisione 2010/427/UE del Consiglio, del 26 luglio 2010, che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna." Il legislatore europeo ha voluto, così, inequivocabilmente superare ogni eventuale perplessità del personale dell'esecutivo di Bruxelles sul dovere di collaborazione con il responsabile della delegazione, che, come già sottolineato, è stato investito dalla decisione istitutiva del SEAE del compito di garantire il coordinamento di tutte le azioni dell'Unione e di assicurare una gestione "complessiva," dunque coerente, dei lavori della rappresentanza europea, indipendentemente dal fatto che riguardino solo questioni PESC o meno.<sup>72</sup>

**19.** Nel preambolo della decisione SEAE è posta una regola di trasparenza, in base alla quale "quando la Commissione impartirà istruzioni alle delegazioni, essa ne trasmetterà nel contempo una copia al capodelegazione ed all'amministrazione centrale del SEAE,"<sup>73</sup> e si richiede al Collegio ed al SEAE di concordare "le modalità di comunicazione delle istruzioni della Commissione alle delegazioni," nell'evidente intento di scongiurare un abuso dell'esecutivo di Bruxelles del suo diritto a corrispondere direttamente con il proprio staff distaccato presso una rappresentanza dell'Unione, come pure con i funzionari del SEAE "when carrying out tasks for the Commission as part of their duties,"<sup>74</sup> pregiudicando coerenza ed efficacia dell'azione esterna dell'Europa laddove le istruzioni della Commissione risultino in conflitto con l'impostazione del capodelegazione, come definita dall'AR e dal SEAE. I problemi di coordinamento non sono mancati in particolare nella prima fase di assestamento della nuova *governance* delle delegazioni UE: in presenza della costante preferenza del Collegio a trasmettere direttamente le proprie istruzioni ai propri funzionari distaccati presso le missioni europee, ignorando sistematicamente il capodelegazione, diverse sono state le doglianze degli Stati membri.<sup>75</sup> Pertanto, nei *working arrangements* concordati all'inizio del 2012, i servizi della Commissione europea ed il SEAE hanno sottolineato che il Collegio può impartire le proprie istruzioni alle delegazioni solo coinvolgendo pienamente anche il capodelegazione, il quale ha la "overall responsibility" per la loro esecuzione.<sup>76</sup>

**20.** Coerentemente alla responsabilità complessiva per la conduzione della totalità delle attività delle delegazioni dell'Unione, il capodelegazione ha ricevuto poteri amministrativo-finanziari, oltre che per le questioni SEAE, anche per le azioni ricadenti nell'ex primo pilastro. Pertanto, in base all'art. 8 della decisione SEAE, il capodelegazione può ricevere dall'AR la delega ad eseguire il bilancio amministrativo del SEAE relativo alla rappresentanza europea. Parimenti, la Commissione può delegare il Responsabile delle missioni dell'Unione. Infatti, l'art. 5, par. 4 della decisione n. 2010/427/UE stabilisce che "il capodelegazione [dia] esecuzione agli stanziamenti operativi collegati ai progetti dell'Unione nel paese terzo in questione, in caso di sottodelega della Commissione" in conformità del Regolamento finanziario della UE. Quest'ultimo è stato conseguentemente modificato per renderlo coerente con la decisione SEAE, garantendo la necessaria "continuità del funzionamento delle delegazioni dell'Unione e in particolare la continuità e l'efficienza della gestione dell'aiuto esterno da parte delle delegazioni."<sup>77</sup> L'attuale art. 56 del Regolamento finanziario dell'Unione europea prevede, dunque, che la Commissione

<sup>72</sup> Cfr. l'art. 5, par. 2, seconda frase della decisione n. 2010/427/UE.

<sup>73</sup> Considerando n. 13 del preambolo della decisione n. 2010/427/UE.

<sup>74</sup> European Commission, European External Action Service, *Note to the Heads of Delegation – Management of Staff in Delegations*, Brussels, 20.12.2011, p. 2.

<sup>75</sup> Cfr. T. VOGEL, *Ashton on Defensive over EU's Diplomatic Service*, in *Europeanvoice.com*, 5.1.2012, il quale riporta che "[t]he Commission routinely issues direct instructions to Commission staff working in EU delegations instead of routing them through the Head of Delegation".

<sup>76</sup> "[T]he Commission can, through the Head of Delegation, call on EU Delegations to carry out activities related to policy implementation, demarches and policy advocacy on issues of Commission competences (e.g. trade, humanitarian affairs, etc.)," SEC(2012) 48, *Working Arrangements between Commission Services and the European External Action Service (EEAS) in Relation to External Relations Issues*, Brussels, 13.1.2012, a p. 3).

<sup>77</sup> Settimo considerando del Regolamento (UE, EURATOM) n. 1081/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 recante modifica del regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee, relativamente al servizio europeo per l'azione esterna, in GU L311/9 del 26.11.2010.

possa ora “delegare i propri poteri d’esecuzione del bilancio relativamente agli stanziamenti operativi figuranti nella sua sezione ai capi delle delegazioni dell’Unione,” informandone “al contempo l’alto rappresentante.”<sup>78</sup> Naturalmente, laddove agiscono “in qualità di ordinatori sottodelegati della Commissione, i capi delle delegazioni dell’Unione applicano le norme della Commissione in materia di esecuzione del bilancio e sono soggetti agli stessi doveri, obblighi e responsabilità di tutti gli altri ordinatori sottodelegati della Commissione,”<sup>79</sup> e devono, pertanto, collaborare “strettamente con la Commissione con riguardo alla corretta esecuzione dei fondi, al fine di garantire in particolare la legittimità e la regolarità delle operazioni finanziarie, il rispetto del principio della sana gestione finanziaria nella gestione dei fondi e l’efficace protezione degli interessi finanziari dell’Unione.”<sup>80</sup> Pertanto, “in qualità di ordinatori sottodelegati della Commissione”, gli HoD “fanno capo” al Collegio “in quanto istituzione responsabile della definizione, dell’esercizio, della sorveglianza e della valutazione delle loro funzioni e responsabilità di ordinatori sottodelegati.”<sup>81</sup> Nelle parole del Tribunale dell’Unione europea, il rapporto che si viene, così, ad instaurare a seguito della delega dei poteri di esecuzione del bilancio dell’Unione è quello di un “ruolo di assistenza” delle delegazioni dell’Unione alla Commissione, nell’ambito del quale “gli atti adottati in forza dei poteri delegati sono normalmente attribuiti all’istituzione delegante, alla quale spetta difendere in giudizio l’atto di cui trattasi.”<sup>82</sup>

**21.** Tali compiti amministrativo-finanziari si stanno rivelando particolarmente pesanti per i capi-delegazione, dando anche luogo a situazioni di accesa conflittualità da parte dei privati che partecipano alle procedure di aggiudicazione di appalti di beni e servizi nell’ambito dei programmi europei di assistenza esterna, i quali non hanno, a volte, esitato a portare in giudizio anche le stesse delegazioni dinanzi al pilastro giurisdizionale dell’Unione.<sup>83</sup> Le funzioni amministrativo-finanziarie delegate assorbono una notevole parte delle attività degli HoD, a discapito dell’importante ruolo politico e di coordinamento che i responsabili delle missioni europee sono chiamati ad esercitare, e ciò anche in ragione del fatto che i capidelegazione, a seguito dell’istituzione del SEAE, sono spesso diplomatici degli Stati membri, dunque non avvezzi alle procedure burocratiche, in particolare, della Commissione, con inevitabile allungamento dei tempi e maggiori incertezze nella definizione delle decisioni di finanziamento. Pertanto, sia in dottrina che negli ambienti diplomatico-istituzionali, si suggerisce in modo sempre più marcato l’opportunità di intervenire nuovamente sul Regolamento finanziario della UE, per permettere la delega dell’amministrazione finanziaria anche ai vice-capidelegazione e al personale della Commissione, consentendo ai Responsabili delle missioni europee di concentrarsi sui compiti ad essi conferiti, dedicando maggior tempo ed energie all’importante ruolo di coordinamento per un’azione esterna coerente ed efficace delineato dal complessivo quadro giuridico ad essi dedicato dal sistema istituzionale dell’Unione,<sup>84</sup> “facilitando in tal modo la gestione e il buon funzionamento delle delegazioni.”<sup>85</sup>

<sup>78</sup> Regolamento (UE, EURATOM) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012, in GU L298/1 del 26.10.2012.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Art. 67, par. 1 del Regolamento finanziario dell’Unione.

<sup>81</sup> Art. 65, par. 6 del Regolamento finanziario dell’Unione.

<sup>82</sup> Ordinanza del Tribunale del 4 giugno 2012, *Elti d.o.o. c. Delegazione dell’Unione europea in Montenegro*, causa T-395/11, non ancora pubblicata in *Racc.*, ptt. 44 e 62.

<sup>83</sup> Oltre al caso *Elti*, appena richiamato, si ricordano qui Ordinanza del Tribunale del 30 giugno 2011, *Tecnoprocess Srl c. Commissione europea e Delegazione dell’Unione europea in Marocco*, causa T-264/09, in *Racc.*, 2011, p. II-208; Order of the General Court of 13 September 2012, *Diadikasia Symboloi Epicheiriseon AE v. European Commission, EU Delegation to Turkey and Central Finance & Contracts Unit (CFCU)*, case T-369/11, non disponibile nella versione italiana e non ancora pubblicato in *Racc.*

<sup>84</sup> S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote Against Incoherence?*, in *EFA REv.*, 2012, pp 45-68; *Joint letter from the Foreign Ministers of Belgium, Estonia, Finland, France, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Poland and Sweden To the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and Vice President of the European Commission, Catherine Ashton*, 8 December 2011, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/afet/dv/201203/20120321\\_fmletter\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afet/dv/201203/20120321_fmletter_en.pdf).

<sup>85</sup> P7\_TA-PROV(2013)0278, *Raccomandazione del Parlamento europeo del 13 giugno 2013 destinata all’alto rappresentante dell’Unione per la politica estera e di sicurezza/vicepresidente della Commissione europea, al Consiglio e alla Com-*

22. La rilevanza ora assegnata alla figura del capodelegazione trova la sua più significativa espressione in quanto sancito dall'art. 5, par. 8 della decisione SEAE. In base a tale disposizione, infatti, "il capodelegazione è abilitato a rappresentare l'Unione nel paese in cui è accreditata la delegazione, in particolare nella conclusione dei contratti e come parte in giudizio." Il responsabile di una missione europea, pertanto, ha la capacità di compiere dichiarazioni e interventi politici (*démarches*), avviare ed eseguire contatti e dialoghi rappresentando compiutamente l'Unione europea come soggetto internazionale. Oltre che da una copiosissima prassi, la funzione cruciale assegnata ai capidelegazione si evince con la massima chiarezza dalla semplice lettura della disposizione riportata, la quale recita che il capodelegazione è abilitato "in particolare" – e non, invece, "esclusivamente" o "unicamente" – a rappresentare l'Unione per stipulare negozi e agire o resistere nei procedimenti giudiziari nello Stato terzo presso il quale la missione europea è stabilita. L'ampia portata di tale disposizione è confermata dall'esame del contesto nel quale essa è collocata. L'art. 5, par. 8 della decisione SEAE, infatti, va ricordato con il par. 2 della medesima disposizione, ai sensi del quale, come già visto, al capodelegazione è conferita "l'autorità" a guidare la sede diplomatica dell'Unione cui è preposto nell'interesse delle sue attività: l'HoD è, quindi, la figura di vertice di ogni delegazione europea, che meglio può garantire, esprimere e manifestare la coerenza nella rappresentanza internazionale dell'Europa. I significativi poteri attribuiti al capodelegazione per rappresentare l'Unione naturalmente includono una funzione di coordinamento rispetto allo staff della missione europea: l'HoD, che riceve istruzioni dall'AR come pure dalla Commissione, dovrà adoperarsi per far convergere e ricondurre ad unità impostazioni suscettibili di incompatibilità, in modo tale da trasmettere un chiaro e singolo messaggio al Paese terzo o all'organizzazione internazionale presso i quali rappresenta l'Europa. Il capodelegazione potrà certo richiedere a funzionari della missione europea facenti capo alla Commissione o al SEAE di esprimere la posizione dell'Unione, ma detti funzionari non potranno fare dichiarazioni pubbliche non previamente concordate con l'HoD. In particolare, il personale della Commissione distaccato presso una delegazione non potrà dar seguito alle richieste provenienti da Bruxelles laddove divergano dalla sintesi operata dal capodelegazione, che dovrà farsi carico di appianare i contrasti discutendo con gli uffici SEAE e della Commissione, assicurando l'unità della diplomazia dell'Unione.

## V. Il processo di accreditamento del capodelegazione, il titolo di "Ambasciatore", e la sua classificazione nell'ordine protocollare dello Stato accreditatario

23. L'importante e piena funzione rappresentativa del capodelegazione ovviamente trova adeguata considerazione nelle procedure di accreditamento osservate per tale figura di vertice. La prassi post-Lisbona dell'accREDITAMENTO del capodelegazione si inserisce nella pregressa esperienza della Comunità europea, avviata già negli anni '70, e nell'ambito della quale le lettere credenziali dei capi delle missioni della Commissione erano firmate unicamente dal Presidente di tale istituzione europea. Attualmente, la sottoscrizione di dette lettere vede affiancati il Presidente del Consiglio europeo ed il Presidente della Commissione europea, una "doppia firma" che simboleggia l'insieme dell'azione internazionale dell'Unione, nella sua componente di politica "estera" e di politiche "esterne." Solitamente presentate al Presidente dello Stato accreditatario,<sup>86</sup> come pure al Ministro degli affari esteri del Paese ospitante, le *lettres d'agrément* richiedono al Paese terzo di dare credito a tutto ciò che il capodelegazione possa dichiarare a nome dell'Unione europea, secondo la prassi universale delle *letters of credence*.<sup>87</sup> Inoltre, sin dagli anni '80, nelle procedure di accreditamento si richiede che lo Stato terzo conceda "the personal rank and courtesy title of Ambassador" al capodelegazione

missione sulla revisione 2013 relativa all'organizzazione e al funzionamento del SEAE (2012/2253(INI)), par. 19. Su tale raccomandazione cfr. C. DELCOURT, *Suggestions du Parlement européen dans la perspective d'un examen de l'organisation et du fonctionnement du SEAE*, in *RTD Eur.*, 2013, pp. 585-587.

<sup>86</sup> Cfr. ad esempio, *Delegation of the European Union to Belarus, Head of EU Delegation to Belarus Ambassador Maira Mora Handed in the Letters of Credence to the President of Belarus*, 20 September 2011.

<sup>87</sup> "[T]he ... phrase asking that credit may be given to all that the agent may say in the name of his sovereign or government is of universal application. This is what constitutes the essential part of a Letter of Credence", in I. ROBERTS (ED.), *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 62; v. anche J. WOUTERS, S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, a p. 40.

dell'Unione,<sup>88</sup> titolo che viene, ormai, sistematicamente concesso anche dalle organizzazioni internazionali.

**24.** Nella lista diplomatica, l'HoD è inserito dopo gli ambasciatori degli Stati, e non, invece, nella sezione dedicata ad elencare i rappresentanti delle organizzazioni internazionali.<sup>89</sup> In tal modo, lo status *sui generis* dell'Unione europea quale attore diplomatico internazionale viene significato attraverso l'inclusione del capodelegazione nel gruppo degli ambasciatori degli Stati, non parificando, però, in modo completo il primo ai secondi, poiché il posizionamento sistematico del responsabile della delegazione dell'Unione alla fine dell'elenco degli ambasciatori deroga all'ordine di precedenza fissato per i capi delle missioni diplomatiche dall'art. 16 CVRD, basato sulla data e l'ora in cui i capi missione hanno assunto le loro funzioni -data ed ora che, a loro volta, coincidono con la presentazione delle credenziali, oppure con la notifica dell'arrivo del responsabile della delegazione e di una copia della lettera credenziale alle autorità competenti dello Stato accreditatario.<sup>90</sup> Nella Lista diplomatica dell'Australia, ad esempio, David Daly, l'attuale capodelegazione dell'Unione, che ha presentato le proprie credenziali il 10 febbraio 2009, figura dopo Clemencia Forero-Ucros, ambasciatrice della Colombia, le cui credenziali sono state ricevute il 20 febbraio 2013.<sup>91</sup> Tale prassi ha oramai dato vita al principio del congelamento dell'anzianità,<sup>92</sup> una eccezione nell'applicazione della Convenzione di Vienna del 1961 alle relazioni dell'Unione europea con gli Stati terzi che, però, a sua volta, già conosce una deroga. Infatti, il Ministero degli affari esteri del Canada elenca l'Unione europea, in ordine alfabetico, tra le missioni diplomatiche degli Stati; e, conseguentemente, nel proprio ordine protocollare (*order of precedence*) colloca l'Ambasciatore della Delegazione ad Ottawa in ordine cronologico, tra i capi missione degli Stati -più precisamente, Sua Eccellenza Bernhard Matthias Brinkmann, capodelegazione della UE, si trova tra l'ambasciatore dell'Azerbaijan e quello della Mongolia.<sup>93</sup>

**25.** I capidelegazioni vengono nominati dall'AR. Analogamente a quanto accade per i capi delle missioni diplomatiche di uno Stato (cfr. l'art. 4 CVRD), l'Unione deve previamente assicurarsi che la persona che intende accreditare come capodelegazione abbia ricevuto il gradimento dello Stato accreditatario, come puntualizzato nei comunicati stampa predisposti dall'AR per annunciare la designazione dei nuovi ambasciatori dell'UE: "to complete appointments, an accreditation request for a new Head of Delegation is sent to the host country. The selected candidate may take up duty only once accreditation of the host country has been granted and a number of administrative formalities have been completed."<sup>94</sup>

**26.** Il Parlamento europeo avrebbe voluto essere coinvolto a pieno titolo nella designazione dei capi delegazione. Tuttavia, l'Assemblea non ha ottenuto l'inserimento di una regola *ad hoc* nel testo finale della Decisione istitutiva del SEAE, anche se nella Dichiarazione sulla responsabilità politica presentata dall'Alto Rappresentante al Parlamento europeo, Catherine Ashton si è impegnata a

<sup>88</sup> P. DE SCHOUTHEETE, S. ANDOURA, *The Legal Personality of the European Union*, Working Paper European Affairs Program, Egmont Royal Institute for International Relations, 2007, a p. 7; Véronique Dimier, Mike McGeever, *Diplomats Without a Flag: The Institutionalization of the Delegations of the Commission in African, Caribbean and Pacific Countries*, in *JCMS*, 2006, pp. 483-505, a p. 496.

<sup>89</sup> Cfr., ad esempio, Commonwealth of Australia - Department of Foreign Affairs and Trade, *Diplomatic List and List of Representatives of International Organisation*, February 2013.

<sup>90</sup> V. l'art. 13 CVRD.

<sup>91</sup> V. Commonwealth of Australia - Department of Foreign Affairs and Trade, *Diplomatic List and List of Representatives of International Organisation*, cit., a p. 15.

<sup>92</sup> "Principle of freezing of seniority," come espresso da J. WOUTERS, S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, a p. 44.

<sup>93</sup> Cfr. Foreign Affairs and International Trade Canada, *Office of Protocol - Foreign Representatives in Canada*, in <http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/repr.aspx>.

<sup>94</sup> European Union, Press Release A 304/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Heads of EU Delegations to Peru and Serbia*, 7.6.2013; European Union, Press Release A 319/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints 12 New Heads of EU Delegations*, 14.7.2013; European Union A 340/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Chair of the Political and Security Committee, a New Head of Delegation/EU Special Representative to Afghanistan and New Heads of Delegations to Mauritania and Sierra Leone*, 21.7.2013.

“risponder[e] affermativamente a richieste del Parlamento europeo affinché i capi delegazione ... nominati in paesi e organizzazioni che il Parlamento ritenga strategicamente importanti compaiano dinanzi all'AFET [Commissione affari esteri dell'Assemblea di Strasburgo] per uno scambio di punti di vista (diverso dalle audizioni) prima di assumere le proprie funzioni”, e a “facilit[are] la presenza dei capi delegazione ... nelle commissioni e sottocommissioni parlamentari competenti in modo che forniscano informazioni regolari.”<sup>95</sup>

## VI. Le funzioni delle delegazioni dell'Unione

**27.** La disamina delle attività delle delegazioni rivela una gamma estremamente ampia di rilevanti compiti ed azioni, che dimostra capacità organizzativa –pur perfettibile e migliorabile- da parte del SEAE, delle istituzioni dell'Unione, come pure degli Stati membri, i quali hanno saputo trasformare “a few words in the Lisbon Treaty into a global foreign policy service.”<sup>96</sup> In particolare, l'esercizio del diritto di legazione attivo dell'Unione presenta molte affinità con le funzioni classicamente svolte dalle ambasciate, e dai consolati, degli Stati.<sup>97</sup> Pertanto, esso si presta ad essere illustrato seguendo la categorizzazione che l'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche fa delle funzioni delle missioni statali,<sup>98</sup> disposizione il cui elenco di attività diplomatiche pare proprio sistematicamente ispirare la presentazione del ruolo delle delegazioni dell'Unione nei rispettivi siti internet ufficiali.<sup>99</sup>

**28.** Come già considerato, e come si continuerà ad illustrare nei paragrafi seguenti, conformemente al dettato dell'art. 221 TFUE, le delegazioni rappresentano l'Unione presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali –si tratta della funzione di rappresentanza contemplata dalla lett. a) dell'art. 3, par. 1, della CVRD, che elenca tra i compiti di una missione diplomatica quella di “rappresentare lo Stato accreditante presso lo Stato accreditario.” Le rappresentanze europee, infatti, costituiscono il collegamento permanente dell'Unione con lo Stato terzo o l'ente intergovernativo. Esse assicurano, così, la piena partecipazione dell'Unione alla vita internazionale, e pure interna, dello Stato accreditario, approntando contatti strutturati e sistematici con gli organi nazionali competenti per le questioni sia internazionali che interne. Oltre a presentare ufficialmente le dichiarazioni di politica estera dell'Unione alle autorità preposte del Paese terzo, le delegazioni intervengono, quindi, con note e documenti in questioni interne dello Stato ospite, in particolar modo sotto il profilo dei diritti fondamentali. Ad esempio, nell'ambito della lotta dell'Unione europea per l'abolizione della pena di morte, si ricordano qui le numerose lettere inviate dal Capo della delegazione dell'Unione presso gli Stati Uniti d'America alle autorità degli Stati federati, attraverso le quali sono rivolti appelli umanitari a favore dei condannati all'esecuzione capitale.<sup>100</sup> Inoltre, le delegazioni rappresentano l'Unione presso le organizzazioni internazionali, rispetto alle quali la UE può essere membro od osservatore, partecipando ai lavori dei vari organi intergovernativi, presentando le posizioni europee, e, laddove l'Europa ne abbia il diritto, manifestando il voto dell'Unione.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> Adozione della decisione del Consiglio che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) - (2010/C 210/01) - Progetto di dichiarazione dell'Alta rappresentante sulla responsabilità politica, in GU C210/1 del 3 agosto 2010, par. 5 e 7; v. anche Leendert Erkelens, Steven Blockmans, *Setting up the European External Action Service: An Institutional Act of Balance*, CLEER Working Papers 2012/1.

<sup>96</sup> Catherine Ashton, *Foreword*, in *EEAS Review*, Bruxelles, July 2013, a p. 1.

<sup>97</sup> V. E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit., pp. 133 ss.; M. MELLONI, *Commento all'art. 221 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 Simone, Napoli, 2012, pp. 1644-1647.

<sup>98</sup> Per una disamina di tale disposizione v. A. TANZI, *Relazioni diplomatiche*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, vol. XIII, UTET, 1996, pp. 122-147.

<sup>99</sup> V. <http://eeas.europa.eu/delegations/>

<sup>100</sup> Da ultimo v. *Georgia v. Warren Lee - EU Letter to Georgia Governor Nathan Deal*, Feb 13, 2013, riportata insieme alle altre iniziative della delegazione di Washington D.C. in <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human-rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/>; v. anche EEAS, *Background: The Death Penalty and the EU's Policy on its Abolition*, July 2013.

<sup>101</sup> Su questo aspetto v. *infra* il par. VIII.

**29.** Le delegazioni proteggono, inoltre, gli interessi dell'Unione -naturalmente anche sotto il profilo della promozione dei valori dell'azione esterna europea, come la promozione del diritto internazionale e dello sviluppo sostenibile, l'eliminazione della povertà e la tutela dei diritti fondamentali, codificati agli artt. 3, par. 5 e 21 TUE- attraverso un'attività di controllo del rispetto degli accordi internazionali sottoscritti insieme allo Stato accreditatario, come pure dei programmi di cooperazione ed assistenza esterna finanziati con fondi europei. Le delegazioni dell'Unione svolgono un ruolo fondamentale nell'attuazione dell'assistenza esterna (*external assistance*), in particolare a seguito della devoluzione operata dalla Commissione europea nel 2000 per far sì che l'azione dell'Unione fosse più rapida ed efficiente.<sup>102</sup> Le delegazioni, infatti, sono ora più strettamente coinvolte nella programmazione e nella gestione dei progetti dal loro avvio sino al loro pieno completamento, in costante contatto con l'ufficio di cooperazione EuropeAid, il quartier generale del SEAE a Bruxelles e le autorità locali, nel quadro delle regole fissate dall'Unione. Inoltre, le delegazioni possono assumere un ruolo guida nel coordinamento sul campo delle varie forme di assistenza, siano dette forme bilaterali, dunque tra Unione e Paese terzo, o multilaterali, e perciò con la presenza di enti intergovernativi e/o ONG, al fine di accrescere le sinergie tra i vari programmi e le varie risorse di aiuto allo sviluppo disponibili, nonché la visibilità stessa dell'Unione. A seconda del Paese terzo interessato, l'assistenza coordinata dalle delegazioni può spaziare dal tradizionale aiuto allo sviluppo ad aree come l'educazione e la salute, l'assistenza umanitaria, il supporto per la democrazia ed i diritti fondamentali, lo sminamento e la ricostruzione, anche a livello di *capacity building* istituzionale.<sup>103</sup> Le attività testé richiamate possono essere ricondotte alle funzioni di cui alle lettere b) ed e) dell'art. 3, par. 1 CVRD, in base alle quali una missione diplomatica deve "proteggere nello Stato accreditatario gli interessi dello Stato accreditante e dei suoi cittadini," e "promuovere relazioni amichevoli e sviluppare relazioni economiche, culturali e scientifiche fra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario." Riguardo la tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione, essi risultano certamente protetti dall'attività della delegazione volta a far rispettare gli accordi internazionali stipulati dal Paese terzo, o facenti capo ad una data organizzazione (come gli accordi sulla liberalizzazione degli scambi dell'Organizzazione mondiale del commercio), laddove il miglioramento della loro posizione di operatori economici o consumatori costituisca il risultato della corretta esecuzione degli impegni pattizi sottoscritti. Sempre con riferimento ai cittadini europei, si richiama qui, la competenza delle delegazioni in materia di protezione consolare, illustrata *infra*.<sup>104</sup>

**30.** Si sottolinea, poi, che la gestione della fitta rete di accordi e dei numerosi programmi di cooperazione finanziati dall'Unione, oltre ad attestare la capacità delle delegazioni di promuovere relazioni amichevoli e sviluppare relazioni economiche, realizza forme di collaborazione nel campo culturale e scientifico, data l'ampiezza degli accordi sottoscritti, come pure l'estensione dei temi suscettibili di beneficiare dei contributi europei.<sup>105</sup> Inoltre, la promozione di relazioni amichevoli e cooperazione è evidenziata come una precisa finalità delle delegazioni dell'Unione nello stesso Preambolo degli accordi bilaterali su privilegi e immunità della sede e dei funzionari europei, ove il Paese ospitante e l'Unione si dichiarano "[d]esirous of further strengthening and developing the friendly relations and cooperation between [the third country] and the European Union and the European Atomic Energy Community."<sup>106</sup>

<sup>102</sup> V. SEC(2000) 814/5, *Communication to the Commission on the Reform of the Management of External Assistance*, Brussels, 16.5.2000.

<sup>103</sup> S. BARTELT, *The Institutional Interplay Regarding the New Architecture For the EC's External Assistance*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 655-679.

<sup>104</sup> Par. X.

<sup>105</sup> Si consideri, solo per fare un esempio, l'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, formato da 337 articoli suddivisi in 13 titoli con 14 allegati, che include la cooperazione nel settore della ricerca e dello sviluppo tecnologico, come pure molteplici aspetti dei rapporti tra liberalizzazione degli scambi e tutela della diversità culturale: v. Decisione del Consiglio, del 31 maggio 2012, n. 2012/735/UE, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, in GU L354/1 del 21.12.2012.

<sup>106</sup> *Model Agreement between the Government of [the Kingdom/Republic of] XXX, the European Union, and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in [idem] XXX*, secondo considerando del Preambolo.

**31.** Riguardo la competenza delle missioni diplomatiche a “negoziare con il governo dello Stato accreditario,” contemplata dalla lett. c) dell’art. 3, par. 1 CVRD, si può sostenere che le delegazioni, in particolare nella persona del capodelegazione, possono negoziare, o, comunque, svolgere attività di supporto ai negoziati, con il Paese terzo –contribuendo all’attività della Commissione europea oppure dell’AR, conformemente a quanto stabilito dall’art. 218 TFUE, unitamente agli artt. 17 e 27 TUE- sia in riferimento a specifici strumenti pattizi, sia, più in generale, nella redazione di atti politici e di pianificazione, quali, in particolare, i *country strategy papers* pluriennali, i documenti elaborati dall’Unione rispetto a diversi Paesi terzi, per definire settori, obiettivi e tempistica di cooperazione e progetti, per la cui definizione il ruolo svolto dalle rappresentanze europee è di notevole valore.

**32.** Vi è, infine, la funzione codificata alla lett. d) dell’art. 3, par. 1 CVRD, in base alla quale le missioni diplomatiche hanno il compito di “informarsi con tutti i mezzi leciti delle condizioni e dello sviluppo degli avvenimenti nello Stato accreditario e farne rapporto allo Stato accreditante.” La funzione diplomatica di informazione rientra tra le originarie finalità delle prime rappresentanze della Commissione europea presso i Paesi terzi. Infatti, come sottolineato dalla rara dottrina sul tema, “[t]he first delegation in the history of the European communities ... opened in 1954 in London by the European Coal and Steel Community (ECSC) ... was originally designed to serve merely as an information and communications office of the ECSC.”<sup>107</sup>

**33.** Alla tradizionale corposa documentazione sulla situazione dei Paesi terzi essenzialmente di natura economica, per consentire alla Commissione la relativa programmazione degli strumenti di finanziamento europei, nonché la predisposizione di accordi commerciali, si affianca un’attività di informazione sempre più politica e di politica estera,<sup>108</sup> relativa al rispetto, da parte del Paese terzo, della politica di condizionalità dell’Unione sui diritti fondamentali, alle questioni di sostenibilità e di *governance* riflesse nelle rilevanti clausole degli accordi promossi dalla UE,<sup>109</sup> nonché nei requisiti richiesti dagli atti unilaterali europei per accedere ai benefici economici in essi contemplati.<sup>110</sup> In particolare, sin dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le delegazioni dell’Unione, sostituendosi al ruolo svolto dalla Presidenza dell’Unione nel coordinamento tra la missione europea e le ambasciate degli Stati membri nei rapporti con lo Stato terzo ospitante, hanno intensificato la loro attività di comunicazione ed informazione anche attraverso il sistema COREU (*COR-respondance Européenne*), il network di scambio di informazioni confidenziali di politica estera stabilito nel 1973 e gestito dal Segretariato generale del Consiglio dell’Unione, che rappresenta un centro imprescindibile per l’acquisizione di analisi e dati per l’elaborazione delle politiche europee sul piano internazionale,<sup>111</sup> i cui messaggi equivalgono, ad avviso dello stesso Consiglio, “a telegrammi diplomatici.”<sup>112</sup>

**34.** Inoltre, la creazione del SEAE ha rinnovato e rafforzato il compito delle delegazioni UE nella preparazione di “political reports,” di resoconti sulla situazione politica del Paese nel quale sono collocate o delle organizzazioni internazionali presso le quali sono stabilite. Si tratta di un’attività av-

<sup>107</sup> M. BRUTER, *Diplomacy without a State: The External Delegations of the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 1999, pp. 183-205, a p. 183.

<sup>108</sup> E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit., pp. 176 ss.

<sup>109</sup> V. A. DI MARCO, *Le clausole di condizionalità politica alla luce degli accordi di associazione – Il recente caso siriano*, Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2011/n. 31, Maggio 2011; S. ANGIOI, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell’Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006.

<sup>110</sup> Cfr. ad esempio, il Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all’applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, in GU L303/1 del 31.10.2012; in dottrina v., anche in riferimento all’attività pattizia europea, T. TAKÁCS, *Human Rights in Trade: the EU’s Experience with Labour Standards Conditionality and its Role in Promoting Labour Standards in the WTO*, in J. E. WETZEL (Ed.), *The EU as a “Global Player” in Human Rights?*, Routledge, London, 2011, pp. 97-112.

<sup>111</sup> F. BICCHI, C. CARTA, *The COREU/Courtesy Network and the Circulation of Information within the EU Foreign Policy*, RECON Online Working Paper 2010/01.

<sup>112</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 luglio 2001, *Olli Mattila c. Consiglio dell’Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Causa T-204/99, in *Racc.*, 2001, p. II-2265, par. 49.

viata successivamente alla creazione della figura istituzionale dell'Alto Rappresentante, introdotta dal Trattato di Amsterdam, nuova carica che, inevitabilmente, implicava la necessità di ricevere su base costante adeguate relazioni sulla situazione *in loco* da parte delle delegazioni europee. Con il Trattato di Lisbona e l'istituzione del SEAE, alle delegazioni viene ora richiesto un impegno più assiduo e approfondito nella redazione dei *political reports*, che devono affiancare l'analisi politica a raccomandazioni per la formulazione delle future determinazioni europee, in merito a singoli eventi come pure a situazioni generali di ampio respiro. In base alle indicazioni dell'attuale AR, i *political reports* devono essere stringati (anche una sola pagina), andare dritti al cuore della questione affrontata, ed avere una cadenza settimanale. Pur ricadendo nella responsabilità formale dei Capi delegazione, che li sottoscrivono, il lavoro sui resoconti politici in oggetto rientra essenzialmente nell'attività dei consiglieri politici delle delegazioni, un profilo professionale introdotto nel 2005, e che ora caratterizza la maggior parte delle missioni dell'Unione, le quali attualmente dispongono di almeno un consigliere politico nel team che compone la rappresentanza dell'Unione. Tali esperti delle delegazioni devono operare in stretto contatto con gli attori politici locali -inclusi le organizzazioni non governative e i diplomatici degli Stati membri presso i Paesi o gli enti intergovernativi interessati. Il contenuto dei *political reports*, però, non deve essere di certo concertato con le ambasciate nazionali degli Stati UE: detti *reports*, infatti, sono volti a fornire analisi e input al SEAE, per l'elaborazione di proposte e iniziative europee che risultino convincenti e capaci di attrarre il consenso dei Paesi membri riguardo l'azione internazionale dell'Unione.<sup>113</sup>

**35.** Nonostante le risorse limitate, anche a causa della difficile congiuntura economica –in totale, le delegazioni dell'Unione possono disporre di 1960 funzionari facenti capo al SEAE, 3500 unità facenti capo alla Commissione, nonché di 1137 agenti locali-, le rappresentanze europee devono anche assistere le istituzioni dell'Unione, “in particolare il Parlamento europeo, nei loro contatti con le organizzazioni internazionali o i paesi terzi presso cui le delegazioni sono accreditate” (art. 5, par. 7 della decisione SEAE). Il supporto logistico e l'assistenza da prestare alle istituzioni europee sono, evidentemente, volti a consentire a tutti gli attori istituzionali del processo di integrazione europea di avere contezza ed accesso diretto alle questioni e situazioni internazionali di interesse per la loro attività, in modo tale da contribuire alla definizione di un'azione esterna dell'Unione piena, coerente ed efficace. L'espresso richiamo al Parlamento europeo è dovuto a) alla particolare importanza che l'istituzione assembleare ha, in quanto autorità di bilancio insieme al Consiglio dell'Unione, per l'approvazione delle spese necessarie anche al funzionamento delle delegazioni, e b) al significativo potenziamento della sua partecipazione all'azione internazionale dell'Unione, a partire dalla conclusione di accordi internazionali, rispetto ai quali, oramai, in base all'art 218 TFUE, l'Assemblea è pressochè costantemente chiamata ad esprimere la sua preventiva approvazione.<sup>114</sup> Detti, marcati, tratti istituzionali, unitamente alla costante ricerca di un incisivo controllo sulle politiche esterne ed estera dell'Unione, hanno, peraltro, consentito al Parlamento europeo, di ottenere la possibilità di richiedere l'audizione dei capidelegazione, dei Rappresentanti speciali dell'Unione europea, e di alti funzionari del SEAE dinanzi alle proprie Commissioni.<sup>115</sup>

## VII. La “stretta cooperazione” con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri

**36.** L'art. 221, par. 2 TFUE prevede che le delegazioni dell'Unione “agisc[a]no in stretta cooperazione con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri.” Si tratta di un obbligo richiamato dall'art. 35 TUE con specifico riferimento alla collaborazione tra gli enti appena citati “al fine di garantire

<sup>113</sup> F. BICCHI, *The European External Action Service: A Pivotal Actor in EU Foreign Policy Communications?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 81-94.

<sup>114</sup> Cfr. su tale aspetto E. BARONCINI, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 5-37, pp. 15 ss.

<sup>115</sup> V. *Progetto di dichiarazione dell'Alta rappresentante sulla responsabilità politica - Adozione della decisione del Consiglio che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) (2010/C 210/01)*, in C 210/1 del 3.8.2010, par. 5 e 7; K. RAUBE, *The European External Action Service and the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 65-80.

il rispetto e l'attuazione" delle decisioni PESC –collaborazione per la cui realizzazione le rappresentanze nazionali ed europee presso Stati terzi, conferenze ed organizzazioni internazionali devono “intensificare” gli “scambi di informazioni” e le “valutazioni comuni”<sup>116</sup> che viene reiterato e puntualizzato dall'art. 5, par. 9 della decisione SEAE, il quale ribadisce il dovere delle delegazioni di “condivid[ere] le informazioni con i servizi diplomatici degli Stati membri.” Tale obbligo reciproco costituisce una espressa articolazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3 TUE, un principio tradizionale del processo di integrazione europea che è stato particolarmente valorizzato dal Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, infatti, lo ha inserito nelle disposizioni iniziali del Trattato sull'Unione europea, le quali enunciano le politiche e gli ambiziosi obiettivi dell'Europa, ponendolo inequivocabilmente quale principio strutturale dell'ordinamento giuridico della UE, rivolto al contempo agli Stati membri e alle istituzioni europee, che devono rispettarsi e assistersi “reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.”

**37.** Con specifico riferimento alla relazioni esterne dell'Unione, il “principle of sincere cooperation,” come anche viene espresso il principio di leale collaborazione, indica lo spirito di cooperazione costruttiva che deve guidare gli attori della politica internazionale dell'Europa, essendo le relazioni esterne e la politica estera dell'Unione settori, oltre che strategici, molto delicati sotto il profilo istituzionale per dare concreta unità, efficacia e coerenza all'azione della UE al tempo stesso individuando costantemente adeguate forme di pieno coinvolgimento degli Stati membri nella conduzione dell'attività europea.<sup>117</sup> Riguardo, più puntualmente, alla “diplomatic cooperation” che deve caratterizzare i rapporti tra delegazioni dell'Unione ed ambasciate e consolati degli Stati membri, detta cooperazione si articola su due livelli di collaborazione, vale a dire a) la condivisione delle capacità diplomatico-consolari, e b) quella delle risorse logistiche.<sup>118</sup>

**38.** Il primo profilo della cooperazione tra rappresentanze europee e missioni nazionali, quello della condivisione delle capacità diplomatico-consolari, viene, naturalmente, attuato attraverso una intensa concertazione e un forte coordinamento tra le strutture dell'Unione e quelle degli Stati membri. Richiamando e rinviando anche alle considerazioni che si svolgeranno a proposito delle delegazioni presso le organizzazioni internazionali,<sup>119</sup> nonché quanto verrà presentato nel paragrafo dedicato alla protezione consolare,<sup>120</sup> si sottolinea qui che, in linea di principio, pur non mancando situazioni di insufficienza e di attrito, la collaborazione tra le delegazioni dell'Unione e le missioni degli Stati membri si svolge in modo positivo e si consolida nel tempo. I vertici delle sedi estere della UE si consultano sistematicamente con le autorità diplomatiche degli Stati membri, coordinandosi a livello di ambasciatori in merito ad ogni questione politica, coinvolgendo i gruppi di lavoro a Bruxelles laddove non sia possibile individuare convergenze *in loco*.

**39.** Naturalmente, il ruolo di coordinamento e di rappresentanza delle delegazioni dell'Unione risulta notevolmente semplificato nelle sedi geograficamente decentrate interessate da temi politici di minore importanza, ove i diplomatici nazionali hanno spesso uno status non prominente, mentre il capo-delegazione gode di alta considerazione presso le autorità locali. Per l'ipotesi in cui entrino in gioco interessi speciali di questo o quello Stato membro, però, il coordinamento con le delegazioni dell'Unione diviene meno semplice, come accade nelle maggiori capitali diplomatiche, ove nessun Paese della UE rinuncia ad una significativa presenza –ad esempio a Washington D.C., New York, Ginevra.

<sup>116</sup> Cfr, l'art. 35, seconda frase, TUE.

<sup>117</sup> Su tale principio v. F. CASOLARI, *The Principle of Loyal Co-operation: A “Master Key” for EU External Representation?*, in S. BLOCKMANS, R. A. WESSEL (EDS.), *Principles and practices of EU External Representation*, CLEER Working Papers 2012/5, pp. 11-35; G. DEBAERE, “O, where is faith? O, where is loyalty?” - *Some Thoughts on the Duty of Loyal Co-operation and the Union's External Environmental Competences in the Light of the PFOS Case*, in *ELR*, 2011, pp. 405-419; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; E. NEFRAMI, *The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations*, in *CML Rev.*, 2010, pp. 323-359.

<sup>118</sup> “The term ‘diplomatic cooperation’ covers two main levels of local cooperation: the sharing of diplomatic facilities and the sharing of diplomatic capabilities.” Così P. PACZOLAY, *Article 35 TEU - Coordination Among Member States' Diplomatic and Consular Missions*, in H. -J. BLANKE, S. MANGIAMELI (EDS.), *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2013, pp. 1107-1118, a p. 1108.

<sup>119</sup> V. *infra* il par. VIII.

<sup>120</sup> Si tratta del par. X.

**40.** Riguardo le comunicazioni e la redazione di rapporti, spesso si riscontra un maggiore flusso dalle delegazioni dell'Unione alle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, una asimmetria che, comunque, contribuisce a promuovere posizioni convergenti tra la UE ed i suoi Paesi. Indubbiamente, occorre potenziare i sistemi di trasmissione e condivisione di dati ed informazioni che garantiscano la doverosa confidenzialità, oltre alla più piena diffusione, delle notizie negli ambienti diplomatici, come pure individuare più puntuali meccanismi di coordinamento che permettano di ricordare regolarmente le risorse e le professionalità delle ambasciate nazionali e delle delegazioni dell'Unione per redigere relazioni, operare complete rassegne stampa e tenere gli opportuni contatti con gli organi di informazione.<sup>121</sup>

**41.** Certo anche sulla spinta delle ristrettezze dei bilanci pubblici che caratterizza l'attuale congiuntura economica, il secondo livello della cooperazione tra delegazioni e missioni degli Stati membri, quello sulle risorse logistiche, risulta caratterizzato, in particolar modo, dalla scelta dei funzionari europei e di quelli nazionali di condividere fisicamente i locali dei loro uffici presso i Paesi terzi. Sono considerate molto positive le esperienze di "physical co-location of missions" in Etiopia e Yemen, indicate anche come "Europe Houses."<sup>122</sup> Ad Addis Abeba, infatti, l'ambasciata del Lussemburgo è ospitata presso i locali della delegazione dell'Unione, in base ad un Memorandum sottoscritto dal SEAE con il governo lussemburghese il 22 maggio 2012.<sup>123</sup> Simile soluzione è stata adottata dalla Spagna, che ha scelto di collocare la propria missione diplomatica presso lo Yemen nell'edificio della delegazione dell'Unione a Sana'a, sempre in ossequio ad un Memorandum tra il governo spagnolo ed il Servizio europeo per l'azione esterna.<sup>124</sup> Più risalente nel tempo è, invece, la "Umoja House" a Dar es Salaam, in Tanzania, nella quale sono installate, oltre alla delegazione dell'Unione, anche le ambasciate di Gran Bretagna, Olanda e Germania.<sup>125</sup>

**42.** Mentre si prevede l'aumento delle collocazioni congiunte pianificate di missioni nazionali ed europee, si segnala qui la proficua soluzione scelta in occasione delle recente crisi siriana, allorchè gli uffici delle missioni nazionali, in particolare i funzionari consolari, sono stati trasferiti nell'edificio della delegazione dell'Unione europea a Damasco, facendo di quest'ultima un importante e strategico avamposto diplomatico per monitorare costantemente la difficile situazione nel Paese mediorientale, e per coordinare gli aiuti ed i rimpatri dei cittadini dell'Unione.<sup>126</sup> Inoltre, vanno affermandosi intese logistiche molto più limitate, volte semplicemente a consentire l'uso dei locali di una delegazione UE da parte di un singolo agente nazionale. E' il fenomeno dei cd "laptop diplomats," verificatosi, ad esempio, per l'Ambasciatore britannico presso il Marocco, che è anche Ambasciatore non residente presso la Mauritania, ed attualmente usa un locale della delegazione dell'Unione a Nouakchott quando abbia l'esigenza di svolgere in loco il proprio lavoro di rappresentanza del Regno Unito, e in riferimento al quale la Finlandia sta negoziando con il SEAE per piazzare un proprio diplomatico presso la delegazione dell'Unione a Bogotà.<sup>127</sup>

<sup>121</sup> Cfr. European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B - Policy Department, *Union Delegations in Bilateral and Multilateral Settings*, in *The Organisation and Functioning of the European External Action Service: Achievements, Challenges and Opportunities*, Bruxelles, 2013, pp. 62-82, alle pp. 70-76 e 78-79.

<sup>122</sup> Cfr. Juliette Coin, Katinka Koke, *Interview with David O'Sullivan, Chief Operating Officer of the European External Action Service*, College of Europe, 25.4.2013.

<sup>123</sup> V. European Union Committee of the House of Lords, *The EU's External Action Service*, 11th Report of Session 2012-13, 19 March 2013, a p. 22.

<sup>124</sup> EEAS Press Release, *EEAS and Spain Sign Memorandum of Understanding to Establish Spanish Embassy on Premises of EU Delegation to Yemen*, 10.12.2012-

<sup>125</sup> V. R. BALFOUR, K. RAIK, *EU Delegations: Revolutionizing EU Foreign Policy in the Field?*, in *Equipping the European Union for the 21st Century – National Diplomacies, the European External Action Service and the Making of EU Foreign Policy*, FIIA Report 36, FIIA Occasional Report 1, Helsinki, 2013, a p. 47.

<sup>126</sup> C. ADAMO, *Workshop Summary*, in European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B, Policy Department, *The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for EU Citizens*, Brussels, 2013, a p. 8.

<sup>127</sup> K. RAIK, T. RANTANEN, *Managing the Decline of European Diplomacy - More Burden-Sharing in the EU Is Needed to Counter the Cuts in National Foreign Services*, FIIA Comment no. 4/2013.

43. L'attività di coordinamento tra le missioni diplomatiche degli Stati membri e le delegazioni dell'Unione indubbiamente è particolarmente intensa nelle rappresentanze presso le organizzazioni internazionali, *in primis* nell'ambito della sede del Palazzo di vetro a New York. La procedura di coordinamento tra Unione e Stati membri che precede le sessioni dell'Assemblea generale dell'ONU, nonché le riunioni del Consiglio di sicurezza e gli incontri di diverse importanti commissioni delle Nazioni Unite, come quella sullo sviluppo sostenibile, è volta a mettere a punto e a comunicare la posizione dell'Unione in tali, rilevanti, consessi internazionali, ed ha come suo perno centrale, logistico e decisionale, proprio la delegazione dell'Unione presso l'ONU a New York, delegazione che è incaricata, al termine del processo di coordinamento, di presentare e difendere la posizione europea nelle sessioni dell'Assemblea generale e nelle riunioni degli altri organi delle Nazioni Unite.<sup>128</sup>

### VIII. Le delegazioni dell'Unione europea presso le organizzazioni internazionali

44. Sono otto le delegazioni dell'Unione presso le organizzazioni internazionali: a Ginevra, dove dal gennaio 2011 la UE ha due rappresentanze, una presso l'Organizzazione mondiale del commercio, ed una presso le Nazioni Unite e gli altri enti intergovernativi aventi sede nella città svizzera –si tratta di uno sdoppiamento e di un potenziamento della delegazione unica aperta originariamente nel 1964 dalla Commissione europea, al fine di interagire con tutte le organizzazioni internazionali ginevrine; a New York, in cui, già nel 1974, la Commissione europea ha trasformato il suo semplice ufficio informazioni in delegazione presso il Palazzo di vetro dell'ONU; a Parigi, che dal lontano 1964 ospita la delegazione presso l'OCSE e poi l'UNESCO; a Roma, nella quale è stabilita la delegazione presso la Santa Sede, l'Ordine di Malta e gli istituti specializzati dell'ONU ubicati nella capitale italiana –dunque l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), il Programma mondiale per l'alimentazione (WFP), il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (IFAD); a Vienna, dove dal 1979 vi è la rappresentanza europea presso le diverse organizzazioni internazionali aventi sede nella città austriaca -tra le quali l'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA), l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga ed il crimine (UNODC), l'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo sviluppo industriale (UNIDO), e l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE)- oltre che presso i vari, importanti, enti ivi stabiliti -come la Commissione preparatoria per l'Organizzazione del Trattato per il divieto completo dei test nucleari (CTBTO), l'Organizzazione dei Paesi esportatori di petrolio (OPEC), e l'Intesa di Wassenaar sul controllo delle esportazioni di armi convenzionali e di beni e tecnologie a doppio uso (*Waassenaar Arrangement*); ad Addis Abeba, che ospita la rappresentanza UE presso l'Unione africana, istituita nel gennaio 2008; e, da ultimo, a Strasburgo, ove l'Unione ha aperto la propria delegazione presso il Consiglio d'Europa il 1 settembre 2010.

45. Laddove l'Unione non abbia una rappresentanza ad hoc presso un ente intergovernativo, la delegazione europea situata nel Paese terzo nel quale ha sede un'organizzazione internazionale ha spesso il compito di coordinare le relazioni dell'Europa con l'organizzazione in questione; infine, per l'ipotesi in cui vi siano dei dialoghi politici strutturati tra gli Stati membri dell'Unione ed un gruppo di Paesi terzi facenti capo alla regione nella quale è stabilita una delegazione europea, quest'ultima può essere chiamata a coordinare detti dialoghi politici. Così, nel settembre 2005 la Commissione europea ha stabilito a Montreal, nell'ambito della struttura organizzativa della sua delegazione in Canada, un ufficio presso l'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (*International Civil Aviation Organization*, ICAO), l'istituto specializzato delle Nazioni Unite la cui attività riguarda anche il miglioramento della sicurezza e dell'efficienza dell'aviazione civile, nonché la riduzione delle emissioni di gas serra, e, più in generale, degli effetti negativi sull'ambiente causati dalla navigazione aerea, tutti settori nei quali l'Unione si adopera per garantire alti standard, e che, dunque, le impongono di rapportarsi costantemente e

<sup>128</sup> M. MELLONI, *Commento all'art. 221 TFUE*, in Carlo 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 Simone, Napoli, 2012, pp. 1644-1647.

di partecipare incisivamente ai lavori di detto ente intergovernativo.<sup>129</sup> Inoltre, il Capodelegazione della missione europea in Indonesia è anche accreditato presso l'ASEAN (*Association of South-East Asian Nations*), l'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico stabilita il 18 agosto 1967 con la Dichiarazione di Bangkok e che raggruppa i dieci Paesi della regione; e la delegazione di Giacarta funge pure da supporto logistico e di coordinamento dell'ASEM (*Asia-Europe Meeting*) *Dialogue*, del quale fanno parte 20 Paesi asiatici, includendo sia l'India che la Cina.<sup>130</sup>

**46.** Le delegazioni dell'Unione presso le organizzazioni internazionali sono responsabili del coordinamento e della definizione delle posizioni e delle dichiarazioni dell'Unione da presentare negli organi comuni o in merito ad iniziative facenti capo agli enti intergovernativi, così da sviluppare compiutamente ed efficacemente l'azione internazionale dell'Unione, orientando le attività degli enti intergovernativi in modo conseguente ed utile anche alle politiche interne europee. Inoltre, le missioni europee gestiscono il coordinamento con i diplomatici degli Stati membri, incentrato, in particolare, sul controllo della coerenza delle linee politiche e delle proposte presentate nelle varie riunioni che si svolgono nell'ambito delle organizzazioni internazionali.<sup>131</sup>

**47.** Più in generale, e soprattutto a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le delegazioni "assicurano la rappresentanza dell'Unione" e la sua attiva partecipazione nelle questioni di interesse europeo presso le varie istituzioni ed organi degli enti intergovernativi, un aspetto di fondamentale importanza sulla cui definizione e messa a punto occorre soffermarsi. Come già sottolineato, infatti, l'art. 221 TFUE ha trasferito alle delegazioni i compiti previamente svolti dalla Presidenza a rotazione dell'Unione. Pertanto, le missioni dell'Europa rappresentano -in ogni suo aspetto, politica estera inclusa- l'Unione presso le autorità locali. Nell'imminenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Commissione e Consiglio, al fine di realizzare una trasformazione rapida limitando le incertezze nei soggetti terzi, hanno inviato una *note verbale* ai partner dell'Unione per informarli del fatto che "EU Delegations shall assume as soon as possible the role and functions currently performed by the rotating Presidency."<sup>132</sup> In particolare, nella propria notifica, l'Unione ha comunicato ai governi dei Paesi terzi e alle organizzazioni internazionali che "a decorrere" dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, 1 dicembre 2009, le delegazioni della Commissione europea presso di loro accreditate sarebbero divenute "delegazioni dell'Unione europea," precisando che "conformemente [a detto] Trattato ... la rappresentanza locale dell'Unione europea a livello di delegazione [sarebbe stata] unificata sotto l'autorità dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, riunendo le funzioni svolte [nel periodo pre-Lisbona] dalle delegazioni della Commissione e il ruolo e le funzioni ... [fino a quel momento] esercitati, in relazione alle competenze previste dai trattati, dallo Stato membro [avente] la presidenza semestrale del Consiglio a rotazione."<sup>133</sup> La Presidenza spagnola del primo semestre del 2010 si è molto adoperata per un tempestivo passaggio delle consegne dalla Presidenza semestrale alle delegazioni dell'Unione. Il trasferimento dei compiti è stato realizzato a tappe e concluso il 1 gennaio 2011, e si è rivelato meno problematico per le rappresentanze presso i Paesi terzi, mentre si sono incontrate maggiori difficoltà con riferimento alle missioni dell'Europa specificamente stabilite presso le organizzazioni internazionali. Infatti, a differenza delle missioni bilaterali presso i Paesi terzi -le quali hanno un "country-specific mandate"- le rappresentanze presso le organizzazioni internazionali hanno,

<sup>129</sup> Cfr. EEAS, *The EU at the International Civil Aviation Organization*, disponibile al link [http://eeas.europa.eu/delegations/canada/about\\_us/eu\\_icao/index\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/canada/about_us/eu_icao/index_en.htm).

<sup>130</sup> V. Delegation of the European Union to Indonesia, Brunei Darussalam and ASEAN, *The Role of the Delegation*, disponibile al link [http://eeas.europa.eu/delegations/indonesia/about\\_us/welcome/index\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/indonesia/about_us/welcome/index_en.htm).

<sup>131</sup> V. T. CORTHAUT, D. VAN ECKHOUTTE, *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, a p. 163.

<sup>132</sup> Cfr. P. SKYTTE CHRISTOFFERSEN, *The Creation of the European External Action Service*, in *A Man for All Treaties – Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 97-133, a p. 122.

<sup>133</sup> Consiglio dell'Unione europea, doc. 16654/1/09 REV 1, *Progetto di notifica a terzi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Bruxelles, 27 novembre 2009, a p. 3.

come già sopra delineato, compiti molto estesi, da svolgere, peraltro, in un contesto istituzionale particolarmente complesso.<sup>134</sup>

48. Nell'ambito dell'ambiziosa strategia dell'*effective multilateralism*,<sup>135</sup> le delegazioni multilaterali devono occuparsi di tutti i temi trattati dagli enti intergovernativi dei quali l'Europa è osservatore, oppure membro a pieno titolo; raccordarsi con le diplomazie degli Stati membri; e decidere costantemente quale figura istituzionale (Presidente del Consiglio europeo, AR, Commissione o la delegazione stessa) debba prendere la parola presso gli enti intergovernativi e in rappresentanza di quali soggetti (solo l'Unione, oppure l'Unione e gli Stati membri). Non stupisce che tutto ciò inevitabilmente comporti "maggiore complessità delle questioni giuridiche e di attribuzione delle competenze,"<sup>136</sup> una complessità che, investendo i sensibili aspetti dell'equilibrio interistituzionale dell'Unione, come pure la portata dei poteri degli Stati membri, inevitabilmente ha implicato un rallentamento dei lavori per la creazione del SEAE, che, per l'appunto, ha potuto aver luogo solo il 1 gennaio 2011.

49. Di conseguenza, le delegazioni multilaterali si sono trovate in prima linea nel predisporre le modalità attraverso le quali sostituirsi, nei rapporti con le organizzazioni internazionali, alla Presidenza semestrale a rotazione degli Stati membri, senza poter beneficiare di una adeguata preparazione nell'avvicendamento con la *Rotating Presidency*. Nelle battute d'avvio delle nuove delegazioni multilaterali dell'Unione, particolarmente insidiosa si è rivelata la gestione delle dichiarazioni da compiere negli organi delle organizzazioni interazioni. Non mancavano, infatti, gli Stati membri che sostenevano la possibilità di procedere autonomamente, a livello, per l'appunto, nazionale, laddove fosse impossibile raggiungere un'intesa sulla dichiarazione da parte dell'Unione in un foro multilaterale. Addirittura, nell'estate del 2011, il governo britannico aveva dato mandato ai propri diplomatici di bloccare le proposte di dichiarazione dell'Unione che non contenessero la seguente frase: "the EU delegation speaks for the EU in areas of EU competence where agreed by Member States."<sup>137</sup>

50. Il sistema delle Nazioni Unite, per la sua articolata e insuperata ampiezza nel panorama degli enti intergovernativi, è sempre risultato centrale per la definizione dell'approccio dell'Unione europea alle organizzazioni internazionali, approccio basato sul multilateralismo efficace ora codificato, anzi costituzionalizzato, dal Trattato di Lisbona quale fondamento ed obiettivo dell'azione esterna dell'Europa -cfr. gli artt. 3 e 21 TUE. Dopo una proposta di risoluzione dell'Assemblea generale andata a vuoto,<sup>138</sup> è stato possibile intervenire sui poteri dell'Unione europea nella trattazione delle questioni ONU in modo tale da riflettere il nuovo quadro normativo sulla rappresentanza esterna dell'Unione. Così, nel maggio 2011, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha definito con 180 voti a favore e 2 astenuti (Siria e Zimbabwe) le modalità di partecipazione dell'Unione "in the sessions and work of the General Assembly and its committees and working groups, in international meetings and conferences convened under the auspices of the Assembly and in United Nations conferences."<sup>139</sup> Innestandosi sullo status di osservatore presso l'Assemblea generale, acquisito dall'allora Comunità economica europea (CEE) nel 1974,<sup>140</sup> la Risoluzione 65/276 del 3 maggio 2011 riconosce le seguenti prerogative all'Unione: il diritto

<sup>134</sup> Cfr. ancora P. SKYTTE CHRISTOFFERSEN, *The Creation of the European External Action Service*, cit.

<sup>135</sup> Già affermata nel documento COM(2003) 526, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Unione europea e Nazioni Unite: la scelta del multilateralismo*, 10 settembre 2003.

<sup>136</sup> PROC HR (2011) 018, Servizio europeo per l'azione esterna, *Relazione dell'Alta Rappresentante al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione*, 22.12.2011, a p. 8.

<sup>137</sup> D. SPENCE, D. ALLEN, *From Maastricht to Lisbon: An Uncomfortable Transition for the Delegation of the EU in Geneva*, Paper presented at the Clingendael Workshop, The Hague, 21-22 February 2012, p. 13.

<sup>138</sup> V. A/64/L.67, *Participation of the European Union to the United Nations - Draft Resolution*, 31 August 2010.

<sup>139</sup> A/RES/65/276, *Participation of the European Union in the work of the United Nations*, Resolution adopted by the General Assembly on 3 May 2011, par. 2; su tale risoluzione, oltre al nostro commento sull'art. 220 TFUE, cfr. L. PALADINI, *L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 85-103; e P. A. SERRANO DE HARO, *Participation of the EU in the Work of the UN: General Assembly Resolution 65/276*, CLEER Working Papers 2012/4.

<sup>140</sup> Resolution 3208 (XXIX), *Status of the European Economic Community in the General Assembly*, 11 October 1974.

di intervenire nei lavori dell'AG partecipando al dibattito; il diritto di replica sulle posizioni assunte dall'Unione con il limite di un unico intervento per ciascun oggetto posto in discussione; la possibilità di far circolare ufficialmente propri documenti in merito ai lavori dell'ONU; la possibilità di presentare proposte ed emendamenti, anche se solo in forma verbale e a condizione che uno Stato membro della UE, nell'esercizio delle sue prerogative di membro dell'ONU, ne faccia richiesta. Inoltre, la Risoluzione 65/276 statuisce che l'esercizio di detti poteri, in rappresentanza dell'Unione, spetta alle figure istituzionali individuate dal Trattato di Lisbona: oltre al Presidente del Consiglio europeo, all'AR, ed alla Commissione europea, il settimo considerando del Preambolo della Risoluzione 65/276 richiama espressamente le delegazioni dell'Unione, in stretta osservanza del disposto dell'art. 221, par. 1 TFUE.

**51.** In base alla disposizione di diritto primario appena richiamata, e, sostanzialmente, all'accoglimento di quanto da essa prescritto nella Risoluzione 65/276, la missione europea presso le Nazioni Unite a New York può e deve agire a nome dell'Unione, avvalendosi delle prerogative sopra elencate, e in tutti gli ambiti del TUE e TFUE, dunque per tutte le questioni riconducibili all'azione internazionale dell'Unione. In veste di rappresentante dell'Unione, pertanto, il Capodelegazione, come pure l'incaricato d'affari, o, comunque, un alto funzionario della missione europea a New York, intervengono, tra l'altro, in materia di commercio, ambiente, diritto internazionale umanitario, pace e sicurezza internazionali, diritti fondamentali e sviluppo socio-economico, dinanzi all'AG,<sup>141</sup> e nei vari organi e comitati dell'ONU.<sup>142</sup> Con l'ausilio, poi, dell'art. 39 delle *Provisional Rules of Procedures of the Security Council*, in base al quale “[t]he Security Council may invite ... other persons, whom it considers competent for the purpose, to supply it with information or to give other assistance in examining matters within its competence,” la delegazione presso l'ONU, previo invito, può rappresentare l'Unione anche dinanzi al Consiglio di sicurezza. Ciò, ad esempio, è di recente accaduto a proposito della discussione sulla protezione dei giornalisti inviati nelle zone di conflitto<sup>143</sup> e sul rapporto tra gestione delle risorse naturali e prevenzione dei conflitti.<sup>144</sup>

**52.** Il modello di partecipazione dell'Unione ai lavori delle Nazioni Unite è stato prontamente ripreso, nei suoi tratti generali, e trasposto per indicare come definire le modalità per la formulazione di dichiarazioni a nome dell'Unione presso le altre organizzazioni internazionali. Così, i *General Arrangements* del Consiglio della UE dell'ottobre 2011 richiamano anch'essi tra gli *EU Actors* –vale a dire le figure istituzionali preposte dal Trattato di Lisbona a rappresentare l'Unione sul piano internazionale- le delegazioni europee, sottolineando l'importanza del previo coordinamento e della leale cooperazione con gli Stati membri della UE per una presenza efficace ed ottimale dell'Europa nelle organizzazioni internazionali multilaterali.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> V., ad esempio, *European Union Intervention delivered by Mr Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal interactive dialogue on the “Report of the Secretary-General on the Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention”*, 11 September 2013, New York; *European Union Statement delivered by Mr. Carl Hallergard, Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal meeting of the General Assembly to mark the Observance of the International Day against Nuclear Tests*, 5 September 2013, New York; *Statement on behalf of the European Union delivered by H.E. Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal Plenary to listen to a briefing by the Chair of the Independent International Commission of Inquiry, Mr. Pinheiro, on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic*, 29 July 2013, New York.

<sup>142</sup> Cfr., *ex multis*, *Statement on behalf of the European Union and its Member States delivered by Gilles Marhic, Minister Counsellor, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 67th General Assembly Sixth Committee on Agenda item 165: Report of the Committee on Relations with the Host Country*, 16 November 2012, New York.

<sup>143</sup> *Statement on behalf of the European Union and its Member States by H.E. Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the Security Council Open Debate on Protection of Journalists in Conflict*, 17 July 2013, New York.

<sup>144</sup> *Statement on behalf of the European Union and its Member States by H.E. Mr. Ioannis Vrailas, Chargé d'affaires a.i., Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations Security Council Open Debate on Conflict Prevention and Natural Resources*, 19 June 2013, New York.

<sup>145</sup> V. Consiglio dell'Unione europea, doc. 15901/11, *Dichiarazioni dell'UE in sede di organizzazioni multilaterali - Modalità generali*, 22 ottobre 2011, parr. 1 – 3.

## IX. I privilegi e le immunità diplomatici delle delegazioni dell'Unione e gli accordi sul loro insediamento

53. Come sopra evidenziato, l'attività delle missioni che rappresentano l'Europa presso i Paesi terzi e gli enti intergovernativi presenta estese e significative similarità con quella delle ambasciate e dei consolati nazionali, analogia che non può stupire alla luce dell'ampiezza e dello spessore delle competenze conferite all'Unione dai diversi trattati europei, da ultimo dal Trattato di Lisbona. Al tempo stesso indispensabile strumento per svolgere detta attività ed ulteriore prova dell'affinità delle delegazioni dell'Unione con le missioni diplomatiche degli Stati è lo status di cui godono le rappresentanze europee, che è quello delle immunità e dei privilegi diplomatici anche codificati dalla CVRD del 1961.<sup>146</sup> Infatti, il pieno esercizio del diritto di legazione attivo da parte dell'Unione richiede l'approntamento di una adeguata tutela delle delegazioni e dei suoi funzionari, adeguata tutela che, per l'estensione e l'articolazione delle competenze delle rappresentanze europee, può essere al meglio garantita proprio dai privilegi e dalle immunità diplomatici codificati dalla CVRD per le missioni e gli agenti diplomatici nazionali. Con la sola eccezione del Canada,<sup>147</sup> il quale concede una tutela equivalente agli agenti diplomatici ai "senior officials" della delegazione dell'Unione, ossia il capodelegazione ed il suo vice, nonché i consiglieri economici e politici ed i loro assistenti, mentre riserva agli altri funzionari ed ai locali della rappresentanza europea la stessa protezione prevista dalla Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, adottata dall'Assemblea generale il 13 febbraio 1946,<sup>148</sup> tutti gli altri Stati accreditari riservano alle delegazioni europee lo status diplomatico previsto dalla CVRD.

54. La declinazione, in tutti i suoi aspetti, del principio *ne impediatur legatio* è riconosciuta nella maggioranza dei casi attraverso la conclusione di un accordo ad hoc tra l'Unione europea e lo Stato ospite, mentre, in episodi circoscritti, alcuni Paesi terzi disciplinano attraverso atti unilaterali lo status diplomatico delle missioni e dei funzionari europei: oltre alla situazione *sui generis* del Canada, appena considerata, si tratta della Svizzera (per le delegazioni a Ginevra presso le organizzazioni internazionali, e quella di Berna presso la Confederazione, i privilegi e le immunità diplomatici sono riconosciuti da decisioni ad hoc del Consiglio federale elvetico assunte, rispettivamente, nel 1964 e nel 2005, ed aventi natura confidenziale in quanto delibere dell'esecutivo svizzero, e dunque non accessibili al pubblico); degli Stati Uniti d'America;<sup>149</sup> e, infine, dell'Australia.<sup>150</sup>

55. Laddove non vi sia un riconoscimento esplicito dello status diplomatico delle delegazioni attraverso un atto unilaterale dello Stato accreditario, si rende, naturalmente, necessaria la sottoscrizione di uno specifico accordo sulla configurazione di detto status, in quanto l'Unione europea, non essendo a

<sup>146</sup> M. LIČKOVÁ, *European Exceptionalism in International Law*, in *EJIL*, 2008, pp. 463-490; T. TIILIKAINEN, *To Be or not to Be? An Analysis of the Legal and Political Elements of Statehood in the EU's External Identity*, in *EFA Rev.*, 2001, pp. 223-241; I. ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 399 ss.

<sup>147</sup> V. *Order Respecting the Privileges and Immunities of the European Communities in Canada*, P.C. 1976-3173, 23 December 1976, SOR /77-48, *Canada Gazette* Part II, Vol. 111, No. 1, 29 December 1976, ora facente parte dei regolamenti attuativi del *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41.

<sup>148</sup> UNTS, Vol. 1, p. 15.

<sup>149</sup> V. per la delegazione di Washington D.C. presso gli USA Public Law 92-499, *An Act to extend diplomatic privileges and immunities to the Mission to the United States of America of the Commission of the European Communities and to members thereof*, approved October 18, 1972, 86 STAT. 815, e *Executive Order 11689 Extending Diplomatic Privileges and Immunities to the Mission to the United States of America of the Commission of the European Communities and to Certain Members thereof*, December 5, 1972, in 37 FR 25987, 3 CFR, 1971-1975 Comp., p. 732; per la delegazione presso le Nazioni Unite cfr. U.S.C. Section 288h, *Commission of European Communities; Extension of Privileges and Immunities to Members*, sezione inserita nello *US Code* dalla Public Law 100-204 del 22 dicembre 1987 (101 STAT. 1394), e *Executive Order 12651 - Offices of the Commission of the European Communities*, September 9, 1988, in 53 FR 35287, 3 CFR, 1988 Comp., p. 581.

<sup>150</sup> *Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967*, Act No. 16 of 1967 as amended and in force on 29 June 2013, Compilation prepared on 30 July 2013 by the Office of Legislative Drafting and Publishing, Attorney-General's Department, Canberra, C2013A00103; e *Diplomatic Privileges and Immunities Regulations 1989*, Statutory Rules No. 287 as amended, Compilation prepared on 22 July 2004 by the Office of Legislative Drafting and Publishing, Attorney-General's Department, Canberra, in *Federal Register of Legislative Instruments*, F2004C00068.

tutt'oggi assimilabile ad uno Stato, benchè “[EU] delegations are closer to embassies than any other mission of an international organization,”<sup>151</sup> non potrebbe rivendicare, senza il supporto dello strumento pattizio, l'applicazione alle sue rappresentanze del diritto diplomatico consuetudinario codificato nella CVRD per le missioni e gli agenti nazionali. Pertanto, nelle relazioni esterne prima della Comunità ed ora dell'Unione, vi è ormai una prassi consolidata di conclusione di accordi bilaterali sullo stabilimento e sui privilegi ed immunità delle delegazioni europee, basati su un modello pressochè costantemente rispettato nei negoziati con i Paesi terzi. A partire dal marzo 1974, quando venne stipulato l'accordo con il Giappone,<sup>152</sup> e sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, detti accordi, per conto della Comunità, erano conclusi dalla Commissione europea. Riguardo il fondamento giuridico del *treaty-making power* di detta istituzione, esso veniva individuato, da un lato, a proposito delle delegazioni aperte presso le organizzazioni internazionali, nel vecchio art. 302 TCE,<sup>153</sup> poiché dette delegazioni sicuramente potevano rappresentare un esempio di “utile collegamento” con gli enti intergovernativi che l'istituzione in oggetto era chiamata ad assicurare, in via esclusiva, nel periodo pre-Lisbona. Dall'altro, più in generale e per tutte le rappresentanze europee insediate presso i Paesi terzi, il fondamento giuridico dell'operato della Commissione veniva individuato nel suo potere di auto-organizzazione dei propri servizi, di cui la Commissione doveva – e deve, naturalmente, ancora – poter disporre al fine di svolgere le funzioni ad essa affidate dai Trattati comunitari – dal potere di negoziato degli accordi comunitari, al quasi monopolio di iniziativa legislativa, all'attività di esecuzione del diritto comunitario e di attuazione delle politiche europee. Poiché le delegazioni della Commissione, per svolgere pienamente i loro compiti, avevano anch'esse necessità dell'indipendenza garantita dallo status diplomatico, la capacità del Collegio di stipulare gli accordi sui privilegi e le immunità veniva ascritta al medesimo potere di auto-organizzazione. Dunque, il *treaty-making power* della Commissione per concludere gli accordi sullo status delle sue rappresentanze era ricondotto ai trattati comunitari, in quanto le delegazioni, unitamente ai privilegi e alle immunità loro e dei loro staff, erano considerate articolazioni e condizioni necessarie al Collegio per svolgere i compiti istituzionali ad esso riservati dal sistema disegnato dal diritto comunitario primario. Inoltre, come sottolineato dall'Avvocato generale Tesauro, nella ben nota causa C-327/91 *Francia c. Commissione* del 1994, gli accordi di sede conclusi dalla Commissione erano legittimati anche dalla tacita approvazione che ricevevano da Consiglio e Parlamento allorché, nella loro veste di autorità di bilancio, tali istituzioni adottavano gli stanziamenti necessari al funzionamento delle delegazioni della Commissione all'estero.<sup>154</sup> Con riferimento alle modalità di approvazione degli accordi di sede da parte della Commissione, si era consolidato un iter procedurale *sui generis*, certo non estraneo al consueto clima di sobrietà che contraddistingue l'attività internazionale di carattere pattizio della Commissione. Il Collegio, infatti, adottava una Comunicazione, rivolta al Consiglio e al Parlamento, relativa allo sviluppo del suo servizio esterno, ove indicava, con le appropriate motivazioni, che intendeva aprire nuove delegazioni; contestualmente all'approvazione della Comunicazione, il Collegio abilitava il Commissario per le relazioni esterne a prendere le decisioni di apertura delle delegazioni previste nella Comunicazione; e tale abilitazione si considerava come inclusiva del potere del Commissario di concludere gli accordi sui privilegi e le immunità con gli Stati terzi.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Così H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Institutional Law – Unity within Diversity*, Nijhoff, Boston, 2003, alle pp. 1170-1171.

<sup>152</sup> *Japan and European Economic Community, European Coal and Steel Community and European Atomic Energy Community - Agreement on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the Commission of the European Communities*, firmato a Bruxelles l'11.3.1974, in *UNTS*, vol. 1002, p. 222.

<sup>153</sup> Ai sensi del quale la Commissione doveva “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.” Detta disposizione, unitamente ai artt. 303 e 304 TCE, è ora sostituita dall'art. 220 TFEU, il quale stabilisce che l'Unione debba “attua[re] 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,” nonché “assicura[re] ... i collegamenti che ritiene opportuni con altre organizzazioni internazionali,” ripartendo tra AR e Commissione il compito di dar seguito alla collaborazione tra Unione ed enti intergovernativi. L'art. 220, par. 2 TFEU sancisce, infatti che “[l]'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e la Commissione sono incaricati dell'attuazione” della disposizione in oggetto.

<sup>154</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nella causa C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, in *Racc.*, 1994, p. I-3641, par. 28 e nota 28.

<sup>155</sup> Sul punto cfr., più estesamente, E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit., pp. 190 ss.

**56.** L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, comportando una nuova configurazione delle delegazioni (ormai rappresentanze a pieno titolo dell'Unione in tutti i suoi profili), nuovi poteri dell'AR, nonché la creazione del SEAE, ha conseguentemente implicato alcune modifiche sui soggetti istituzionali competenti a concludere gli accordi di sede e sulla relativa procedura di adozione, mentre la struttura ed il contenuto di tali strumenti pattizi sono analoghi al modello pre-Lisbona. Partendo dal contenuto del modello di Accordo tra l'Unione europea e lo Stato accreditario sullo stabilimento e sui privilegi e le immunità della delegazione dell'Unione aperta in quello Stato, ed analizzandolo alla luce del testo dell'unico Accordo di sede cui ci è stato consentito di avere accesso, ossia quello con il Governo dell'Uzbekistan (per gli altri strumenti pattizi, le nostre richieste sono state, sinora, rigettate dal SEAE sulla base del diniego opposto alle autorità europee dai Paesi terzi, specificamente Libia e Sud Sudan), notiamo, innanzitutto, che, conformemente a quanto codificato all'art. 2 della Convenzione del 1961, in base al quale "lo stabilimento di relazioni diplomatiche ... e l'invio di missioni diplomatiche permanenti avv[engono] per mutuo consenso," l'accordo di sede si apre con la dichiarazione della disponibilità del governo uzbeko "to the establishment on its territory of a Delegation of the European Union."<sup>156</sup> Quindi, all'art. 2 il Governo di Tashkent si impegna a riconoscere la personalità giuridica dell'Unione –come pure della Comunità europea dell'energia atomica, che non è stata assorbita, analogamente alla CECA, né inglobata, analogamente alla CE, nell'unico soggetto dell'Unione, ma continua a funzionare attraverso le istituzioni, figure, organi e servizi di quest'ultima. In particolare, detta disposizione sancisce che UE e CEEA, "in accordance with the requirements imposed by the national legislation of the Republic of Uzbekistan", abbiano la capacità di concludere contratti, di acquistare e disporre di beni mobili ed immobili nella misura necessaria all'efficace svolgimento dei loro compiti, come pure quella di stare in giudizio, precisando che, per tali attività, saranno rappresentate dal Capo delegazione.

**57.** Passando, poi, a definire lo status diplomatico da garantire alla rappresentanza europea e al suo personale da parte dello Stato territoriale, l'art. 3 dell'Accordo UE/Uzbekistan compie il più ampio rinvio alla CVRD. Infatti, come già considerato, l'Unione non può essere considerata uno Stato cui applicare i privilegi e le immunità diplomatici del diritto internazionale generale, né può, in quanto "non-state actor," aderire alla Convenzione sulle relazioni diplomatiche al fine di chiederne il rispetto, nei suoi confronti, da parte di tutti gli Stati contraenti.<sup>157</sup> Pertanto, accanto all'impegno unilaterale da parte dello Stato territoriale, l'altra modalità tecnica per assicurare alle proprie delegazioni la stessa protezione riservata ad ambasciate ed agenti diplomatici è la stipulazione di un accordo che richiami il diritto diplomatico espresso dalla CVRD, perfettamente funzionale alle attività delle missioni europee e del personale che in tali sedi lavora. Così, l'art. 3, par. 1, dell'Accordo di sede stabilisce che "[t]he Delegation, its Head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, shall, on the territory of the Republic of Uzbekistan, enjoy such rights, privileges and immunities and be subject to such obligations as correspond to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 and respectively accorded to and assumed by Diplomatic Missions accredited to the Republic of Uzbekistan, the heads and members of those Missions, as well as the members of their families forming part of their respective households."

**58.** Inoltre, conformemente alla condizione di reciprocità che contraddistingue le relazioni diplomatiche, in base alla quale ogni Stato concede, nel proprio territorio, protezione ad agenti e sedi straniere sul presupposto che pari tutela venga accordata ai propri rappresentanti e alle proprie missioni diplomatiche accreditati e stabilite nei Paesi terzi, l'art. 3, par. 3, dell'Accordo di sede prevede che i diritti, i privilegi e le immunità richiamati nella stessa disposizione tramite il rinvio alla CVRD, siano riconosciuti alla missione uzbeka presso l'Unione europea a Bruxelles, unitamente al suo Responsabile e agli altri

<sup>156</sup> Art. 1 dell'*Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan, the European Union and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in the Republic of Uzbekistan*, Brussels, 24 January 2011.

<sup>157</sup> Gli artt. 48 e 50 della CVRD permettono l'adesione a tale accordo di codificazione unicamente agli Stati, siano essi membri dell'ONU, di un'istituzione specializzata, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, o invitati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a divenire contraenti della Convenzione.

membri. Naturalmente, l'Unione europea, in quanto *non-state international actor* privo dell'elemento di sovranità della territorialità, non può autonomamente garantire tale reciprocità nella concessione dello status diplomatico ad agenti ed ambasciate stranieri. Per superare questa carenza gli Stati membri dell'Unione, sin dal 1965, hanno concordato che lo Stato “sul cui territorio è situata la sede dell'Unione –vale a dire il Belgio- riconosca alle missioni dei Paesi terzi accreditate presso l'Unione le immunità e i privilegi diplomatici d'uso.”<sup>158</sup> Tale soluzione pragmatica viene espressamente indicata nell'Accordo di sede, il quale chiarisce, per l'appunto, che la reciprocità sulla concessione dello status diplomatico avviene “in conformity with the provisions of article 16 of Protocol 7 on the privileges and immunities of the European Union annexed to the Treaty on the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community.”<sup>159</sup> L'esplicito richiamo alla condizione di reciprocità, peraltro, indica una profonda differenza tra le relazioni che lo Stato accreditatario ha con l'Unione e quelle instaurate con altre organizzazioni internazionali. Infatti, la richiesta di reciprocità, con la quale lo Stato ospite vuole assicurarsi che anche la propria missione presso la UE abbia uno status diplomatico, contraddistingue le relazioni diplomatiche fra le Nazioni, e non è oggetto di trattativa allorchè un'organizzazione internazionale, diversa dall'Unione, chieda ad uno Stato di aprire un proprio ufficio di rappresentanza sul suo territorio – tale ente intergovernativo, infatti, non disponendo di un territorio, e, in particolare, non essendo espressione di un processo di integrazione quale quello comunitario, che vede, attraverso il Protocollo del 1965, l'impegno di tutti gli Stati membri a garantire lo status diplomatico per le missioni degli Stati terzi presso l'Unione, altro non può fare che rinviare alle condizioni stabilite nell'*Headquarters Agreement* che ha stipulato con il Paese ove si trova la sua sede principale, il quale solitamente contempla anche il trattamento da riservare alle missioni degli Stati presso quella data organizzazione internazionale.<sup>160</sup>

**59.** Accanto alla reciprocità *sui generis* offerta dall'Unione, imperniata sull'impegno del Belgio ad accogliere e concedere privilegi e immunità alle missioni presso la UE, il Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea individua un'ulteriore, concreta, soluzione alle esigenze di protezione dell'azione diplomatica dell'Europa, che viene anch'essa inglobata negli accordi di sede stipulati per le delegazioni. Poiché l'Unione non rilascia ancora veri e propri passaporti diplomatici per lo staff delle sue delegazioni, l'art. 6 del Protocollo n. 7 stabilisce che “[i] presidenti delle istituzioni dell'Unione possano rilasciare ai membri ed agli agenti di dette istituzioni lasciapassare la cui forma è stabilita dal Consiglio, che delibera a maggioranza semplice.” Tali lasciapassare, oltre a dover essere “riconosciuti dalle autorità degli Stati membri come titoli di viaggio validi,<sup>161</sup> possono ricevere la medesima considerazione e svolgere la medesima funzione in riferimento alle autorità e al territorio dei Paesi terzi: la Commissione europea, infatti, “può concludere accordi per far riconoscere tali lasciapassare come titoli di viaggio validi sul territorio di Stati terzi.”<sup>162</sup>

**60.** Per quanto a noi noto, tale base giuridica, una delle poche di diritto primario a contemplare espressamente il *treaty-making power* della Commissione europea, è stata utilizzata una sola volta per concludere un accordo unicamente dedicato ai lasciapassare, ossia nel 1974, nell'intesa raggiunta con la

<sup>158</sup> Art. 16 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea adottato a Bruxelles l'8 aprile 1965, come modificato dal Trattato di Lisbona.

<sup>159</sup> Art. 3, par. 3 dell'*Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan, the European Union and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in the Republic of Uzbekistan*, cit.

<sup>160</sup> Sugli accordi di sede delle organizzazioni internazionali cfr. N. BLOKKER, *Headquarters Agreements*, in P. J. VAN KRIEKEN, D. MCKAY (EDS.), *The Hague: Legal Capital of the World*, TMC Asser Press, The Hague, 2005, pp. 61-110; Z. HETESY, *The Making of the Basic Principles of the Headquarters Agreement*, in *Fordham International Law Journal*, 2002, pp. 625-637; T. A. MENSAH, *Headquarters Agreement and the Law of International Organizations*, in H. P. HESTERMEYER, D. KÖNIG, N. MATZLÜCK, V. RÖBEN, A. SEIBERT-FOHR, Peter-Tobias STOLL, Silja VÖNEKY (EDS.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Vol. 2, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 1463-1495

<sup>161</sup> Così ancora l'art. 6 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione.

<sup>162</sup> *Ibid.*

Svizzera.<sup>163</sup> Infatti, anziché moltiplicare gli strumenti pattizi, nella prassi pre-Lisbona la Commissione aveva ben presto preferito inserire una disposizione ad hoc sui lasciapassare negli accordi di sede che sottoscriveva con i Paesi terzi per stabilire e tutelare le sue missioni. Tale tecnica è confermata nell'attuale *modus operandi* dell'Unione, per cui, all'art. 4 dell'accordo UE/Uzbekistan, si può leggere che “[t]he Government of the Republic of Uzbekistan ... recognises the *laissez-passer* issued by the European Union to officials and other servants of its institutions as valid travel documents,” e che “[i]n case of introduction of new travel documents or modification of the existing ones, the European Union shall inform the Government of the Republic of Uzbekistan and shall convey through diplomatic channels specimens of new or modified documents no later than thirty days prior to their application.”

**61.** Le rimanenti clausole dell'Accordo di sede -le disposizioni sono in totale dieci- stabiliscono che le controversie relative a tale accordo vengano risolte tramite consultazioni tra le due parti “with the aim of arriving at a conciliation,”<sup>164</sup> che possano essere apportati emendamenti e modifiche all'intesa bilaterale “by mutual agreement of the Parties .. by separate protocols which shall form an integral part of [the] Agreement,”<sup>165</sup> e, infine, che l'accordo “is concluded for an indefinite period and shall be terminated after six months following the notification by either of the parties through diplomatic channels about the intention to terminate the Agreement.”<sup>166</sup>

**62.** Passando, quindi, ad esaminare il soggetto competente a stipulare tali accordi di sede per conto dell'Unione, si nota, in primo luogo, che la decisione SEAE, all'art. 5, par. 6, stabilisce che l'AR “conclud[a] gli *accordi necessari* con il paese ospitante, l'organizzazione internazionale o il paese terzo interessato,” puntualizzando, “in particolare,” che detta figura istituzionale “adott[i] le *misure necessarie* per assicurare che gli Stati ospitanti accordino alle delegazioni dell'Unione, al loro personale e ai relativi beni, privilegi e immunità equivalenti a quelli di cui alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961.” Pur essendo stata adottata una norma che, rispetto alla prassi pre-Lisbona, fa espresso riferimento agli accordi di sede, al loro contenuto, nonché alla figura istituzionale competente a concluderli a nome dell'Unione, non si può non notare la cautela “terminologica” che costantemente caratterizza la descrizione del *treaty-making power* dell'Unione laddove esso venga esercitato attenendosi a procedure diverse da quelle contemplate dall'art. 218 TFUE. Detta cautela risalta ancor di più se si raffrontano le diverse versioni linguistiche della disposizione qui considerata. Infatti, il potere di concludere gli *accordi necessari* per le rappresentanze ufficiali dell'Europa viene anche reso con le frasi, volutamente più indefinite, di *necessary arrangements* (versione inglese), e *arrangements qui s'imposent* (versione francese), per tornare ad una scelta lessicale più netta, per la presentazione dell'attività pattizia a nome dell'Unione, che può riscontrarsi nella versione tedesca *-die erforderlichen Vereinbarungen-* o spagnola *-los acuerdos necesarios*. Inoltre, spicca con evidenza l'uso della prudente e neutra espressione *misure necessarie* -la cui traduzione nelle varie versioni linguistiche consultate è, invece, letteralmente fedele rispetto a quella italiana (*necessary measures, mesures nécessaires, erforderlichen Maßnahmen, medidas necesarias*)- per illustrare il potere dell'Alto Rappresentante di adoperarsi per assicurare l'applicazione, alle delegazioni dell'Unione, delle norme internazionali che tradizionalmente tutelano le rappresentanze diplomatiche. Detto uso appare decisamente volto ad allontanare l'attenzione dallo strumento attraverso il quale l'AR potrà ottenere dal paese ospitante l'impegno ad osservare l'inviolabilità della sede, degli archivi e della corrispondenza delle missioni europee, unitamente alle immunità e ai privilegi diplomatici per i funzionari delle delegazioni dell'Unione. Tuttavia, nonostante le accortezze lessicali, gli strumenti concordati con i Paesi terzi, come ben si può evincere dall'Accordo UE/Uzbekistan sopra considerato, sono indubbiamente dei veri e propri accordi internazionali, in quanto presentano tutti gli elementi costitutivi della fonte pattizia –ossia la presenza di due o più soggetti inter-

<sup>163</sup> Scambio di lettere del 5 dicembre 1974 tra la Missione svizzera presso le Comunità europee e la Direzione generale per le relazioni estere della CEE concernente il riconoscimento del lasciapassare rilasciato dalle Comunità europee ai membri e ai funzionari delle loro istituzioni.

<sup>164</sup> Art. 8.

<sup>165</sup> Art. 9.

<sup>166</sup> Art. 10, par. 2.

nazionali (nel nostro caso, la UE ed il Paese terzo), 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.

**63.** Riguardo la qualifica del fondamento giuridico del *treaty-making power* posto dalla decisione SEAE in capo all'AR, ci pare che detto potere possa essere considerato come riconosciuto, formulando una delega *sui generis*, proprio dall'atto istitutivo del servizio europeo per l'azione esterna, il quale, sul presupposto dell' "autorità" dell'AR sulle delegazioni contemplato dall'art. 221, par. 2 TFUE, ha potuto articolare tale nozione di "autorità" come inclusiva della capacità di decidere l'apertura delle missioni europee, e, dunque, di quella di adoperarsi per dotare queste ultime dell'indispensabile status diplomatico.<sup>167</sup>

**64.** Inoltre, il *treaty-making power* esercitabile dall'AR in nome dell'Unione può anche essere ricondotto, analogamente a quanto definito per l'operato della Commissione nel periodo pre-Lisbona, al potere istituzionale di auto-organizzazione del nuovo servizio europeo per l'azione esterna posto sotto l'autorità dell'AR,<sup>168</sup> con la differenza che l'attuale quadro normativo, pur permeato di "cautela lessicale," è indubbiamente più soddisfacente rispetto all'epoca antecedente al 1 dicembre 2009, in quanto contraddistinto dal diritto positivo, anziché essere caratterizzato dalla prassi non scritta dell'epoca pre-Lisbona. La capacità di sottoscrivere accordi di sede da parte dell'AR, sia essa qualificata come potere riconosciuto e articolato dalla decisione SEAE, o considerata insita nel potere di auto-organizzazione del servizio europeo per l'azione esterna, comporta il superamento di quanto stabilito dall'art. 27, par. 2 TEU –il quale prevede che l'AR possa, sul piano delle relazioni esterne, rappresentare l'Unione solo per le questioni PESC- consentendo all'AR di negoziare e concludere un tipo di accordo quale quello sui privilegi e le immunità anche se non è solo di politica estera, in quanto le delegazioni, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, rappresentano, sul piano internazionale, l'Unione nel suo complesso, e non solo per la PESC. Naturalmente, sotto un profilo di chiarezza politico-istituzionale, è importante che il riconoscimento dell'esercizio del *treaty-making power* dell'Unione attraverso l'AR sia stato compiuto nella decisione SEAE, indubbiamente *sui generis* per il processo decisionale che la contraddistingue –infatti, detta decisione, lo si ricorda, è stata adottata, in base all'art. 27, par. 3 TUE, dal Consiglio su proposta dell'AR, con la previa approvazione della Commissione e la previa consultazione del Parlamento europeo, dunque esprime un compromesso, lungamente e approfonditamente discusso ed affinato, raggiunto e sostenuto con l'ampia partecipazione delle tre istituzioni che danno vita al cd triangolo decisionale europeo.

**65.** Tuttavia, il potere dell'AR -sia che lo si consideri come riconosciuto dalla decisione n. 2010/427/UE articolando l'"autorità" sulle delegazioni che l'art. 221, par. 2 TFUE riserva a detta figura istituzionale, oppure come manifestazione dell'auto-organizzazione del SEAE- non è sufficiente a concludere gli accordi di sede per conto della CEEA e per quanto riguarda la disposizione, sistematicamente inserita in detti strumenti pattizi, sull'impegno dello Stato accreditatario a riconoscere i lasciapassare rilasciati dai presidenti delle istituzioni europee. Per quanto riguarda la Comunità europea dell'energia atomica, infatti, l'art. 106 bis CEEA stabilisce che anche l'art. 17 TUE si applichi al trattato istitutivo di detta Comunità. L'art. 17, par. 1 TUE, a sua volta, prevede che la Commissione "[a]ssicuri la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati": pertanto, è detta istituzione che, sul piano esterno, ha il potere di rappresentare la CEEA. La decisione SEAE, che, come già illustrato in precedenza, all'art. 5, par. 6 prevede il potere dell'AR di concludere gli accordi sui privilegi e le immunità, e all'art. 5, par. 8, conferisce al Capodelegazione la capacità di rappresentare l'Unione presso il Paese terzo nel quale la delegazione europea è accreditata, non si applica, però, alla CEEA: quindi, spetta alla Commissione, per conto della CEEA e sempre sulla base del potere di auto-organizzazione già esercitato nel periodo pre-Lisbona, concordare

<sup>167</sup> V. il più volte citato art. 5, parr. 1 e 6 della decisione n. 2010/427/UE.

<sup>168</sup> Cfr. gli artt. 27, par. 3 TEU e 221, par. 2 TFUE.

le relative intese in nome della Comunità europea dell'energia atomica. Con riferimento, invece, all'impegno a riconoscere i lasciapassare europei, regolarmente incluso nell'articolato degli accordi di sede, l'art. 6 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea conferisce alla Commissione il potere di "concludere accordi per far riconoscere tali lasciapassare come titoli di viaggio validi sul territorio di Stati terzi": dunque, ancora una volta, in base all'attuale impianto normativo di diritto primario dell'Unione, spetta alla Commissione stipulare intese in tal senso.

**66.** Il composito quadro dei fondamenti giuridici conferenti il potere di concludere gli accordi di sede, indispensabili alle delegazioni dell'Unione, si è affacciato, per la prima volta, proprio a proposito della stipulazione dell'Accordo con l'Uzbekistan –sottoscritto, come si è visto, il 24 gennaio 2011, dunque poche settimane dopo il varo ufficiale del SEAE, avvenuto il 1 gennaio dello stesso anno,<sup>169</sup> mentre l'altra intesa di insediamento della quale si è a conoscenza, quella con il Sud-Sudan, è stata sottoscritta successivamente.<sup>170</sup> "In order to have only one signature on [the] agreement for the EU and Euratom side," l'AR e il Commissario europeo per l'energia hanno quindi inviato una Comunicazione alla Commissione, ove si è suggerito a quest'ultima "to authorize the HR/VP to sign the agreement on behalf of Euratom and as regards the recognition of the laissez-passer."<sup>171</sup> In particolare, essi hanno proposto che la Commissione approvasse il testo dell'Accordo di stabilimento per conto della CEEA e in merito alla disposizione sui lasciapassare, e che il Collegio autorizzasse l'AR "to sign the agreement on behalf of Euratom and, in case of impediment, to appoint a representative to sign in her place" come pure "to sign the agreement as regards the recognition of the laissez-passer and, in case of impediment, to appoint a representative to sign in her place."<sup>172</sup> Infine, la Commissione è stata invitata ad autorizzare "the HR/VP to ensure, via the Delegation in Uzbekistan, the representation of the European Atomic Energy Community in [that] country," precisando che "[w]here atomic energy issues arise, the Commission may also issue instructions to the delegation in Uzbekistan, which shall be executed under the overall responsibility of the Head of Delegation."<sup>173</sup>

**67.** La soluzione giuridica proposta dall'Alto Rappresentante e dal Commissario per l'energia per la semplificazione nella procedura di conclusione degli accordi di sede e l'accentramento, nella figura del Capodelegazione, della rappresentanza di Unione e CEEA nel Paese terzo, ha trovato subito riscontro nella prassi post-Lisbona. Anzi, l'AR si è anche immediatamente avvalso della possibilità di nominare un suo sostituto per la sottoscrizione dell'intesa sui privilegi e le immunità. Infatti, il firmatario dell'Accordo UE/Uzbekistan per conto di Unione e CEEA è Pierre Vimont, Segretario generale esecutivo del SEAE; e, come sopra riportato,<sup>174</sup> nelle decisioni di apertura delle delegazioni, ora approvate di concerto con la Commissione ed il Consiglio, è già inserita la delega per gli accordi di sede al *Chief Operating Officer*, ossia al Direttore generale amministrativo, del SEAE. Infatti, l'art. 2, lett. b) dei provvedimenti in questione recita, per l'appunto, che "[t]he Chief Operating Officer of the EEAS shall take the necessary steps to ensure the implementation of [the decision regarding the opening of a Delegation] in particular ... to ensure that the Delegation, its property, its head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, are granted privileges and immunities equivalent to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961."<sup>175</sup>

<sup>169</sup> V. European Commission News, *Republic of Uzbekistan – European Union Memorandum of Understanding Signatures: Extracts*, Brussels, 24 January 2011.

<sup>170</sup> Cfr. EEAS Press Release, *Establishment Agreement Signed between the European Union and the Republic of South Sudan*, Brussels, 9 December 2011.

<sup>171</sup> SEC(2011) 111/1, *Communication of HR/VP Catherine Ashton and Günther Oettinger, Commissioner for Energy, to the Commission on the Signature of the Agreement between the EU, the European Atomic Energy Community and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in Uzbekistan*, Brussels, 21 January 2011, a p. 2.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Cfr. *supra* il par. III.

<sup>175</sup> V. PROC HR(2011) 014, PROC HR(2011) 015, HR DEC(2013) 001, HR DEC(2013) 002, cit.

## X. Le delegazioni e la tutela dei cittadini dell'Unione europea: la protezione consolare

**68.** Si è già sopra sottolineato, analizzando le funzioni delle delegazioni dell'Unione, che queste ultime possono essere accostate alle ambasciate nazionali anche perché, come indicato dall'art. 3, lett. b), CVRD, concorrono a "proteggere," nello Stato ospite, i cittadini europei "nei limiti ammessi dal diritto internazionale." Infatti, concretizzando una delle finalità proclamate dall'art. 3, par. 5 TUE, ai sensi del quale "[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini," l'art. 35 TUE affianca le delegazioni europee alle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri per "contribuire" a) "all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi" di cui all'art. 20, par. 2, lett. c) TFUE, nonché b) all'esecuzione delle misure adottate, in base all'art. 23 TFUE, proprio "per facilitare tale tutela."

**69.** Non si ha qui l'intenzione di addentrarsi nella questione, molto dibattuta in dottrina, sull'ampiezza della tutela che il diritto primario dell'Unione indica per la dimensione esterna della cittadinanza europea –se si debba trattare solo di assistenza consolare, oppure includa la protezione diplomatica, e ciò nonostante il dato letterale dell'art. 20 TFUE formalmente non escluda quest'ultima, visto che contempla, per i cittadini dell'Unione, "il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro," mentre l'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato "tutela diplomatica e consolare," addirittura codifica l'accezione più ampia della "tutela."<sup>176</sup> Ci si limiterà, infatti, ad analizzare unicamente il tipo di attività sinora concretamente svolto dalle delegazioni europee a protezione dei cittadini dell'Unione, nonché a rendere conto dell'unica proposta già effettivamente presentata per disciplinare la tutela consolare degli europei nei paesi terzi.

**70.** Nel diritto secondario e nella prassi si può riscontrare, in riferimento ad alcuni aspetti dell'assistenza consolare, un ruolo sostanzialmente di supporto delle delegazioni europee rispetto all'attività svolta dalle ambasciate e dai consolati degli Stati membri. Infatti, la notevole sensibilità politica che il tema della tutela dei propri cittadini all'estero inevitabilmente presenta per la manifestazione della sovranità degli Stati membri, la limitata disponibilità di risorse economiche ed umane da parte del SEAE (e dunque delle delegazioni e del loro staff), unitamente alle incertezze giuridiche riguardo le effettive competenze esercitabili dall'Unione, sia sotto il profilo del diritto UE che del diritto internazionale, hanno indotto a non attuare compiutamente, almeno per il momento, il dato letterale del diritto primario dell'Unione. Invero, l'art. 35, terza frase, TUE, stabilendo che delegazioni dell'Unione e missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri "*contribuiscono* all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi," pone su un piano di parità, proprio attraverso l'uso del verbo "contribuire" -ripreso dall'art. 3, par. 5 TUE-<sup>177</sup> dette rappresentanze, europee e nazionali. Inoltre, come già evidenziato, la neutrale espressione "del diritto di tutela dei cittadini" formalmente non distingue tra protezione consolare e protezione diplomatica. Tuttavia, la complessità del tema ha, sino ad oggi, implicato una notevole cautela negli ambienti europei. Così, la stessa decisione SEAE si è limitata a richiamare espressamente solo l'aspetto consolare per l'attività di collaborazione tra rappresentanze dell'Unione e degli Stati membri presso i Paesi terzi, adottando, per di più, una formulazione lontana dal ruolo paritario che gli artt. 35 e 3, par. 5 TUE riservano all'Unione, rispetto alle missioni nazionali, per la tutela dei cittadini europei all'estero. Infatti, l'art. 5, par. 10 della decisione n. 2010/427/UE stabilisce unicamente che "le delegazioni dell'Unione, che agiscono conformemente all'articolo 35 terzo comma, TUE e su richiesta degli Stati membri, *assistono* gli Stati membri nelle loro relazioni diplomatiche e nella loro funzione di protezione consolare dei cittadini dell'Unione nei paesi terzi su base neutra dal punto di vista delle risorse"<sup>178</sup>: tale attività di "assistenza" -peraltro da condursi senza comportare spese

<sup>176</sup> V. J. WOUTERS, S. DUQUET, K. MEUWISSEN, *The European Union and Consular Law*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 107, June 2013, e la bibliografia ivi citata.

<sup>177</sup> AI sensi del quale, lo si ricorda ancora, "[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini."

<sup>178</sup> Il corsivo è nostro.

per il bilancio dell'Unione, come puntualizzato dall'espressione "su base neutra dal punto di vista delle risorse"- ovviamente pone le rappresentanze dell'Unione in una posizione meramente ausiliaria rispetto all'attività delle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, per quanto riguarda la protezione degli europei all'estero.

**71.** Nonostante, poi, la Commissione, nel suo Piano d'azione 2007 – 2009, avesse indicato, per rendere significativa ed efficace la tutela consolare nei paesi terzi, "la possibilità di ottenere il consenso dei paesi terzi affinché l'Unione possa esercitare la sua protezione tramite le delegazioni,"<sup>179</sup> nella proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero, basata sull'art. 23 TFUE, essa ha, però, riservato alle rappresentanze dell'Europa un ruolo estremamente defilato.<sup>180</sup> In sostanza, la Commissione ha previsto che la delegazione dell'Unione possa eventualmente assumere la presidenza delle riunioni di cooperazione locale per lo scambio regolare di informazioni sui cittadini non rappresentati,<sup>181</sup> e partecipi al coordinamento dei piani di emergenza, cooperando con gli Stati membri per garantire un'assistenza efficace ai cittadini europei in caso di crisi.<sup>182</sup>

**72.** Il Parlamento europeo ha ritenuto che la proposta di direttiva della Commissione non sia sufficientemente "ambiziosa ... in particolare [proprio] per quanto riguarda il ruolo delle delegazioni dell'UE."<sup>183</sup> Ritenendo che "la presente direttiva del Consiglio dovrebbe gettare le basi per il rafforzamento del ruolo della vasta rete di delegazioni dell'UE per quanto riguarda la protezione consolare,"<sup>184</sup> l'Assemblea, al fine di rafforzare la cittadinanza europea e la solidarietà a livello dell'Unione, nonché per dare maggiore visibilità all'Europa nei paesi terzi, e dunque promuovere l'identità di quest'ultima a livello internazionale, ha approvato una serie di emendamenti volti a) ad attribuire espressamente alle delegazioni dell'Unione una funzione consolare per i cittadini non rappresentati, e dunque a consentir loro la possibilità di farsi tutelare anche da una rappresentanza europea, e b) a porre in capo alle delegazioni dell'Unione l'intero coordinamento della pianificazione di emergenza, compresa la ripartizione dei compiti, la definizione dei punti di raccolta e delle informazioni da fornire ai soggetti bisognosi di assistenza, e, in particolare, la gestione delle operazioni di evacuazione.<sup>185</sup>

**73.** Quanto proposto dal Parlamento europeo nella sua Risoluzione legislativa trae origine anche dalle esperienze positive delle attività di raccolta informazioni, comunicazione, trasporto, evacuazione e coordinamento *in loco* svolte delle delegazioni dell'Unione durante le crisi libica e siriana, nonché dopo il terremoto e il disastro nucleare di Fukushima.<sup>186</sup> Inoltre, la posizione dell'Assemblea a favore di un ruolo più marcato delle missioni permanenti europee nella protezione consolare dei cittadini dell'Unione è ispirata dalle Linee guida adottate su tale tema dallo stesso Consiglio dell'Unione. Quest'ultimo, infatti, pur non perdendo mai l'occasione di rimarcare, nei propri documenti, che "la responsabilità nazionale per le questioni consolari ... preval[e],"<sup>187</sup> ha introdotto importanti elementi di valorizzazione

<sup>179</sup> COM(2007) 767, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni - Per un'efficace tutela consolare nei paesi terzi: il contributo dell'Unione europea - Piano d'azione 2007-2009*, 5.12.2007, a p. 11.

<sup>180</sup> V. COM(2011) 881, *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, 14.12.2011.

<sup>181</sup> Cfr. l'art. 14 della *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, cit.

<sup>182</sup> Cfr. l'art. 15 della *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, cit.

<sup>183</sup> A7-0288/2012, *Relazione sulla proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero (COM(2011)0881 – C7-0017/2012 – 2011/0432(CNS))*, Relatore: Edit Bauer, 26.9.2012, Parere della Commissione per gli affari esteri, p. 39).

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> P7\_TA-PROV(2012)0394, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 25 ottobre 2012 sulla proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero (COM(2011)0881 – C7-0017/2012 – 2011/0432(CNS))*, emendamenti nn. 25, 26, 27, 29, 47 e 48.

<sup>186</sup> V. European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, *The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for EU Citizens*, Brussels, 2013; Kristi Raik, *Serving the Citizens? Consular Role of the EEAS Grows in Small Steps*, EPC Policy Brief, 30 April 2013.

<sup>187</sup> Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Linee direttrici dell'Unione europea relative all'attuazione del concetto di Stato gui-*

delle delegazioni dell'Unione a proposito della protezione consolare dei cittadini europei, nell'evidente consapevolezza, al di là delle disquisizioni sul quadro giuridico e sulle funzioni in esso rinvenibili per le delegazioni UE, del vantaggio economico e logistico rappresentato dalla rete diplomatica universale dell'Unione per la piena attuazione del diritto di tutela dei cittadini europei all'estero codificato dal Trattato di Lisbona. Ci riferiamo qui, in particolare, alle indicazioni date dall'istituzione intergovernativa a proposito della cooperazione tra delegazioni europee e missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri “[e]n dehors des périodes de crise”<sup>188</sup>: il Consiglio ha, per l'appunto, osservato che “[l]e rappresentanze degli Stati membri e le delegazioni dell'UE nei paesi terzi dovrebbero ... condividere le informazioni sulle modifiche della normativa locale che si ripercuotono direttamente sulle attività consolari, in particolare se esse possono determinare cambiamenti nel trattamento dei detenuti, nelle procedure giudiziarie, nelle cure mediche, ecc.,” rimarcando pure che “[l]e missioni degli Stati membri e le delegazioni dell'UE potrebbero mettere in comune le informazioni relative all'assistenza legale disponibile in loco, in particolare specificando quali avvocati siano disposti a fornire servizi di gratuito patrocinio ai cittadini dell'UE che altrimenti non sarebbero finanziariamente in grado di farsi rappresentare.”<sup>189</sup>

## XI. Le delegazioni dell'Unione europea e l'asilo diplomatico

74. Si discute se, nelle proprie delegazioni, l'Unione possa concedere asilo diplomatico, dunque rifugio ad un individuo ricercato dalle autorità del governo locale, o, comunque, sottoposto a grave pericolo senza possibilità di essere adeguatamente tutelato dalle forze dell'ordine territoriali. Come noto, il diritto internazionale non contempla un diritto generalizzato di uno Stato ad accogliere e proteggere nei locali delle proprie ambasciate, in virtù dell'inviolabilità di queste ultime come codificata dall'art. 22 CVRD, persone sottoposte a provvedimenti di fermo, o comunque restrittivi, da parte del Paese accreditatario. Infatti, l'inviolabilità delle sedi diplomatiche è stata riconosciuta e viene concessa per evitare che le funzioni tipiche delle missioni diplomatiche possano subire ingerenze da parte dello Stato ospitante. Detta inviolabilità, pertanto, non può, in linea di principio, essere utilizzata per impedire al governo locale di esercitare appieno la propria autorità di polizia e l'amministrazione della giustizia verso persone non collegate alle attività ufficiali di un'ambasciata, poiché una simile interpretazione della portata dell'inviolabilità delle missioni concretebbe una violazione dell'art. 41 CVRD, ossia dell'obbligo di rispettare le leggi ed i regolamenti dello Stato accreditatario, del dovere di non ingerenza negli affari interni di quest'ultimo, e dell'impegno a non utilizzare i locali delle sedi diplomatiche in modo incompatibile con le funzioni di dette sedi. Tuttavia, nella prassi internazionale si può riscontrare una significativa convergenza degli Stati a concedere rifugio nei locali delle proprie missioni all'estero in situazioni di carattere prettamente umanitario –dunque, laddove i diplomatici ravvisino un rischio concreto, per un individuo, della violazione dei suoi diritti fondamentali da parte delle autorità dello Stato locale governato da un regime totalitario e dittatoriale, o ritengano che una persona sia seriamente minacciata senza che lo Stato territoriale sia in grado di adottare adeguati provvedimenti preventivi e repressivi perché indebolito da grosse difficoltà interne o sconvolto da disordini o guerra civile. Insomma, una situazione di emergenza umanitaria e la conseguente necessità di tutelare valori irrinunciabili della comunità internazionale, espressi da norme di *jus cogens*, risultano predominanti rispetto all'osservanza del divieto di ingerenza, da parte del personale diplomatico, negli affari interni dello Stato accreditatario, divieto che, ovviamente, viene messo in discussione dalla concessione dell'asilo diplomatico. Parimenti, si può individuare una importante prassi internazionale a proposito della possibilità, per gli agenti diplomatici, di offrire protezione presso le loro sedi agli autori di delitti ritenuti politici, e ciò indipendentemente dal rischio, per detti autori, di subire un trattamento disumano e degradante da parte dello Stato territoriale, essendo considerato motivo sufficiente alla concessione dell'asilo diplomatico la semplice persecuzione

da in materia consolare (2008/C 317/06), in GU C317/6 del 12.12.2008, par. 1; Consiglio dell'Unione europea, doc. 15613/10, *Linee direttrici in materia di tutela consolare dei cittadini dell'UE nei Paesi terzi*, Bruxelles, 5 novembre 2010, par. 1.

<sup>188</sup> V. E. CUJO, E. HENNEQUET, *Le droit de légation actif*, cit., a p. 254.

<sup>189</sup> Consiglio dell'Unione europea, doc. 15613/10, *Linee direttrici in materia di tutela consolare dei cittadini dell'UE nei Paesi terzi*, Bruxelles, 5 novembre 2010, par. 9.10 e 9.12.

per motivi politici. E', comunque, opinione diffusa che l'asilo diplomatico, laddove concesso, debba essere limitato nel tempo, con il conseguente obbligo, per gli Stati interessati, di raggiungere un accordo –il quale sfocia generalmente nel consentire la partenza dei soggetti rifugiati, ma anche nella riconsegna di questi ultimi allo Stato territoriale, previa garanzia della loro incolumità.<sup>190</sup>

**75.** In generale, per le organizzazioni internazionali la prassi e la dottrina concordano nel ritenere che i loro funzionari non possano concedere asilo diplomatico se non per questioni relative agli adatti nell'esercizio dei compiti svolti per conto dell'ente intergovernativo. Infatti, e ad esempio, gli accordi di sede conclusi dalle Nazioni Unite, o dagli istituti specializzati della famiglia ONU, con gli Stati che ne ospitano gli edifici prevedono immunità e privilegi di carattere unicamente funzionale, dunque relativi all'attività ufficiale delle organizzazioni internazionali;<sup>191</sup> oppure l'art. 6, par. 5, dell'Accordo di sede tra la Corte penale internazionale e i Paesi Bassi del 7 giugno 2007, relativo al dovere di quel tribunale di impedire che i suoi locali siano usati "as a refuge by persons who are avoiding arrest or the proper administration of justice under any law of the host State."<sup>192</sup> Nondimeno, anche per gli enti intergovernativi si riscontra una prassi, avallata in dottrina, che considera legittimo l'asilo diplomatico laddove la concessione di quest'ultimo "sia res[a] indispensabile da impellenti esigenze di carattere umanitario."<sup>193</sup>

**76.** Indubbiamente, per un ente sovranazionale *sui generis* come l'Unione, fondato sui valori del rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, inclusi la tutela delle minoranze (art. 2 TUE), e che si è dato il compito di affermare e promuovere "nelle relazioni con il resto del mondo" detti valori (art. 3, par. 5, TUE), si può affermare che le delegazioni europee abbiano non solo il "diritto" di concedere asilo diplomatico, ma, soprattutto, il "dovere" di fornire rifugio alle persone in presenza di emergenze di natura umanitaria e laddove sia realmente evidente un rischio ai diritti fondamentali dell'individuo.<sup>194</sup>

## XII. Conclusioni: prospettive di miglioramento del funzionamento delle delegazioni

**77.** L'appropriata attuazione e la continua messa a punto del funzionamento delle delegazioni dell'Unione sono centrali per realizzare l'obiettivo di migliorare l'efficacia, la coerenza, l'unità e la la visibilità dell'azione internazionale dell'Europa, finalità caratterizzante del Trattato di Lisbona, che ha, tra i suoi elementi distintivi, proprio quello di promuovere l'Europa come "attore globale." Indubbiamente, l'attività delle delegazioni potrebbe essere notevolmente migliorata investendo nuove risorse e incentivando la creazione di una cultura comune del corpo diplomatico europeo. Sotto il profilo delle risorse, si consideri che il costo delle delegazioni dell'Unione previsto per l'esercizio finanziario 2014

<sup>190</sup> Cfr. ICJ, *Haya de la Torre Case, Judgment of 13 June 1951 (Colombia v. Peru)*, ICJ Rep. 1951, p. 71, a p. 83; E. DENZA, *Diplomatic Law – Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 141 ss.; L. DEMBINSKI, *External Mission of States and International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, pp. 247 ss.; F. FRANCONI, *Asilo diplomatico - Contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1973; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani – L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 37 ss.; I. ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford, p. 108; Prakash Shah, *Asylum, Diplomatic*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; E. SCISO, *Missione diplomatica (sede della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, [agg. VI, 2002], par. 6.

<sup>191</sup> Cfr., tra gli altri, la sezione 9 (b) dell'art. 3 dell'Accordo di sede tra l'ONU e gli Stati Uniti del 26 giugno 1947, la quale stabilisce che "the United Nations shall prevent the headquarters district from becoming a refuge either for persons who are avoiding arrest under the federal, state, or local law of the United States or are required by the Government of the United States for extradition to another country, or for persons who are endeavoring to avoid service of legal process" (*Agreement between the United Nations and the United States of America Regarding the Headquarters of the United Nations*, consultabile al link <http://archive.icann.org/en/psc/annex3.pdf>).

<sup>192</sup> ICC-BD/04-01-08, *Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State*, consultabile al link <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCB040108ENG1.pdf>.

<sup>193</sup> F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani – L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, cit., a p. 82; v. anche E. DENZA, *Diplomatic Asylum*, in A. ZIMMERMANN (Ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 1425-1440, a p. 1437 ss.

<sup>194</sup> Così J. WOUTERS, S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, a p. 47.

ammonta a 312.923.884 milioni di euro,<sup>195</sup> una cifra certo non esorbitante se considerata alla luce della rilevanza ed ampiezza delle funzioni esercitate, e rapportata al bilancio complessivo dell'Unione per il 2014, che ammonta a 135,50 miliardi di euro.<sup>196</sup>

**78.** Naturalmente, si è ben consapevoli delle ristrettezze imposte dalla crisi economica che da tempo affligge l'Europa: dunque, in primo luogo, occorre verificare la possibilità di migliorare la gestione delle risorse esistenti. Sotto tale profilo, lo staff delle delegazioni potrebbe essere potenziato, senza costi aggiuntivi, consentendo maggiore flessibilità per le attività da svolgersi da parte del personale distaccato della Commissione. Infatti, i funzionari del SEAE attualmente presenti presso le rappresentanze europee (1960 unità) possono già occuparsi, senza alcun tipo di vincolo, anche di questioni non rientranti nella politica estera europea. Tuttavia, la maggiorparte del personale delle delegazioni è formata da funzionari della Commissione (si tratta di circa 3500 persone), i quali, in base alle regole vigenti, possono dedicare al massimo il 20% del loro tempo lavorativo alle questioni PESC –inoltre, si consideri che i soggetti appositamente assunti nell'ambito dei progetti europei, anche se gestiti dalle delegazioni, non possono svolgere alcun tipo di attività al di fuori di quella finanziata dai fondi dedicati dell'Unione.<sup>197</sup> Allentando i vincoli posti sull'attività lavorativa del personale distaccato dalla Commissione –certo nel pieno rispetto del “centro di gravità” del “job assignment”- potrebbe essere agevolmente rafforzata la sezione delle delegazioni dedicata alle questioni più squisitamente politiche, attualmente sacrificata, e ciò senza dover attendere la disponibilità di risorse aggiuntive. Nuove risorse potrebbero, poi, essere acquisite dando seguito alle proposte del Parlamento europeo, contenute nella Raccomandazione di tale istituzione sulla revisione dell'organizzazione e del funzionamento del SEAE. In particolare, l'Assemblea ricorda la possibilità di integrare il personale del SEAE attraverso propri funzionari,<sup>198</sup> coerentemente con quanto contemplato dalla stessa decisione SEAE, la quale, al considerando n. 11, prevede che “[s]uccessivamente [al 1 luglio 2013] tutti i funzionari e gli altri agenti dell'Unione europea dovrebbero potersi candidare ai posti vacanti nel SEAE.”

**79.** Per quanto riguarda, poi, la creazione di una cultura comune del corpo diplomatico europeo, si potrebbe valorizzare, nell'ambito della preparazione alla carriera diplomatica europea e con spese estremamente contenute, l'esperienza dei capidelegazione, prevedendo che i responsabili delle missioni europee, ora investiti di rilevanti compiti, una volta di ritorno a Bruxelles dopo aver completato il loro mandato, tengano seminari ad hoc per condividere le conoscenze acquisite e approntare un prezioso e insostituibile contributo alla formazione del personale destinato alle delegazioni della UE.<sup>199</sup>

**80.** Infine, pare davvero urgente attuare la più piena trasparenza dei provvedimenti ufficiali adottati dal SEAE, che includono ovviamente anche quelli relativi alle delegazioni. A tutt'oggi, infatti, nonostante l'art. 11 della decisione SEAE richiedesse l'istituzione di un registro dei documenti del servizio, e l'art. 10 della successiva decisione dell'AR sull'accesso ai documenti richiamasse tale dovere, precisando che il registro in questione deve essere accessibile tramite il sito internet del SEAE,<sup>200</sup> nulla, purtroppo, è stato fatto. Tale inadempimento, oltre ad arrecare pregiudizio al principio di trasparenza –che, come oramai sottolineato da dottrina e giurisprudenza, è oramai un principio generale del

<sup>195</sup> Cfr. Unione europea, Bilancio online 2014, Sezione X – Servizio europeo per l'azione esterna, a p. 36, disponibile al link <http://eur-lex.europa.eu/budget/www/index-it.htm>.

<sup>196</sup> Cfr. Council of the European Union, doc. 16005/13, *2014 EU Budget Agreed*, Brussels, 12 November 2013.

<sup>197</sup> European Commission, European External Action Service, *Note to the Heads of Delegation – Management of Staff in Delegations*, Brussels, 20.12.2011, p. 3; *EEAS Review*, Bruxelles, July 2013, a p. 14.

<sup>198</sup> P7\_TA-PROV(2013)0278, *Raccomandazione del Parlamento europeo del 13 giugno 2013 destinata all'alto rappresentante dell'Unione per la politica estera e di sicurezza/vicepresidente della Commissione europea, al Consiglio e alla Commissione sulla revisione 2013 relativa all'organizzazione e al funzionamento del SEAE (2012/2253(INI))*, par. 44.

<sup>199</sup> Simon Duke, *Diplomatic Training and the Challenges Facing the EEAS*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2011, pp. 95-114, a pag. 111.

<sup>200</sup> Decisione dell'Alta rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza del 19 luglio 2011 relativa alle norme sull'accesso ai documenti n. 2011/C 243/08, in GU C243/16 del 20.8.2011.

sistema giuridico dell'Unione<sup>201</sup>- implica un *vulnus* anche per l'attività stessa delle delegazioni. Pur riconoscendo le esigenze di confidenzialità suscettibili di caratterizzare diversi aspetti delle relazioni internazionali, infatti, l'assenza di un registro che raccolga sistematicamente e tempestivamente anche i provvedimenti sulle delegazioni non rende giustizia all'ampia e importante attività svolta dalle missioni europee, laddove la consapevolezza della rilevante e copiosa azione delle rappresentanze dell'Unione costituisce un insostituibile punto di forza per attrarre adeguata attenzione, e, quindi, consone risorse.

---

<sup>201</sup> V. G. DE BAERE, *Access to Documents and Data Protection in the European External Action Service*, Working Paper No. 103 – March 2013, Leuven Centre for Global Governance Studies.

# ARTICLE 20 OF THE UNESCO CONVENTION ON CULTURAL DIVERSITY: ITS USE FOR PROMOTING RESPECT FOR CULTURAL DIVERSITY IN WTO LAW\*

BEATRIZ BARREIRO CARRIL

*Lecturer of International Law and International Relations  
Rey Juan Carlos University*

Recibido: 06.12.2013 / Aceptado: 12.12.2013

**Abstract:** This article deals with the “conflict clause” in the UNESCO Convention for the Promotion and Protection of the Diversity of Cultural Expressions. The relationship to WTO Law is clear, since one of the purposes of this Convention is to reaffirm the States’ “sovereign right to formulate and implement their cultural policies and to adopt measures to protect and promote the diversity of cultural expressions and to strengthen international cooperation to achieve the purposes of [the Convention] (art. 5.1) which are, among others, to give “recognition to the distinctive nature of cultural ...goods and services as vehicles of identity, values and meaning” (art. 1.(g)). The commerce of such goods and services is the object of WTO Law. In order to reaffirm the cultural sovereignty of States, the Convention refers to possible measures that States may adopt, such as “regulatory measures aimed at protecting and promoting diversity of cultural expressions” (art. 6.2.(a)). Among these measures are the well-known quotas reserving a space for domestic audiovisual products, which would normally breach the general principles of WTO Law.

This article explores how the “conflict clause” set out in Article 20 of the UNESCO Convention may be successfully invoked, and where that is the case, whether the UNESCO Convention would be the applicable law. Since there is no precedent yet for successfully invoking Article 20 to apply the UNESCO Convention instead of, or as a complement to, WTO Law, this article speculates on some options opened up by interpreting international law in a way that is favourable to cultural diversity claims.

**Key words:** UNESCO Convention for the protection and promotion of the diversity of cultural expressions; WTO Law, Cultural Products, Audiovisual sector, “conflict clauses” in International Treaties, conflicts of treaties in International Law, Interpretation of Treaties.

**Resumen:** Este artículo se centra la cláusula de solución de conflictos entre tratados contenida en la Convención de la UNESCO para la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales. La relación con el Derecho de la OMC es clara, ya que uno de los objetivos de la Convención es reafirmar el derecho soberano de los Estados para implementar sus propias políticas culturales de apoyo a sus productos culturales. El principal foro donde se negocia el comercio de tales productos es la propia OMC.

---

\* This article has its origins in a paper presented at the Postgraduate and Early Professionals/Academics Network of the Society of International Economic Law (PEPA/SIEL) Conference at the Georg-August-Universität Göttingen which took place on 25-26 January 2013. I would like to thank the senior commentators on my paper at that Conference, Markus Gehring (University of Cambridge) and Anne Trebilcock (ILO [retired]/ Centre de droit international de Nanterre, Université de Paris 10). Their comments were very useful and have been taken into account in this article, which is part of a work in progress dealing with the analysis of the state of the “conflict clauses” introduced into several treaties that interact with WTO Law. I started this project during my research stay at the Institute of International and European Law at the Georg-August-Universität Göttingen in July 2012. I would like to thank Professor Peter-Tobias Stoll (Göttingen University) for his guidance in the subject of this work in progress. I am grateful to the Journal’s anonymous reviewers for their helpful comments. All errors are, of course, mine alone. I am grateful as well to Monica Sandor and Kyle Thomson for their invaluable help in revising the English for this article.

Este artículo explora como el artículo 20 de la Convención de la UNESCO puede ser invocado con éxito para favorecer la aplicación de la Convención. Dado que no hay un precedente similar, este artículo considera algunas opciones que la interpretación del Derecho Internacional permite para obtener un resultado favorable a las demandas de la diversidad cultural.

**Palabras clave:** Convención de la UNESCO para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; Derecho de la OMC; productos culturales, sector audiovisual; normas de solución de conflictos contenidas en tratados internacionales, conflictos entre tratados en Derecho Internacional, Interpretación de Tratados.

**Summary:** Introduction. II. Does Article 20 Work as a “Conflict Clause”? 1. The question of the Same Subject Matter. 2. A Narrow or a Broad Definition of Conflict? 3. A Case Before the WTO Panels. How to Apply Article 20 of UNESCO Convention. III. The Role of the UNESCO Convention in the Interpretation and Application of WTO Law. 1. The Non-subordination of the Convention. 2. The “Taking into Account” Obligation. 3. How to Interpret the Second Paragraph of Article 20. IV. Final remarks.

## I. Introduction

1. Many treaties that interfere with WTO Law contain “conflict of norms” clauses aiming to solve the conflicts which may arise between them and WTO Law. This is the case for the Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for certain hazardous Chemicals and Pesticides in international trade (1998), the Cartagena Protocol on biosafety to the Convention on Biological Diversity (2000) and the UNESCO Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (2005). The main question raised in this article can be formulated as follows: does the trend consisting of introducing “conflict of norms” provisions into international treaties provide something more than the classic provisions of international law contained in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT69), or on the contrary, is this simply a “fashion” in contemporary international law without real legal effects?

2. In order to shed some light on this question, this article takes as an example the case of the UNESCO Convention for the Promotion and Protection of the Diversity of Cultural Expressions (Convention on Cultural Diversity or CCD). The relationship to WTO Law is clear, since one of the purposes of this Convention is to reaffirm the States’ “sovereign right to formulate and implement their cultural policies and to adopt measures to protect and promote the diversity of cultural expressions and to strengthen international cooperation to achieve the purposes of this Convention (Art. 5.),” which are, among others, to give “recognition to the distinctive nature of cultural... goods and services as vehicles of identity, values and meaning (Art. 1.g)” The commerce of such goods and services is the object of WTO Law. With a view to reaffirming the cultural sovereignty of States, the Convention refers to possible measures that States may adopt, such as “regulatory measures aimed at protecting and promoting diversity of cultural expressions (Art. 6.2.a)”. Among these measures are the well-known quotas reserving a space for domestic audiovisual products, which would normally breach the general principles of WTO Law. But the measures which might compromise WTO obligations are not limited to such quotas. In addition, financial programmes supporting audiovisual products in a specific language or representing a specific culture might breach WTO obligations as well.<sup>1</sup>

3. The UNESCO Convention on Cultural Diversity continues the *cultural exception regime* under WTO Law. Such a regime is a very complex solution between, on the one hand, States - such as Canada - which in the Uruguay Round in 1993 argued for the complete exclusion of the audiovisual sector from the WTO Law, on the grounds that they are not products “as the others” but representations

<sup>1</sup> Such measures will be covered by article 6.2 (d) referring to “measures aimed at providing public financial assistance.”

of cultural identities, and on the other hand those States which wanted this sector to be governed by the general norms of WTO Law (United States). In the end, a compromise was reached whereby the Market Access and National Treatment commitments would be applied to the audiovisual sector only if such obligations are included in a State's schedule of commitments. Thus, a State which wants to preserve or introduce a quota for its audiovisual sector can opt not to list it. In addition, exemptions to the Most Favoured Nation Principle must be established explicitly. Among the measures that fall within the cultural exception regime are, for instance, the measures granting benefits through programs for the support of audiovisual products respecting certain origin criteria (the MEDIA Programme of European Union falls under this category of measures). States could opt to use this complex regime to preserve their cultural sovereignty regarding their audiovisual sector.

4. Since the existence of the "cultural exception" regime came under threat by the Doha Round of negotiations undertaken in 2001, the States most favourable to the "cultural exception" regime undertook a campaign to establish a culturally oriented instrument which could be used as a counterbalance to WTO Law and assume a special regime for cultural products. Thus, in 2005 the UNESCO Convention for the Promotion and Protection of the Diversity of Cultural Expressions (Convention on Cultural Diversity) was adopted. It safeguards States' sovereignty in cultural matters and gives examples of measures for protecting and promoting culture, including measures within the framework of the production and international commercialization of cultural products.

5. Even if the Convention is an instrument that is complementary rather than conflicting with other treaties<sup>2</sup>, and if certain situations which might seem to involve conflict can in fact be seen in terms of complementarity, there are some situations which quite clearly might call for the application of both the UNESCO Convention and WTO Law in a way that brings them into conflict. This is the case, for example, if a State A introduces a quota measure for an audiovisual product regarding which it has already accepted the Market Access and National Treatment commitments. Such a State would be invoking Article 6.2(a) of the UNESCO Convention in order to justify the quota<sup>3</sup> while State B would be claiming the violation of its WTO rights.

6. This article explores how the "conflict clause" set out in Article 20 of the UNESCO Convention may be successfully invoked, and where that is the case, whether the UNESCO Convention would be the applicable law. Of course, the possibilities of Article 20 will differ depending on the case.

7. Since there is no precedent yet for successfully invoking Article 20 to apply the UNESCO Convention instead of, or as a complement to, WTO Law, this article speculates on some options opened up by interpreting international law in a way that is favourable to cultural diversity claims. The author is conscious that some of the options explained below are not very likely to happen given the current state of international relations and that WTO can be seen as falling within the category of self-contained regimes in international law. However, exploration of this area is of interest since both the unity of international law and the growing consideration of cultural diversity as an interest that deserves protection and promotion in international law require a clear assessment of the normative value of Article 20 of the UNESCO Convention and its relation with WTO Law.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> In the same vein, it must be noted that the expression "conflict clause" in this article corresponds to the common trend in international law to refer this way to clauses in treaties dealing with their relationship to other treaties rather than to mean that the treaties which the clauses deal with – in this case the WTO agreements and the UNESCO Convention – are essentially in conflict. In fact, the UNESCO Convention is intended to be a complementary treaty.

<sup>3</sup> Article 6.2(b) can also be invoked in this case. It refers to "measures that, in an appropriate manner, provide opportunities for domestic cultural activities, goods and services among all those available within the national territory for the creation, production, dissemination, distribution and enjoyment of such domestic cultural activities, goods and services, including provisions relating to the language used for such activities, goods and services".

<sup>4</sup> For an approach of article 20 going beyond the relation of the Convention with WTO Law see A. CALVO CARAVACA, & C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La relación de la Convención con otros instrumentos internacionales* in J. PRIETO DE PEDRO AND H. VELASCO MAILLO, *Comentario al articulado de la Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones*

8. The interpretation of Article 20 is not at all an easy task. In fact, it has been seen as an article which goes “both ways”<sup>5</sup> [in the sense of claiming priority of the Convention while giving preference to other treaties at the same time] and therefore it has been suggested that it simply be ignored and that the Vienna Convention rules be given direct application instead.<sup>6</sup> This article tries, however, to study this article with the objective of finding ways to make the application of the normative content of the Convention possible. In what follows I examine some arguments which in my view allow the applicability of the Convention and anticipate answers for eventual counter-arguments. Article 20 has been the most difficult one to negotiate.<sup>7</sup> One may well ask whether the literal wording of Article 20 expresses the absolute and pure will of States, or more realistically, whether it does not also reflect the contingent elements in the negotiations, such as the rush to conclude them, the need to arrive at a compromise text, and so on. Such external factors might certainly be the reason for such a seemingly obscure and contradictory text.

## II. Does Article 20 Work as a “Conflict Clause”?

9. Under the title of “relationship to other treaties: mutual supportiveness, complementarity and non-subordination”, Article 20 reads as follows:

- “1. Parties recognize that they shall perform in good faith their obligations under this Convention and all other treaties to which they are parties. Accordingly, without subordinating this Convention to any other treaty,
- (a) they shall foster mutual supportiveness between this Convention and the other treaties to which they are parties; and
  - (b) when interpreting and applying the other treaties to which they are parties or when entering into other international obligations, Parties shall take into account the relevant provisions of this Convention.
2. Nothing in this Convention shall be interpreted as modifying rights and obligations of the Parties under any other treaties to which they are parties.”

10. As Professor Stoll notes regarding conflict clauses: “some of [these] provisions aim at promoting coherence within treaty systems. Others reflect the intention that the agreement at hand assumes a somewhat superior role.” This is the case of Article 103 of the Charter of United Nations. “In a much more limited way, Article 311 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) or Article 22 of the Convention on Biological Diversity (CBD) reflect the idea that its provisions or objectives deserve some degree of priority.”<sup>8</sup>

11. By contrast, the Rotterdam Convention and the Cartagena Protocol contain provisions expressing “the desire that the Convention’s relationship to other agreements be one of mutual support and that no subordination be created.”<sup>9</sup> It is not clear whether the UNESCO Convention fits in this group.

---

*culturales* (forthcoming publication in the frame of the Research Project DER2010-18064 “El nuevo orden de la cooperación internacional para la preservación de la diversidad cultural a la luz del Convenio de la Unesco de 2005. Referencia particular a España”).

<sup>5</sup> J. PAUWELYN, ‘The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-Making?’. *ASIL Insights*, 2005, available at <http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051115.html> (last visited 28 August 2013).

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad Cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 174-198

<sup>8</sup> P.-T. STOLL, ‘Article 20. Relationship to Other Treaties: Mutual Supportiveness’, in SABINE VON SCHORLEMER & PETER-TOBIAS STOLL (eds), *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes*. Heidelberg, Springer, 2012, p. 521.

<sup>9</sup> *Ibid.*

Even if there are a lot of similarities, Article 20 of the Convention is somehow different, since, as has already been suggested, it is difficult to interpret the degree to which it claims the non-subordination of the Convention, given Article 20, paragraph 2.

**12.** For a conflict to exist, international law requires that the parties to the dispute be bound by both treaties. This would be the case in a dispute between State A and State B, where both States are parties to the Convention, and where A defends a conduct, based on Article 6 CCD, that is in breach of a WTO right on the part of B.

**13.** Besides the requirement that both parties be bound by both treaties, the treaties also “have to deal with the same subject matter.”<sup>10</sup>

### 1. The question of the Same Subject Matter

**14.** Even a study of the negotiation process of Article 30 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (CV69), which deals with the application of successive treaties relating to the same subject matter, is not sufficient to determine the meaning of the term “same subject matter”.<sup>11</sup> When can one be said to be dealing with a case of same subject matter? As regards quotas, do these in fact concern a cultural matter which thus falls under the UNESCO Convention, or is it a commercial matter falling under WTO Law? To what extent is the conflict here of a cultural or of a commercial nature? “Should it be deemed that, [when the] subject-matter differs, there is no conflict?”<sup>12</sup>

**15.** Contrary to the opinion of a few internationalists, Article 30 of the Vienna Convention applies “even when the subject matter of the treaties may not be identical. It is enough for both treaties to deal with the same subject –even if only in part.”<sup>13</sup> The best definition of sameness of subject matter in a broad sense is the one provided by Vierdag: a same subject matter conflict arises when “a course of conduct is such as to attract the application of two different treaties”.<sup>14</sup> The UNESCO Convention offers a very clear assessment of the fact that “cultural activities, goods and services have both an economic and a cultural nature, because they convey identities, values and meanings, and must therefore not be treated as solely having commercial value”<sup>15</sup>. Hence, it is clear that “quota measures”, to continue with the example used in this article, are subject to WTO Law as well as to the UNESCO Convention.

<sup>10</sup> A. DAHRENDORF, ‘Trade Meets Culture. The Legal Relationship between WTO Rules and the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions’, *Maastricht Working Papers, 2006/11*, p. 7, available at [working.papers@law.unimaas.nl](mailto:working.papers@law.unimaas.nl).

<sup>11</sup> F. PALOLILLO, ‘Comments on Article 30’, in O. CORTEN & P. KLEIN., *Les Conventions de Vienne sur le Droits de Traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1283.

<sup>12</sup> P. ZAPATERO, ‘Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems’. *23 Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2005, p. 1.

<sup>13</sup> L. GÓMEZ BUSTOS & P. SAUVÉ, ‘A Tale of Two Studies? Assessing the Effects of the UNESCO Convention on Cultural Diversity on WTO Law’, in *Contribution to the Conference: “The New Agenda for International Trade Relations as the Doha Draws to an End”*. OBREAL/EULARO specialist papers. Barcelona, 2007, p. 45.

<sup>14</sup> A. RAMANUJAN, ‘Conflicts Over “Conflict”: Preventing Fragmentation of International Law’, *1 Trade, Law and Development*, 1, p. 177, citing VIERDAG. ODENDAHL’S assessment of the expression “same subject matter” in the heading of article 30 of VC69 expresses a similar idea:

“The exact delimitation of the formulation ‘relating to the same subject matter’ [...] may [...] be left aside since the notion of (in)compatibility remains the issue of crucial importance. Even though it has been eliminated from the heading of Art. 30, it is still to be found in the wording of paragraphs 2-5, thus governing the application of large parts of the provision. The explanation is obvious: if two treaties are not incompatible, *ie* if they are compatible with each other (and just regulate the same subject matter differently), there is no necessity of deciding on the priority to be given to one of them”. See KERSTIN ODENDAHL, ‘Article 30. Application of successive treaties relating to the same subject matter’, in O. DÖRR & K. SCHMALENBACH (EDS), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012, p. 505.

<sup>15</sup> See the Preamble of the Convention. A similar idea is reflected in principle 5 enunciated in Article 2 establishing the complementarity of economic and cultural aspects of development.

## 2. A Narrow or a Broad Definition of Conflict?

16. The potential conflicts between the UNESCO Convention and WTO Law are mostly conflicts between obligations and rights, and this is a subject which international law has not dealt with sufficiently.<sup>16</sup> Negotiators of the UNESCO Convention didn't address this issue either.<sup>17</sup> Is the use of a "narrow definition of conflict" – which would exclude the existence of a conflict in such a case – adequate in this instance? Would the use of this definition mean "that permissions [would] have to give way"? WTO panels normally use Jenks' narrow definition<sup>18</sup>; the Appellate Body's report *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* (adopted on 19 January 2010), in which China invoked the UNESCO Convention, appears to have been a lost opportunity to clarify the question of the scope of the definition of "conflict" between WTO Law and the UNESCO Convention.

17. In order for the UNESCO Convention to have any chance of being considered in "conflict" with WTO Law, it is necessary to use a broad definition of conflict such as the one proposed by Joost Pauwelyn: "a situation where one norm breaches, has led to or may lead to breach of, another norm".<sup>19</sup> In a similar way, J.-A. Salmon defines "antinomie" as "l'existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles; de telle sorte que l'interprète ne peut appliquer les deux règles en même temps, qu'il doit choisir ('the existence of incompatible legal rules in a given legal system; which has the consequence that the interpreter cannot apply both rules at the same time, that he has to make a choice')."<sup>20</sup>

18. Indeed, in the context of Multilateral Environment Agreements, Pauwelyn argues that "for the new environmental rule to have any effect, it should be recognized that in these circumstances as well there is conflict, namely, conflict between an obligation in the WTO and an explicit right granted elsewhere".<sup>21</sup> Such an approach would be useful regarding the Cultural Diversity Convention.<sup>22</sup>

## 3. A Case before the WTO Panels. How to Apply Article 20 of UNESCO Convention

19. If a WTO Panel is faced with the "quota measures" presented in this article, it must apply the "conflict rules of international law." Since "the WTO treaty agreements do not contract out from [them],"<sup>23</sup> and "the agreements of WTO Law do not include a provision that is aimed at the relationship of the WTO Agreement [...] with other international agreements,"<sup>24</sup> one may well ask whether the Panel would take Article 20 as a "conflict clause" in terms of Article 30.2 of the Vienna Convention in order to determine which law (WTO or UNESCO) would apply. In fact, Article 30.2 of VC69 specifies that "when a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail."

20. The possibility of the Panel doing so is quite unlikely. WTO treaties have a vocation of permanence which does not fit well with the application of "conflict clauses" established in treaties. It is

<sup>16</sup> E. VRANES, 'The Definition of "Norm Conflict" in International Law and Legal Theory', 17 *The European Journal of International Law*, 2006, 2, p. 395. C. GERMANN, 'Towards a Global Cultural Contract to Counter Trade-related Cultural Discrimination', in N. OBULJEN & J. SMIERS, *UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it work*. Zagreb, Culturelink, 2006.

<sup>17</sup> As can be deduced from the reading of the different drafts and explanatory notes during the process of negotiating the Convention.

<sup>18</sup> VRANES, *supra* note 16, 395-399.

<sup>19</sup> Quoted in *ibid.*, pp. 406-407.

<sup>20</sup> Quoted in *ibid.*

<sup>21</sup> DAHRENDORF, *supra* note 10, p. 9, citing PAUWELYN.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Cited by *ibid.*, p 17. DAHRENDORF notes, "This has been determined by the Korea – Procurement Panel." *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS/163/R, adopted June 19, 2000.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 22.

very unlikely that the Dispute Settlement Body (DSB) would look to non-WTO Law to solve a conflict between its law and external law in such a way that it overrules its own law.<sup>25</sup>

**21.** However, as Ivan Bernier observes:

“The possibility of a reference to Article 20 cannot be ruled out inasmuch as the Dispute Settlement Body has recognized that non-WTO legal instruments could, in some cases, play a role in the interpretation of the organization’s agreements. The scope of this overture must yet be defined, as it is far from clear. For the moment, the least we can say is that the Dispute Settlement Body’s jurisprudence on the subject lacks consistency”<sup>26</sup>

**22.** At any rate, taking into account Article 20.2, which forbids the interpretation of the UNESCO Convention in such a way as to result in the modification of obligations established in other treaties, the role of art. 20 in determining the applicability of the UNESCO Convention will be limited only to cases where the existence of a breach of WTO Law on the grounds of the application of CCD is not clear. In such cases, interpretation could orient WTO Law in a way that is respectful of cultural diversity. In fact, “whereas the GATT was largely inward-looking, one of the major transformations that occurred with the establishment of the WTO was the openness of the [Appellate Body] to other rules of international law.”<sup>27</sup>

**23.** Another way for WTO Panels to apply UNESCO Convention over WTO Law is to take the argumentation that Article 20 “would not fall under Article 30 (2) of the Vienna Convention”<sup>28</sup> as starting point. The literal meaning of such an article refers only to “clauses conceding priority to other treaties.”<sup>29</sup> As has been pointed out above, Article 20 seems to go “both ways”.<sup>30</sup> For these reasons it might be considered more reasonable to go directly to the conflict rules of international law, and in particular the rule of *lex posterior* contained in Article 30 (3)<sup>31</sup>, which states that “when all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under Article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty”. Since the UNESCO Convention is the latter treaty, it would have, following such an argumentation, a “formal” chance of being applied: in the case of a quota set by State A which is incompatible with State B’s rights under WTO Law, the DSB might declare that the UNESCO Convention is the law that applies to the case at hand, rather than WTO Law.

**24.** However, there is little likelihood that such a situation would arise. First of all, it must be noted that it is necessary for the DSB to apply the UNESCO Convention’s “conflict clause” – Article 20 – to resolve the conflict, and then, in a second step, to decide that, since the Article is not clear enough (i.e., it “goes in both ways”<sup>32</sup>), the DSB will apply the *lex posterior* rule.

<sup>25</sup> P. ZAPATERO MIGUEL, *Derecho del Comercio Global*, Madrid, Civitas, 2003, p. 358. See in the same vein, I. Bernier, ‘The Relationship between the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and Other International Instruments: the Emergence of a New Balance in the Interface between Commerce and Culture’, *Cultural Diversity/Diversité culturelle*, 2009.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 13. Such was the case of *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, which severely restricts the use of asbestos, where the Appellate Body of the WTO found that “under Article XX (b) of GATT, a French decree prohibiting Asbestos and Products Containing Asbestos was necessary to protect human life... or health”.

<sup>27</sup> JOOST PAUWELYN & MANFRED ELSIG, ‘The Politics of Treaty Interpretation’, in Jeffrey E. Dunoff & Mark A. Pollack, *Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations. The State of the Art* (2013), 457.

<sup>28</sup> DAHRENDORF, *supra* note 10, p. 21.

<sup>29</sup> ODEDAHL, *supra* note 16, p. 512.

<sup>30</sup> PAUWELYN, ‘The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO’, *supra* note 5. For an enumeration of the different kinds of “conflict clauses” (subordination clauses, clauses claiming priority, etc.), see Odenahl, *supra* note 14, p. 512.

<sup>31</sup> DAHRENDORF, *supra* note 10, 21.

<sup>32</sup> PAUWELYN, ‘The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO’, *supra* note 5.

**25.** Here, again, the solution depends on whether we are facing a situation in which a quota measure is clearly in breach of WTO Law (since Article 20.2 of the UNESCO Convention does not allow for the modification of existent obligations, as we will see later) or a situation in which a quota, even if at first glance forbidden under WTO Law, may be covered by an exception to the General Agreement on Trade and Services if it can be interpreted as falling under article XIV a) (to be discussed further below). Such a situation would offer a healthy opportunity for WTO Law to draw upon other external norms of international law which also bind many Member States of the WTO.

**26.** Another important issue in this regard is the fact that “Article 3.2 of the DSU [Dispute Settlement Understanding] requires the DSB Recommendations and rulings of the DSB *cannot add to or diminish* the rights and obligations provided in the covered agreements.”<sup>33</sup> The DSB would not, therefore, be competent to apply the Convention.

**27.** In fact, Pauwelyn has referred to cases where “the panel may ... decline jurisdiction on the ground that the dispute is in fact not genuinely a dispute under WTO rules, but raises rather claims under non-WTO rules for which it has no jurisdiction.” He has suggested that in such cases “the disputing can subsequently be brought before another court or tribunal”. It is important to emphasize that “in [such] case, any remaining WTO aspect of the dispute can then be referred back to a WTO panel, which should, in turn, take account of any rulings made under the other treaty.”<sup>34</sup> In a case where the WTO Panel does not know exactly how to interpret a quota measure, it could submit the case to the mechanism of Article 25 of the UNESCO Convention. This provision “has been made [...] to deal with any possible disagreements on the interpretation or application of particular rules or principles relating to the Convention from a strictly cultural perspective.”<sup>35</sup> A useful cooperation between WTO and the UNESCO mechanisms of dispute settlement could emerge. For example, in the aforementioned case of “China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products” before the WTO bodies, the issue of whether the exception on grounds of the necessity of protecting public morals, provided for in Article XX(a) of GATT<sup>36</sup>, can be permitted or supported by Article 8 of the Universal Declaration on Cultural Diversity (whose text is included in the Preamble to the Convention) as invoked by China, was simply assumed without examination.<sup>37</sup> In fact, such a possibility is not at all clear from a cultural point of view. An excessive protection of public morals can in fact be contrary to the principle of openness and balance formulated in Article 2.8 of the UNESCO Convention, which states that “when States adopt measures to support the diversity of cultural expressions, they should seek to promote, in an appropriate manner, openness to other cultures of the world and to ensure that these measures are geared to the objectives pursued under the present Convention”. The mechanism of conciliation provided in Article 25 of the UNESCO Convention would be very useful for enriching WTO Law from a cultural perspective.

**28.** At any rate, following Pauwelyn’s description of the new Convention as a way “to refine the application and exceptions to free trade principles,” and emphasizing the fact that “International law is not made only at the WTO,”<sup>38</sup> one can argue that if States A and B were to agree on overruling the WTO provision at issue for the sake of cultural diversity, they could legitimately do so when they ratify the UNESCO Convention.

<sup>33</sup> *Ibid.* (emphasis added).

<sup>34</sup> J. PAUWELYN, ‘How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law?’ in *At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round*. (Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Europaforschung Publication Series, 2008), 8, p. 48.

<sup>35</sup> UNESCO, *30 Frequently Asked Questions Concerning the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, pp. 10-11.

<sup>36</sup> Since reading materials and finished audiovisual products fall under “cultural goods”, it is not the GATS which applies here but the GATT. Both treaties contain an article enumerating the General Exceptions to the provision of each agreement, which are quite similar. Both contain an exception regarding “public morals”.

<sup>37</sup> See Paragraph 7.751 of the Report of the Special Group.

<sup>38</sup> PAUWELYN, “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO”, *supra* note 5.

29. Nevertheless, the example given here of a quota measure by one State breaching a right based on WTO Law of another State is very close to the situation described in Article 41 CV69. Indeed, the question of assessing, in the hypothetical case given as an example here, whether State A's quota would be in breach of WTO Law, or whether the UNESCO Convention must be seen as a "modification" of WTO Law allowing such a situation is not a straightforward one, and interpretation is essential. It has been argued by many scholars that a modification of the WTO obligations of States Parties to the UNESCO Convention is not possible since such a "modification" would fall under Article 41 CV69, which states that "two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if the modification in question is not prohibited by the treaty and does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations and does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole." For some scholars, the modification of their WTO obligations by States Parties to the Convention would be contrary to the "single undertaking" principle.<sup>39</sup> However, the viability of this principle in its current terms is increasingly being called into question.<sup>40</sup> Besides, as Carmody notes,

"while the protection of expectations is the [WTO] treaty's principal concern, this is not its *only* concern. The treaty's secondary purpose is to *promote the adjustment to realities*, by which I mean that the treaty gives some flexibility to governments to deal with situations encountered in the actual course of trade. These might involve unfair trade, or the need to protect the environment while engaging in trade."<sup>41</sup>

30. Is cultural diversity starting to be construed as a concern of the international community?<sup>42</sup> It seems quite likely that this is the case, and WTO Law will likely be eventually adjusted to accommodate this common concern. The question of the possibility for some States to modify or "refine"<sup>43</sup> WTO Law is, therefore, still unresolved and quite open.

### III. The Role of the UNESCO Convention in the Interpretation and Application of WTO Law

#### 1. The Non-subordination of the Convention

31. The first paragraph of Article 20 refers to the spirit of the "*Pacta Sunt Servanda*" principle (Article 26 VC69). Hence, it could be considered superfluous.<sup>44</sup> However, some nuances can be identified. As Ruiz Fabri notes, "the first sentence of paragraph 1 ['Parties recognize that they shall perform in good faith their obligations under this Convention and all other treaties to which they are parties'] merely recalls an obligation that always exists even if not expressly stipulated". But "the second sentence ['without subordinating this Convention to any other treaty, they shall foster mutual supportiveness between this Convention and the other treaties to which they are parties', 20.1(a)] can be broken down

<sup>39</sup> This principle means that "virtually every item of the negotiation is part of a whole and indivisible package and cannot be agreed separately [...] 'Nothing is agreed until everything is agreed'." See this definition at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/dda\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm) (last visited 28 August 2013).

<sup>40</sup> For the future evolution of the single undertaking principle, see C. VANGRASSTEK & P. SAUVÉ, 'The Consistency of WTO Rules: Can the Single Undertaking Be Squared with Variable Geometry?' *Journal of International Economic Law*, 2006, 9, 4, p. 837.

<sup>41</sup> C. CARMODY, 'A Theory of WTO Law' 2009, draft prepared for the ASIL International Economic Law Research Colloquium, UCLA Law School, p. 5.

<sup>42</sup> See the discussion of this question in B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 316-318.

<sup>43</sup> Using Pauwelyn's expression. PAUWLEYN, 'The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO', *supra* note 5

<sup>44</sup> As Manero notes, following Hahn, in A. MANERO SALVADOR, "El Comercio de bienes culturales en la OMC", in C.R. FERNÁNDEZ LIESA & J. PRIETO DE PEDRO (eds), *Cultura y Comercio en la Comunidad Internacional*, Madrid, Escuela Diplomática, 2007, p. 70.

into several components. It proclaims the non-subordination of the Convention to other treaties and then clarifies two implications.”<sup>45</sup>

**32.** According to Ruiz Fabri, the explicit “mutual supportiveness between this Convention and the other treaties” has some effects. Even if the inclusion of the obligation contained in Article 20.1(a) could be considered superfluous in Hahn’s view, it can serve to point out an implicit fact relevant to this UNESCO treaty, whose relations with WTO Law are not at all straightforward. This implicit fact is the non-contradiction between WTO Law and the UNESCO Convention, which can be relevant when interpreting WTO Law. In fact, as Ruiz Fabri notes, “to be mutually supportive” the two treaties must be “non-contradictory, which leads to a logic of conciliation and complementarity”.<sup>46</sup> Besides, one must interpret this implication in a way that is consistent with the entire sentence, and thus the obligation of “fostering” “should be read in the light of non-subordination.”<sup>47</sup> For Professor Stoll, the concept of non-subordination may be understood as “a plea not to give any automatic preference to the norms of another international treaty vis-à-vis the norms of the CCD”.<sup>48</sup>

## 2. The “Taking into Account” Obligation

**33.** The second obligation set out in Article 20.1 [“when interpreting and applying the other treaties to which they are parties or when entering into other international obligations, Parties shall take into account the relevant provisions of this Convention” 20.1(b)] is, according to Ruiz Fabri, that of “taking into account”, which “may seem rather vague.”<sup>49</sup> But “the ‘taking into account’ formula should also, and again, be read in the light of non-subordination. This presupposes an effective ‘taking into account’, within a context of conciliation.”<sup>50</sup>

**34.** According to Bernier,

“The language of Article 20.1 (b) ... imposes a positive duty on the Parties to take into account the relevant provisions of the Convention. The expression “to take into account” is sometimes seen as a weak obligation because it does not insure a specific result. But this is a misunderstanding of the nature of the obligation which is not a substantive obligation but a procedural obligation. Now procedural obligations are not insignificant. Depending on the context, the non-respect of an obligation to take into account may be sufficient to invalidate a process or a decision.”<sup>51</sup>

**35.** With regard to the question of quotas on the part of State A in the example given above, these quotas could eventually, as already pointed out, find their way into one of the General Exceptions of Article XX of GATT and Article XIV of GATS. Article 20.1(b) can therefore be useful in interpreting the catalogue of exceptions, as well as the general requirements of the measures falling under these articles (e.g. the condition of “necessity” required in them)<sup>52</sup>, in such a way that they entail respect for cultural diversity.

**36.** Regarding this question, it seems that it would not be necessary for all the members of WTO to also be parties to the latter treaty (CCD) in order to accept the “taking into account” of it by the DSB<sup>53</sup>.

<sup>45</sup> H. RUIZ FABRI, ‘Reflections on possible future legal implications on the Convention’, in N. OBULJEN & J. SMIERS, *UNESCO’s Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Making it Work*, Zagreb, CULTURELINK, Institute for International Relations, 2006, p. 83.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>48</sup> STOLL, *supra*, note 8, p. 532.

<sup>49</sup> RUIZ FABRI, *supra* note 45, p. 83.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>51</sup> I. BERNIER, “The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions: a cultural instrument at the junction of law and politics”, *Cultural Diversity/Diversité culturelle* (2008), p. 23.

<sup>52</sup> DAHRENDORF, *supra* note 10, p. 32.

<sup>53</sup> Following the solution given in *US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, October 12, 1998. *Ibid.*, p. 28.

It seems to suffice for the latter rule to be “at least implicitly accepted or tolerated.”<sup>54</sup> In the case of the UNESCO Convention, this is not the case, since the United States has been a persistent objector to the Convention from the very beginning of its negotiations.

37. In any case, it is difficult to come to terms with the fact that in a very specific case between States Parties to the Convention the DSB is not going to take the Convention into account, especially when only one member of the international community – the United States – seems to fall under the category of “persistent objector” to the UNESCO Convention. An effective approach to treaty interpretation leaving room for new concerns and “[intending] to expand the normative scope of treaties”<sup>55</sup> would be appropriate for facilitating the application of UNESCO Convention before the DSB of WTO.

### 3. How to Interpret the Second Paragraph of Article 20

38. As Ruiz Fabri notes,

“taken in isolation, [the second paragraph] corresponds to a so-called “without prejudice” formula that prevents the Convention from producing effects on other treaties. However, it cannot be read in isolation. It is also necessary to consider its literal meaning and situate it in time. It is a question of “modifying” rights and obligations under other treaties.”<sup>56</sup>

39. For Professor Stoll, this second paragraph “must be interpreted as a limit for the interpretation stated in paragraph 1.”<sup>57</sup>

40. In any case, and following Ruiz Fabri, it seems quite clear that “the Convention does not claim to revise existing agreements and, considering its provisions, it cannot be used as a basis for calling into question commitments such as those that some States may have undertaken within the WTO.” Such a result is quite disappointing for observers like Armand Mattelart, who have maintained that “a Convention that was not on sales should allow States that have renounced their ‘cultural sovereignty’ by signing multilateral or bilateral agreements forbidding quotas to get it back.”<sup>58</sup> However, one must note that, from an international law point of view, there is no *cultural, economic or political* sovereignty as such at stake, since the legal concept of sovereignty does not refer to a catalogue of issues *rationae materiae*, which are sometimes difficult to distinguish, but rather to the fact that the given issue still falls under the “domain réservé”;<sup>59</sup> this is not the case when a State has freely signed an agreement to liberalize its audiovisual sector. One must note, however, that in such a case the State has not “lost” its cultural sovereignty, but exercised it by signing a free-trade agreement.

### IV. Final remarks

41. It is clear that Article 20 – or, indeed, the whole Convention – is not written in terms that conflict with or contradict other instruments. On the contrary, it is its complementarity which prevails. In the first part of this article I suggest that the best – and perhaps only – role that Art. 20 of the UNESCO Convention can play is in the interpretation of WTO provisions from a cultural perspective and in the enriching of the dialogue between the WTO and the UNESCO Convention’s mechanisms for the settlement of disputes.

<sup>54</sup> Following Pauwelyn. See DAHRENDORF, *supra* note 10, p. 28.

<sup>55</sup> Using Cassese’s expression. See A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 179.

<sup>56</sup> RUIZ FABRI, *supra* note 45, p. 84.

<sup>57</sup> STOLL, *supra* note 8, pp. 540-541.

<sup>58</sup> A. MATTELART, *Diversité culturelle et mondialisation*, Paris, La Découverte, 2005, p. 99 (my own translation).

<sup>59</sup> J. Kranz, ‘Réflexions sur la souveraineté’, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 208.

**42.** Article 20 does not offer definitive answers to the question of conflicts. This highlights the complexity of the new concerns of the international community and therefore encourages the search for new ways to deal with them under international law. The interpretation of treaties will be an appropriate scenario to take into account these new concerns.

**43.** One must also bear in mind that WTO Law is a law in the process of construction: the Doha negotiations have not yet finished and the agreements made there should take into account the UNESCO Convention. In this regard it would seem that Anke Dahrendorf is right when she suggests that:

“In order to give cultural diversity legal importance within the WTO framework, an amendment of the GATT 1994 and the GATS is necessary. A cultural exception should be added to the currently existing exceptions on public interests, such as environment and public health. The majority of WTO Members have deep concern with the protection of cultural diversity; this should be reflected in the World Trade Organization of today.”<sup>60</sup>

**44.** In fact, such an amendment can be interpreted as an obligation under the UNESCO Convention on Cultural Diversity, based on Articles 20.1.b) and 21, which establishes the Parties’ obligation of “undertaking to promote the objectives and principles of this Convention in other international forums”. For this purpose, Article 21 continues, “Parties shall consult each other, as appropriate, bearing in mind these objectives and principles.” Any enthusiasm invested in the possibility of such an interpretation, must be, however, tempered, taking into account the Declarations and Reservations made by some States Parties in the Convention: New Zealand declares that “it considers the clear legal effect of Article 20 is to ensure the provisions of the Convention do not modify *in any way* the rights and obligations of the Parties under other treaties to which they are also parties,”<sup>61</sup> as if such article had no other effects. In its Reservation with regard to Article 20 (1) (a) and (b) Australia states that “the Convention shall be interpreted and applied in a manner that is consistent with the rights and obligations of Australia under any other treaties to which it is a party, including the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. This Convention shall not prejudice the ability of Australia to freely negotiate rights and obligations in other current or future treaty negotiations.” This last sentence is remarkable, as it is the reservation of the United Mexican States to the interpretation of Article 20, stating that “(a) This Convention shall be implemented in a manner that is in harmony and compatible with other international treaties, especially the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and other international trade treaties... (c) With regard to paragraph 1 (b), Mexico does not prejudice its position in future international treaty negotiations.”<sup>62</sup>

**45.** It must be noted that of all the Reservations and Declarations formulated until present (of which there are ten) those referring to Article 20 are the most common.

**46.** The aim of this article has been to examine the possible uses or applications of article 20 which can foster cultural diversity in WTO Law. Though there are not many such possible uses there are some significant ones to be considered. Paragraph 1.b) of Article 20 offers, in my view, important potentialities for the “taking into account” of cultural diversity by WTO bodies. However, the expectations for the “taking into account” obligation are, currently, quite low. In the same vein as the aforementioned reservations, the case “*China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*,” has shown that third Parties<sup>63</sup> involved in the case interpret Article 20 in a very restrictive way regarding the promotion of cultural diversity in WTO Law. But that does not prevent the interpretation of Article 20 -namely its paragraph 1.b- in a manner that is more favorable to cultural diversity by emphasizing the procedural character of the “taking into

<sup>60</sup> DAHRENDORF, *supra* note 10.

<sup>61</sup> Emphasis added.

<sup>62</sup> See [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31038&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html#reserves](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#reserves)

<sup>63</sup> Korea, Japan and Australia. Note that Korea and Japan are not Parties in the Convention.

account” obligation contained in that Article. An interpretation favorable to cultural diversity is more likely to take place when States involved in the dispute are States which are supporters of the UNESCO Convention. Moreover, in my view, it would not be absurd to argue that some of the aforementioned reservations to the UNESCO Convention would be against its object and purpose.

47. One must recognize that the legal value of the *environmental principle* has a lot to do with the strengthening of the procedural obligations which shape it. Hence, it is a question of time as well as of lobbying by the cultural civil society –which is weaker and less organized than the environmental one- to make the obligation of “taking into account” in Article 20.1 b) more effective. A recent reflection by Intergovernmental Committee of the UNESCO Convention regarding not article 20.1b) but article 21, which also contains procedural obligations to follow in the frame of decision-making processes in other international forums, states that: “it is still too early to evaluate the impact of Article 21, which depends on long-term effects entailing major changes at institutional and governance levels”<sup>64</sup>.

48. Hence, we can expect that, in the near future, UNESCO Convention’s Conference of Parties will give *operational guidelines* specifying mechanisms for making Article 20.1.b) an efficient obligation.

49. Last but not least, I would like to draw attention to the construction of the Post-2015 Millennium Development Goals (MDG) Agenda and the eventual inclusion of *cultural diversity concerns* in this Agenda. More than relying on financial assistance, the existence of a *legal principle of cultural diversity-based development* relies on the strengthening of “taking into account” obligations such as the one stated in Article 20.1.b) of the UNESCO Convention. It is necessary for States considering themselves supporters of cultural diversity to become aware of the importance of these kinds of obligations and to act in consistency with them. States’ donations to the UNESCO Convention’s Cultural Diversity Fund or other similar Funds need to be accompanied by positions favoring cultural diversity in WTO and other commercial forums.

---

<sup>64</sup> See the “first report on the impact of the implementation of Article 21 of the Convention Intergovernmental Committee for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions” annexed to the document “Item 12 of the provisional agenda,” Intergovernmental Committee of UNESCO Convention, 7th ordinary session, Paris, UNESCO 10-13 December 2013, p. 13. Available at <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002249/224906e.pdf>

# REFLEXIONES SOBRE LOS REGÍMENES ESPECIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SUCESORIO SEGÚN EL REGLAMENTO EUROPEO 650/2012 DE 4 DE JULIO DE 2012

NAIVÍ CHIKOC BARREDA

*Notario de Québec*

*Cátedra del Notariado, Universidad de Montréal (Québec)*

Recibido: 07.01.2014 / Aceptado: 13.01.2014

**Resumen:** La oposición tradicional entre el sistema escisionista y el sistema unitario de ley aplicable a la sucesión encuentra un factor conciliador en el respeto de las “disposiciones especiales” de la *lex rei sitae* sobre determinados bienes de la herencia, aplicables con independencia de la norma de conflicto. Lo que se pretende es respetar un mínimo normativo de la ley del Estado de situación de los bienes en contra de la amenaza que representa la competencia general de una *lex successionis* extranjera. Este bloque normativo irreductible se presenta como un puente que une las dos soluciones extremas en una posición intermedia, donde no se contempla la escisión en su significado clásico derivado de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes (escisión territorial general), pero donde se rompe el principio de la unidad sucesoria en razón de determinadas consideraciones sustanciales derivadas de la destinación económica, familiar o social de los bienes, por medio de una conexión especial a la *lex situs*. Esta es la posición adoptada por el artículo 30 del Reglamento europeo sobre sucesiones de 4 de julio de 2012.

**Palabras clave:** sucesión internacional, Reglamento europeo sobre sucesiones, normas de policía, artículo 30, regímenes sucesorios especiales, disposiciones especiales, sucesión anómala, atribución preferente, *lex rei sitae*, destinación económica, familiar o social, escisión, unidad, explotación agraria, vivienda familiar, troncalidad.

**Abstract:** The traditional conflict between the scission and the unitary system of the law applicable to succession finds a conciliatory factor in the observation of the “special provisions” of the *lex rei sitae* over some particular assets of the estate notwithstanding the conflict rule. The intention is to preserve a minimal content of the State’s law where certain assets are located against the threat that a foreign *lex successionis* brings about. This uncompromising set of rules presents itself as a bridge to close the gap between these two extreme solutions. It does not contemplate the classic meaning of scission based on the movable or immovable nature of the property (territorial scission), but it breaks nonetheless the principle of unity, in favor of certain substantial considerations derived from the economic, family or social function of some specific assets, by means of a special connection to the *lex situs*. This is the position stated by Article 30 of the European Regulation on succession matters adopted on July 4th, 2012.

**Keywords:** international succession, European Succession Regulation, mandatory rules, article 30, particular inheritance regimes, special provisions, special succession, preferential attribution, *lex rei sitae*, economic, family or social considerations, scission, unity, agricultural exploitation, family home, troncalidad.

**Summary:** I. Introducción. II. La gestación del artículo 30 RS. III. Los regímenes sucesorios particulares del artículo 15 CLH1989. 1) Discusiones durante la negociación del texto. 2) Conclusión del Informe explicativo de la Comisión. IV. Análisis literal comparativo del supuesto de hecho del artículo 30 RS. V. La voluntad de aplicación de la *lex rei sitae* exigida por el artículo 30 RS.

1) La calificación de las disposiciones especiales como normas de policía del situs. 2) El ejemplo francés: las atribuciones preferentes. VI. El carácter sucesorio de la disposición especial: la sucesión anómala y la atribución preferente. VII. La destinación de los bienes sujetos a disposiciones especiales. 1) La destinación de los bienes: una noción clave. 2) La sucesión en la explotación agraria. 3) La transmisión de los bienes troncales en Derecho sucesorio vasco. 4) La sucesión en la vivienda familiar. VIII. Interpretación estricta de las disposiciones sucesorias especiales del artículo 30 RS. IX. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Con la adopción del Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201, de 27.07.2012 (RS), quedan unificadas las reglas de Derecho Internacional Privado en una materia tradicionalmente impregnada de divergencias y particularismos nacionales. La adopción del Reglamento fue precedida de un largo proceso de consulta y reflexión cuyos hitos principales han sido minuciosamente descritos por parte de la mayoría de los trabajos que abordan la problemática del Reglamento. A los fines de nuestro análisis, nos limitaremos a mencionar tres documentos fundamentales dentro de los antecedentes del instrumento comunitario.

2. En primer lugar, destacamos la redacción del «*Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*», completado el 8 de noviembre de 2002 y publicado en 2004<sup>1</sup> por el Instituto Notarial Alemán (DEUTSCHES NOTARINSTITUT), bajo la dirección de los profesores Heinrich DÖRNER y Paul LAGARDE (en adelante: “*Étude de droit comparé*”), el cual contiene una presentación de las problemáticas vinculadas a la regulación de las sucesiones internacionales en la Unión Europea, al tiempo que ofrece una síntesis comparativa de las normas en vigor en los Estados miembros en materia de competencia internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones, ley aplicable a la sucesión, prueba de la condición de heredero y Derechos sucesorios internos.

3. En segundo lugar se inscribe el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos [documento COM(2005) 65 final] presentado el 1 de marzo de 2005 por la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>2</sup>, abriendo un período de consulta alrededor de 39 preguntas que cubrían los principales aspectos de las sucesiones transfronterizas en vista de la adopción de un instrumento comunitario cuya regulación abarcara los aspectos relativos a la competencia internacional, la ley aplicable y la prueba de la condición de heredero. El Libro Verde recibió alrededor de 50 respuestas provenientes de numerosos organismos, autoridades gubernamentales, asociaciones jurídicas, profesionales, instituciones y grupos de expertos<sup>3</sup>.

4. Como tercer momento clave dentro del proceso de armonización de las normas de conflicto sucesorio, sobresale la presentación por la Comisión de las Comunidades Europeas el 14 de octubre de 2009, de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (PR) [documento

<sup>1</sup> DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *Les Successions internationales dans l'UE : perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, pp. 1-166, en [http://www.dnoti.de/eu\\_studie/eu\\_studie\\_en.htm](http://www.dnoti.de/eu_studie/eu_studie_en.htm).

<sup>2</sup> Texto disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005\\_0065es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0065es01.pdf).

<sup>3</sup> Vid. [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/050301_en.htm).

COM(2009) 154 final], (en adelante: “la Propuesta”)<sup>4</sup>, la cual fue seguida de una intensa actividad doctrinal de interpretación.

5. Fiel a la posición preconizada por el *Étude de droit comparé*, el Libro Verde y la mayoría de las contribuciones emitidas en respuesta al mismo, el proyecto de reglamento optó desde el inicio por la unidad sucesoria. Sin embargo, la progresión hacia la unidad no estuvo exenta de obstáculos. La preocupación por respetar las exigencias del Estado de situación de los bienes a través de una reserva especial en favor de determinados regímenes sucesorios sobre bienes que, en razón de su finalidad económica, social o familiar, debían prevalecer sobre la ley sucesoria general, se manifestó continuamente en todos los proyectos del texto reglamentario.

6. El Reglamento adopta definitivamente el sistema unitario, tanto respecto a la conexión objetiva de la sucesión a la última residencia habitual del *de cuius* (artículo 21 RS), como desde el punto de vista subjetivo, al permitir la *professio iuris* únicamente sobre la totalidad de la sucesión (artículo 22 RS). Sin embargo, el legislador europeo, sucumbiendo al atractivo de la efectividad de decisiones que condiciona en último término la eficacia de la norma de conflicto, reconoció en el artículo 30 RS la preeminencia de la *lex rei sitae* sobre aquellos bienes cuya sucesión se encuentra gobernada por disposiciones especiales. Es al análisis de esta excepción particular introducida en el artículo 30 RS que serán consagradas las siguientes páginas.

7. Aunque el estudio de los regímenes sucesorios particulares en Derecho Internacional Privado constituye un ejercicio teórico arduo, el tema presenta un interés práctico innegable. La aparición creciente de regímenes sucesorios especiales en el Derecho Sucesorio contemporáneo deriva de una orientación legislativa protectora de determinados intereses materiales (de orden económico, familiar o social) vinculados a una categoría especial de bienes. La sucesión en la empresa familiar agraria, comercial o industrial, la atribución de bienes o derechos al cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar, la transmisión de bienes cuyo origen familiar reivindica su retorno a la línea de procedencia, son evocadoras de una pluralidad de instituciones que aportan un colorido especial a las normas de Derecho sucesorio común.

8. Prueba de la actualidad de este fenómeno de “especialización sucesoria” es la creación de instituciones que exigen un tratamiento particular por causa de circunstancias especiales, a través de las recientes reformas introducidas en determinados ordenamientos jurídicos<sup>5</sup>. No obstante, es válido aclarar que las disposiciones especiales de esta naturaleza no son todas una novedad legislativa. Por el contrario, provenientes del Derecho feudal, muchas han permanecido en las codificaciones civiles nacionales y más específicamente, en las legislaciones regionales europeas. Las mismas responden a una concepción ancestral de la transmisión sucesoria centrada en la organización familiar de la propiedad agraria.

9. A modo de ilustración, mencionemos el principio de troncalidad reconocido en el Fuero de Bizkaia de 1526, según el cual los bienes inmuebles situados en el territorio de Bizkaia son transmitidos

<sup>4</sup> Texto disponible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2009\)0154 /com\\_com\(2009\)0154\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2009)0154/com_com(2009)0154_es.pdf).

<sup>5</sup> Por ejemplo, en Francia, la ley no. 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001, *Loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral* (J.O. 24 déc. 2001, p. 19279) y la ley no. 2006-728 de 23 de junio de 2006, *Loi portant réforme des successions et des libéralités* (J.O. 24 juin 2006, p. 9513) introdujeron el derecho de retorno de los colaterales y ascendientes privilegiados del causante, respectivamente. La segunda legislación amplió además el campo de aplicación de las atribuciones preferentes sobre determinados bienes. En España, la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad* (BOE de 19 de noviembre de 2003) instituyó un derecho legal de habitación sobre la vivienda en favor del legitimario discapacitado que convivía con el causante en el momento de la muerte. Por otra parte, la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, publicada en el BOE el 2 de abril de 2003 modificó el artículo 1056 del Código Civil para permitir al testador el pago de la legítima en metálico, con el fin de mantener en indivisión una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas.

imperativamente a los parientes tronqueros; el sistema noruego del *åsetesretten* cuya regulación se remonta al año 1539 y es el fruto de una concepción parental lineal (línea descendente) de la transmisión de la explotación agraria, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En Alemania y Austria encontramos igualmente normativas especiales en materia de sucesión agraria que traen causa de las costumbres medievales germánicas que ordenaban la adquisición de la explotación agraria por un solo heredero y que se ilustra en el adagio *das Bauer hat nur ein Kind* (el campesino sólo tiene un hijo), sistema que determinó la aparición de instituciones análogas en otras regiones, como el *maso chiuso* vigente en la provincia italiana de Bolzano desde 1526.

## II. La gestación del artículo 30 del Reglamento

10. El artículo 3.5<sup>6</sup> del *Document de réflexion/Discussion Paper* de 30 de junio de 2008<sup>7</sup> (primer antecedente conocido del Reglamento) reproduce el artículo 15 del Convenio de la Haya sobre las sucesiones del 1 de agosto de 1989 (CLH89). No es una sorpresa que el *Document de réflexion/Discussion Paper* haya seguido esta orientación, pues la fórmula encontraba apoyo en las opiniones derivadas del análisis de las contribuciones al Libro Verde, efectuado en audiencia pública el 30 de noviembre de 2006<sup>8</sup> así como en la recomendación del Informe de 16 de octubre de 2006 elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, según la cual el futuro reglamento comunitario debía “garantizar que la ley aplicable a la sucesión no afecte a la aplicación de normas del Estado en que se encuentran determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de activos y cuyas normas instituyen un régimen especial de herencia respecto de dichos activos debido a consideraciones económicas, familiares o sociales”<sup>9</sup>, con lo cual la influencia del artículo 15 del Convenio en el proceso de conformación del texto reglamentario quedaba en evidencia.

11. La posibilidad de una excepción al sistema unitario basado en el modelo del artículo 15 del Convenio estuvo prevista en los dos informes relativos a la conexión objetiva de la sucesión internacional del *Étude de droit comparé* publicado por el DEUTSCHES NOTARINSTITUT. Después de afirmar que la noción de regímenes sucesorios particulares del artículo 15 CLH89 desbordaba los estrictos supuestos regulados por las normas de aplicación necesaria, PAJOR rechaza esta incorporación considerando que sería injustificado extender la observancia de la *lex situs* más allá de las disposiciones imperativas, aplicables independientemente de la ley sucesoria<sup>10</sup>. Un tanto más flexible parece la opinión de HAYTON cuando propone respetar las leyes de policía del *situs* -aplicables a las situaciones internacionales con independencia de la norma de conflicto- y todo régimen particular sobre categorías especiales de bienes en atención a consideraciones económicas, familiares o sociales, como dispone el artículo 15 CLH89<sup>11</sup>. A pesar de la divergencia de sus recomendaciones en vistas al futuro instrumento europeo, ambos autores admiten la distinción entre los conceptos de regímenes sucesorios especiales y de normas de policía del *situs*.

<sup>6</sup> Article 3.5. *Régimes successoraux spéciaux*

La loi applicable en vertu du présent règlement ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certains immeubles, entreprises ou autre catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

<sup>7</sup> El *Document de réflexion/Discussion Paper* fue preparado por el *Grupo de expertos sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea* (PRM-III/IV) y distribuido durante las jornadas «Current Developments in European Family Law and Law of Succession with a Focus on Maintenance» celebradas en Trier, entre los 25 y 26 de septiembre de 2008.

<sup>8</sup> Vid. el resumen de las contribuciones en [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/successions/contributions/summary\\_contributions\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/summary_contributions_successions_fr.pdf)

<sup>9</sup> Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos 16 de octubre de 2006 que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>10</sup> T. PAJOR, « Rapport sur le Rattachement Objectif en Droit Successoral », en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *op. cit.*, p. 372.

<sup>11</sup> D. HAYTON, « Determination of the Objectively Applicable Law Governing Succession to Deceaseds' Estates », en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *op. cit.*, pp. 361-362.

**12.** Con anterioridad a la Propuesta de Reglamento, algunas opiniones postulaban la acogida de una excepción al principio de la unidad sucesoria inspirada al mismo tiempo del artículo 15 CLH89 y del artículo 9 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177, de 4.07.2008 (en adelante : Reglamento Roma I) que consagra la aplicación de las normas de policía del foro y extranjeras<sup>12</sup>. En cambio, una opinión sostenía que la ambigüedad de la norma pretendida atentaba contra el objetivo de previsibilidad en la determinación de la ley aplicable y contra el principio de unidad de la sucesión, debiendo por lo tanto ser eliminada del Reglamento<sup>13</sup>. Dicha excepción a la unidad sucesoria engendraría dificultades no solamente en materia de conflicto de leyes sino también en el plano de la competencia judicial, dada la complejidad del contenido de los regímenes nacionales especiales, lo cual obstaculizaría su declaración por medio del certificado sucesorio emitido por las autoridades de la última residencia habitual del *de cuius*, haciendo por consiguiente necesaria la intervención de los tribunales del *situs*<sup>14</sup>.

**13.** En su estudio de las normas diseñadas por el *Document de réflexion/Discussion Paper*, DUTTA parte de la convicción de que las nociones relativas a los regímenes sucesorios particulares del artículo 15 CLH89 y las normas de policía en el sentido de los instrumentos comunitarios son equivalentes<sup>15</sup>. En aras de la uniformidad legislativa, el autor recomendaba abandonar la fórmula del artículo 15 CLH89, limitada a las normas de policía del lugar de situación de los bienes, para admitir en su lugar la aplicabilidad general de las leyes de policía extranjeras. Su propuesta era la de adoptar una norma similar a la del artículo 9 del Reglamento Roma I adaptada al ámbito sucesorio, a fin de dar entrada a las leyes de policía del foro, del Estado de situación de los bienes (disposiciones imperativas que instituyen los regímenes sucesorios particulares) y de un tercer Estado que mantuviera estrechos vínculos con el *de cuius* y en virtud de las cuales quedaría invalidada una disposición testamentaria<sup>16</sup>. Siguiendo el modelo del artículo 15 CLH89, otros autores habían defendido la ruptura del principio de la unidad sucesoria en el futuro Reglamento europeo en favor de las disposiciones especiales de carácter internacionalmente imperativo que rigen la sucesión sobre determinados bienes<sup>17</sup>.

**14.** Dentro de un sistema unitario respetuoso de las normas materiales del *situs*, la Propuesta de Reglamento de 14 de octubre de 2009 se muestra receptiva con respecto a las consideraciones doctrinales antes expuestas e introduce en su artículo 22 una fórmula híbrida inédita que toma elementos del artículo 15 del Convenio y del artículo 9 del Reglamento Roma I, sin equipararse completamente a ninguno de ellos<sup>18</sup>. Del primer modelo (el Convenio) toma la referencia a la destinación económica,

<sup>12</sup> A. DUTTA, « Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation », *RabelsZ* no. 73, 2009, pp. 557-558; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession », *RabelsZ*, no. 74, 2010, pp. 95-97; P. BLANCO-MORALES LIMONES, « Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo », en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 429.

<sup>13</sup> HOUSE OF LORDS, *The EU's Regulation on Succession. Report with Evidence*, 6th Report of Session 2009-10, 24.03.2010, en: [http://ec.europa.eu/dgs/secretariat\\_general/reactions/reactions\\_other/npo/docs/united\\_kingdom/2009/com20090154/com20090154\\_lords\\_opinion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/reactions/reactions_other/npo/docs/united_kingdom/2009/com20090154/com20090154_lords_opinion_en.pdf), pp. 24-25. Vid. la opinión del profesor P. MATTHEWS: p. 24.

<sup>14</sup> E.-M. BAJONS, « Zur Interdependenz von IPR und IZVR bei der Schaffung eines europäischen Justizraums für grenzüberschreitende Nachlassangelegenheiten », en DEUTSCHES NOTARINSTITUT (ed.), *op. cit.*, p. 474.

<sup>15</sup> A. DUTTA, *loc. cit.*, p. 557. El autor refiere a los artículos 16 del Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DO L 199/40, de 31.07.2007) y 9 del Reglamento Roma I.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>17</sup> H. DÖRNER, C. HERTEL, P. LAGARDE y W. RIERING, « Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht », *IPRax* no. 4, 2005, pp. 4-5.

<sup>18</sup> Artículo 22. *Regímenes sucesorios especiales*.

La ley aplicable en virtud del presente Reglamento no impedirá la aplicación de los regímenes sucesorios particulares a

familiar o social de los bienes sujetos a dichos regímenes, el tipo de bienes que constituyen su objeto (inmuebles, empresas u otras categorías especiales), y el carácter sucesorio especial de las normas materiales. Del segundo modelo (el Reglamento Roma I) toma prestada la idea que encierra la expresión “en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión”, pero omite la mención al carácter imperativo de la norma sustantiva, con lo cual la “imperatividad internacional” queda en principio dissociada de la “imperatividad interna” de la norma. Finalmente, en un intento de clarificación algo malogrado, el legislador europeo sustituye la formulación de “regímenes sucesorios particulares” por la de “disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes” en la versión de la Propuesta de 13 de marzo de 2012, texto que se mantuvo intacto en el actual artículo 30 del Reglamento.

### III. Los regímenes sucesorios particulares del artículo 15 CLH1989

#### 1. Discusiones durante la negociación del texto

15. Las dificultades de interpretación del artículo 15 CLH1989, engendradas por la indeterminación del contenido normativo de los regímenes especiales, se vieron reflejadas en las distintas observaciones de los delegados de algunos países sobre la naturaleza jurídica de esta peculiar excepción a la unidad sucesoria. La divergencia de criterios estuvo motivada por intereses nacionales muy heterogéneos, como lo demuestran los documentos de trabajo elaborados por algunos Estados a propósito del artículo 15 (correspondiente al artículo 11 del Anteproyecto) durante los trabajos preparatorios del Convenio.

16. La discusión sobre el carácter internacionalmente imperativo de la regla prevista en el artículo 15 fue sin dudas el centro del debate en torno al mismo. En esta línea, la delegación mexicana estimó oportuno agregar a las finalidades económicas, familiares o sociales de dichos regímenes, consideraciones de naturaleza política ligadas a la seguridad nacional. Esto permitiría al Estado de México poner en práctica determinadas prohibiciones legales que impedían a los no nacionales poseer tierras situadas en las fronteras mexicanas o en las costas, así como adquirir participaciones en empresas de la industria nuclear o eléctrica, y cuya importancia vital para el Estado había determinado su incorporación en la Constitución de la República<sup>19</sup>.

17. Dos argumentos fueron erigidos contra esta concepción. En primer lugar, un argumento basado en la naturaleza sucesoria de las normas constitutivas de los regímenes sucesorios particulares. Para el profesor LAGARDE, delegado de Francia, el representante de México invocaba la aplicación de las leyes de policía no sucesorias cuando de lo que se trataba era de permitir la aplicación -prioritariamente a la norma de conflicto- de las disposiciones de carácter *sucesorio* del Estado de situación de los bienes. La toma en consideración de las normas de policía referidas, si esta debía ser la posición retenida finalmente por el Convenio, debía contenerse en una disposición distinta del artículo 15. En segundo lugar, el profesor apuntó que los intereses públicos del Estado reflejados en las normas alegadas por la delegación mexicana estarían mejor protegidos mediante la excepción general del orden público<sup>20</sup>. La propuesta mexicana fue finalmente rechazada, aunque mereció una mención especial en el Informe explicativo del Convenio, al efecto de esclarecer que dichas reglas quedaban excluidas del campo de aplicación del artículo 15<sup>21</sup>.

---

los que estuvieran sometidos por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se encuentren situados determinados inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes debido a su destino económico, familiar o social cuando, según dicha ley, este régimen fuera aplicable con independencia de la ley que rige la sucesión.

<sup>19</sup> SIQUEIROS (delegado de México), « Procès-verbal n° 11 », en CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la seizième session* (1988), v. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1988, p. 421.

<sup>20</sup> P. LAGARDE, « Procès-verbal n° 11 », en CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, p. 422.

<sup>21</sup> D. W. M. WATERS, « Rapport explicatif sur la Convention-successions de 1989 », en CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, p. 588.

18. La misma orientación fue seguida por la delegación estadounidense, la cual encontraba el fundamento del artículo 15 en la protección de las concepciones fundamentales del orden público. La fórmula fue criticada por el representante de los Estados Unidos debido a la generalidad de sus términos y a la imprecisión relativa a la destinación de los bienes sujetos a regímenes sucesorios particulares. Ante el riesgo de una aplicación judicial desproporcionada de dicho artículo, propiciada por la vaguedad del enunciado normativo, el profesor SCOLES propuso la introducción en el texto del artículo, de los criterios relativos al “uso particular, a la ocupación o al desarrollo de los bienes”. En la concepción norteamericana, la norma debía permitir la salvaguarda de los intereses vinculados al desarrollo económico y a la protección del medio ambiente<sup>22</sup>. El artículo 15 fungiría como una cláusula particular de reserva del orden público internacional.

19. Para el profesor SCHOENBLUM, el artículo 15 CLH1989 se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 18 que consagra la excepción general de orden público, al punto que la imbricación de los fines perseguidos por el artículo 15 con las consideraciones de *public policy* del foro no hace más que contribuir a la incertidumbre que ya aporta el artículo 18. A criterio del autor, la excepción general de orden público podría ser sin dudas aplicada para defender las consideraciones económicas, familiares o sociales sobre determinados bienes, como por ejemplo, las explotaciones agrarias familiares. El mismo razonamiento sería válido para la protección de la política ambiental concerniente a la propiedad inmobiliaria, al agua, y a los derechos sobre los minerales. A juicio del autor, los tribunales norteamericanos podrían incluso ampararse en este artículo para negar la aplicación de los derechos legítimos de los próximos parientes del *de cuius*, propios de los sistemas de *civil law*, teniendo en cuenta que el régimen sucesorio de las legislaciones estadounidenses favorece la libertad de disposición y la circulación de capitales por motivos de índole económica, social y familiar<sup>23</sup>.

20. Esta crítica fue objeto de una aclaración especial en el Informe explicativo del Convenio, al efecto de que la norma no debía incitar a las autoridades del foro, a ver en su propio ordenamiento jurídico una vocación indeterminada para gobernar toda materia cuyas connotaciones económicas, familiares o sociales permitieran imponer de modo oportunista la competencia legislativa de la *lex fori*<sup>24</sup>. Como excepción al sistema unitario adoptado por el Convenio, los regímenes sucesorios particulares debían ser interpretados de forma restrictiva, en la medida reclamada por la *lex rei sitae* para el cumplimiento de las finalidades económicas, familiares o sociales de la regulación especial<sup>25</sup>.

21. Según la delegación holandesa, el artículo 15 buscaba consagrar la aplicación de las normas de policía del *situs*. En el Documento de trabajo número 58, esta delegación había propuesto modificar el artículo 15 para adicionar una condición de la cual dependería la aplicación de los regímenes sucesorios particulares, consistente en exigir que los mismos fueran, en el ordenamiento jurídico del *situs*, aplicables con independencia de la ley rectora de la sucesión<sup>26</sup>. De lo que se trataba era de armonizar el artículo 15 CLH89 con el artículo 7 del Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (antecesor del actual artículo 9 del Reglamento Roma I).

22. Una vez más, el profesor LAGARDE supo centrar el debate en la particularidad de la normativa sucesoria especial de Derecho material. Según el autor, la propuesta holandesa no debía ser aceptada

<sup>22</sup> E. SCOLES, « Procès-verbal n° 11 », en CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, p. 421.

<sup>23</sup> J. SCHOENBLUM, « Choice of Law and Succession to Wealth: A Critical Analysis of the Ramifications of the Hague Convention on Succession to Decedents' Estates », *Virginia Journal of International Law*, no. 32, 1991, pp. 149-150.

<sup>24</sup> D. W. M. WATERS, *loc. cit.*, p. 588.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Document de travail no. 58: Proposal of the delegation of the Netherlands*, en CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, p. 318: « The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain immovables, enterprises or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations if, and in so far as, under the law of the latter State, those rules must be applied whatever the law applicable to the succession ».

debido al carácter dispositivo que podían presentar determinadas disposiciones sucesorias especiales en Derecho francés, a pesar del objetivo económico, social o familiar que perseguían, siendo el ejemplo más ilustrativo el de las normas francesas sobre las atribuciones preferentes, susceptibles de ser desplazadas en Derecho interno por una declaración de voluntad del testador<sup>27</sup>.

**23.** El representante holandés manifestó su desconcierto ante la posibilidad de que normas dispositivas pudieran excluir la aplicación de la ley sucesoria designada por la norma de conflicto convencional<sup>28</sup>. Los delegados de Italia y de Portugal estimaron que la propuesta holandesa expresaba de manera directa lo que el artículo 15 reconocía implícitamente<sup>29</sup>. La condición relativa a la voluntad de aplicación de la *lex situs*, en contra de una ley extranjera designada por la norma de conflicto sería una exigencia implícita de la disposición; de otro modo, la ley sucesoria no atentaría contra dichos regímenes especiales<sup>30</sup>. La propuesta de la delegación holandesa fue finalmente rechazada<sup>31</sup>, descartándose, con ello, la exigencia expresa del carácter internacionalmente imperativo de los regímenes sucesorios especiales en el artículo 15 CLH89.

## 2. Conclusión del Informe explicativo de la Comisión

**24.** Según el Informe explicativo de la Comisión, no cabe exigir a las normas aplicables en virtud del artículo 15 un carácter imperativo<sup>32</sup>. Una primera razón para ello fue la de considerar las normas imperativas del *situs* como inevitablemente aplicables con independencia de la norma de conflicto sucesoria<sup>33</sup>. Esta explicación no convence, si pensamos que la aplicación de las normas de policía de un tercer Estado cuya ley no es designada por la norma de conflicto no es automática sino que requiere la existencia de una cláusula de aplicabilidad especial. El segundo argumento enfatizó en la idea de una norma abierta, comprensiva de todas aquellas situaciones especiales en las que estuvieran en juego los intereses primordiales del Estado de situación de los bienes, y en la necesidad de dejar a los tribunales la función de identificar la existencia de dichos intereses con independencia del carácter imperativo de las normas<sup>34</sup>.

**25.** Siguiendo esta opinión, las disposiciones constitutivas de los regímenes sucesorios especiales podrían revestir un carácter dispositivo en Derecho interno, a condición que las mismas respondan a las grandes preocupaciones del *situs* en materia de regímenes sucesorios particulares, lo cual entronca con la opinión de LAGARDE, según el cual con las atribuciones preferentes, el legislador francés se propone conseguir, a través de normas supletorias de la voluntad del causante, finalidades de orden económico, social y familiar que deben prevalecer sobre una ley sucesoria extranjera<sup>35</sup>. El objetivo del Convenio quedaría preservado dejando indefinida la naturaleza jurídica de dichas normas<sup>36</sup>.

**26.** En este mismo sentido, estima BRANDI que el carácter imperativo o dispositivo de los regímenes sucesorios especiales en Derecho interno no sirve de indicador de la intensidad de los intereses del *situs* en la protección de dichos regímenes. La simple existencia de estas disposiciones particulares

<sup>27</sup> P. LAGARDE, « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, p. 422.

<sup>28</sup> STRUYCKEN, delegado de Holanda, « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, p. 422.

<sup>29</sup> PICONE, delegado de Italia, y MAGALHÃES COLLAÇO, de Portugal, « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, pp. 422-423.

<sup>30</sup> I. MAGALHÃES COLLAÇO, « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, p. 423.

<sup>31</sup> El resultado de la votación fue de 15 votos en contra, 14 votos a favor y ninguna abstención, lo cual da prueba de la divergencia interpretativa reinante en torno al carácter internacionalmente imperativo de las disposiciones especiales del *situs* en virtud del artículo 15: « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, p. 423.

<sup>32</sup> D. W. M. WATERS, *loc. cit.*, p. 590.

<sup>33</sup> *Ibidem.*

<sup>34</sup> *Ibidem.*

<sup>35</sup> P. LAGARDE, « Procès-verbal n° 11 », *doc. cit.*, p. 422.

<sup>36</sup> D. W. M. WATERS, *loc. cit.*, p. 590.

justificaría el recurso al artículo 15 CLH89<sup>37</sup>. La consideración de su imperatividad en Derecho material sería por consiguiente irrelevante, como lo confirma una parte importante de la doctrina que sostiene la no necesaria asimilación de estos regímenes al mecanismo de las normas de policía<sup>38</sup>.

27. El Informe explicativo atribuye además al artículo 15 CLH89 dos rasgos fundamentales que van a esclarecer toda la reflexión ulterior sobre el tema: el carácter sucesorio de las normas materiales del *situs* y la naturaleza de norma de conflicto del artículo 15<sup>39</sup>. En primer lugar, se reafirma la calificación sucesoria de los regímenes particulares dentro del ordenamiento jurídico del *situs*. En segundo lugar, se busca dejar en claro que la intención del Convenio con el artículo 15 era erigir el lugar de situación de los bienes en factor de conexión especial de la norma de conflicto relativa a los regímenes sucesorios particulares y no ordenar la aplicación de las normas de policía del Estado de situación, precisión que sin dudas se debió a la necesidad de responder a los argumentos sobre la imperatividad internacional de los regímenes especiales que habían sido objeto de vivas discusiones.

28. Una vez analizado el antecedente primario del artículo 30 del Reglamento europeo sobre sucesiones, pasamos al examen de las condiciones de aplicación de esta novedosa formulación de la excepción relativa a los regímenes sucesorios particulares de la *lex rei sitae*, con el fin de desentrañar su naturaleza jurídica y sus principales efectos.

#### IV. Análisis literal comparativo del supuesto de hecho del artículo 30 RS

29. El análisis comparativo de la técnica de redacción empleada por algunas versiones lingüísticas del texto del artículo 30 RS (fueron seleccionadas para el análisis las versiones francesa, española, inglesa, italiana, portuguesa y alemana) arroja ciertas incoherencias entre las mismas desde el punto de vista de la estructura sintáctica del enunciado normativo. Dichas contradicciones se refieren a los efectos que las disposiciones especiales de la ley de situación están llamadas a producir en la sucesión de los bienes en cuestión, lo cual conllevará a una calificación de las disposiciones especiales del *situs* en normas “internamente imperativas” o simplemente en normas “con incidencia sucesoria”, dependiendo de la versión lingüística de que se trate.

30. Una lectura global del artículo 30 RS sugiere la existencia de dos tipos de efectos sucesorios derivados de las disposiciones especiales. El primero, claramente identificado como una *restricción* sobre la sucesión de determinados bienes, y el segundo, descrito de manera más general, como una *afectación o incidencia* en la sucesión de determinados bienes. Dichas consecuencias sucesorias no están distinguidas de manera uniforme en las versiones lingüísticas del artículo que hemos seleccionado. Mientras que en unas versiones (española, portuguesa y alemana), el texto hace una clara separación de las dos consecuencias; en las otras (francesa, inglesa e italiana) sólo es mencionado el efecto restrictivo sobre la sucesión.

31. El análisis gramatical de la fórmula legal nos revela la estructura compleja que se muestra en la siguiente tabla.

<sup>37</sup> T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 215-217.

<sup>38</sup> M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris, Economica, 1994, p. 138, nota 2; T. BRANDI, *op. cit.*, p. 215; M. RAIMON, *Le Principe de l'unité du patrimoine en droit international privé : étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 263, nota 26; H. LI, « Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession », *Recueil des Cours*, vol. 224, 1990, p. 54. Por el contrario, consideran que el artículo 15 CLH89 consagra la aplicación de las normas de aplicación inmediata del *situs*: S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004, p. 353; L. VÉKÁS, « Objektive Anknüpfung des Erbstatus », en G. REICHELT et W. H. RECHBERGER (dir.), *Europäisches Erbrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*, Vienne, Jan Sramek Verlag, 2011, p. 49.

<sup>39</sup> D. W.M. WATERS, *loc. cit.*, p. 588.

<p><b>Versión francesa</b></p> <p><u>Oración principal :</u></p> <p>«La loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des <b>dispositions spéciales</b>»</p> <p><u>Oración subordinada :</u></p> <p>« qui (...) <b>imposent des restrictions</b> concernant la succession portant sur ces biens</p> <p>OU</p> <p>ayant une incidence sur celle-ci »</p>	<p><b>Versión inglesa</b></p> <p><u>Oración principal :</u></p> <p>« the law of the State in which certain immovable property, certain enterprises or other special categories of assets are located contains <b>special rules</b> »</p> <p><u>Oración subordinada :</u></p> <p>« which (...) <b>impose restrictions</b> concerning</p> <p>OR</p> <p>affecting</p> <p>the succession in respect of those assets</p>
--	---

<p><b>Versión italiana</b></p> <p><u>Oración principal:</u></p> <p>« la legge dello Stato in cui sono situati determinati beni immobili, imprese o altre categorie particolari di beni contiene <b>norme speciali</b> »</p> <p><u>Oración subordinada:</u></p> <p>che (...)</p> <p><b>impongono restrizioni</b> alla successione di tali beni »</p>
---

En las versiones francesa e inglesa, las disposiciones especiales de la ley de situación se caracterizan por la *imposición de restricciones* que atañen a la sucesión de determinados bienes o que tienen una incidencia sobre la misma. Por su parte, la versión italiana del artículo 30 se limita a exigir que las disposiciones especiales *impongan restricciones* a la sucesión, omitiendo de este modo toda referencia, juzgada probablemente redundante, a las expresiones “que atañen” o “que inciden” (concepción restrictiva).

<p><b>Versión española</b></p> <p><u>Oración principal :</u></p> <p>« La ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga <b>disposiciones especiales</b> »</p> <p><u>Oraciones subordinadas :</u></p> <p>« que (...)</p> <p><b>afecten</b></p> <p>[a la sucesión de dichos bienes] »</p> <p>O</p> <p>« [que (...)]</p> <p><b>impongan restricciones</b></p> <p>a la sucesión de dichos bienes »</p>	<p><b>Versión portuguesa</b></p> <p><u>Oración principal :</u></p> <p>« a lei do Estado onde estão situados determinados bens imóveis, determinadas empresas, ou outras categorias especiais de bens incluir <b>regras especiais</b> »</p> <p><u>Oraciones subordinadas :</u></p> <p>« que (...)</p> <p><b>imponham restrições</b> quanto à sucessão »</p> <p>OU</p> <p>« [que (...)]</p> <p><b>a afetem</b> no respeitante a esses bens »</p>	<p><b>Versión alemana</b></p> <p><u>Oración principal :</u></p> <p>« <b>Besondere Regelungen</b> im Recht eines Staates, in dem sich bestimmte unbewegliche Sachen, Unternehmen oder andere besondere Arten von Vermögenswerten befinden, »</p> <p><u>Oraciones subordinadas :</u></p> <p>« die</p> <p>die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf jene Vermögenswerte (...) <b>beschränken</b></p> <p>ODER</p> <p>« [die</p> <p>die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf jene Vermögenswerte (...)]</p> <p><b>berühren</b> »</p>
--	--	--

En las versiones española, portuguesa y alemana, los verbos afectar, por una parte; e imponer [restricciones], por otra parte, unidos por la conjunción “o”, introducen dos oraciones subordinadas referidas directamente a la categoría “disposiciones especiales”, ofreciendo de este modo un sentido más liberal a la interpretación del precepto, al exigir alternativamente una consecuencia (la imposición de restricciones) o la otra (la incidencia sucesoria de las disposiciones especiales).

El verbo imponer conlleva a la subsunción de las disposiciones especiales en el conjunto de las normas imperativas del ordenamiento jurídico de situación de los bienes, y su complemento “restricciones” alude a la exclusión -en todo o en parte- de la libertad de disposición *mortis causa* sobre dichos bienes. Vendrían por lo tanto incluidas en esta definición las disposiciones de orden público interno reguladoras de las sucesiones anómalas o excepcionales, siempre que las mismas cumplan con las otras condiciones del artículo 30 relativas a la destinación de los bienes y a la voluntad de aplicación de las normas en un contexto internacional.

**32.** En Francia, FONGARO destaca esta dificultad de interpretación a propósito de su comentario a la sentencia de la *Cour de cassation* de 10 de octubre de 2012 que califica las atribuciones preferentes de normas de policía. Estimando que el verbo “imponer” sugiere que las disposiciones especiales sean imperativas, el autor considera que sólo las atribuciones preferentes “*de droit*” -es decir aquellas que vinculan al juez si se dan los presupuestos legales de su constitución- son las únicas merecedoras de tal calificación<sup>40</sup>. No obstante, una opinión doctrinal más extendida rechaza la interpretación restrictiva o limitativa del artículo 30, al resumir la exigencia normativa en el carácter sucesorio de las disposiciones especiales<sup>41</sup>.

**33.** Aquellas versiones del artículo en las cuales las exigencias están redactadas de modo alternativo, no circunscriben el campo de aplicación de la norma a las disposiciones especiales imperativas del *situs* (las disposiciones que imponen restricciones a la sucesión), sino que admiten que sean igualmente aplicables en contra de la *lex successionis* competente, las disposiciones especiales que afecten o que tengan una incidencia en la sucesión de los bienes por razones de índole económica, familiar o social. El término “afectar”, desprovisto de significación jurídica precisa, debe por consiguiente ser interpretado según el sentido ordinario de las palabras, lo cual conduce a considerar como “disposición especial” a toda *norma sucesoria* que tenga por objeto la transmisión de bienes determinados por motivos de índole económica, familiar o social. La inclusión de esta alternativa conlleva necesariamente a extender la aplicación del artículo 30 a las disposiciones especiales dispositivas de naturaleza sucesoria.

**34.** Esta interpretación apegada a los elementos literales de la norma no debe realizarse fuera de su contexto legal sino que debe armonizarse con los principios generales del Reglamento. El principio director del Reglamento sucesorio es el de la unidad de la ley aplicable a la sucesión y sobre esta premisa, el artículo 30 debe recibir una interpretación restrictiva (Considerando 54 del Reglamento). Sin embargo, lo anterior no debe justificar la adopción de una interpretación judicial desconectada de los objetivos primordiales del Estado de situación. Por el contrario, se impondrá la necesidad de abrazar una concepción dinámica en la búsqueda de la voluntad de aplicación (explícita o presunta) de la *lex rei sitae*, teniendo en cuenta el interés preponderante del Estado en hacer efectivas las disposiciones especiales sobre los bienes situados en su territorio, con independencia del elemento internacional de la sucesión<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> É. FONGARO, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2012, *Journal de droit international*, no. 1, 2013, p. 138.

<sup>41</sup> L. PERREAU-SAUSSINE, « Les règles relatives aux attributions préférentielles sont des lois de police », *La Semaine juridique, Édition générale*, no. 51, 2012, doct. 1368, en <http://www.lexisnexis.fr>, p. 6 : Estas disposiciones « doivent avoir, d’une manière ou d’une autre, une coloration successorale »; N. NORD, « Quelles limites dans l’optimisation d’une succession internationale? », *Droit et Patrimoine*, no. 226, 2013, en <http://lamyline.lamy.fr>, p. 3 : « les règles doivent donc concerner la succession et impliquer un traitement particulier pour certains biens »; P. WAUTELET, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 472: “la formule retenue est large: il peut s’agir de ‘restrictions concernant la succession’ ou de dispositions ayant une ‘incidence’ sur celle-ci.”

<sup>42</sup> “La volonté d’application est normalement la conséquence de l’intérêt objectif; l’expression de l’une fait présumer l’autre”: P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Journal de droit international*, no. 1, 1981, p. 322.

## V. La voluntad de aplicación de la *lex rei sitae* exigida por el artículo 30 RS

### 1. La calificación de las disposiciones especiales como normas de policía del *situs*

35. La exigencia relativa a la voluntad de aplicación de la *lex situs* con independencia del elemento internacional de la sucesión que resulta del artículo 30 RS sugiere la idea del carácter internacionalmente imperativo de las disposiciones especiales.

36. Si comparamos la descripción que de las “leyes de policía” (del foro y extranjeras) hace el artículo 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y que fuera incorporada parcialmente a la definición de “leyes de policía” del artículo 9 del Reglamento Roma I, con la fórmula del artículo 30 del Reglamento sobre sucesiones, apreciamos ciertas distinciones en cuanto a la naturaleza de las normas materiales cuya aplicación se autoriza.

37. En la concepción del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, la pertenencia de la ley de policía al orden público del ordenamiento jurídico del cual emana se erige en elemento orgánico de la definición<sup>43</sup>. Por el contrario, en el artículo 30 RS, la imperatividad material de las disposiciones sucesorias especiales no es requerida, y en su título se sustituye la habitual referencia a las “leyes de policía” por la novedosa fórmula de “disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes”. A pesar de este contraste evidente que fuera señalado por la doctrina en las reflexiones previas a la adopción del Reglamento<sup>44</sup>, y mantenido en comentarios posteriores a su entrada en vigor<sup>45</sup>, la interpretación mayoritaria del artículo 30 RS confiere a las disposiciones especiales de la *lex situs* la calificación de normas de policía<sup>46</sup>.

38. Esta interpretación venía apoyada en las recomendaciones contenidas en el *Étude de droit comparé* publicado por el DEUTSCHES NOTARINSTITUT. Con fundamento en la efectividad de las decisiones, los autores proponen que la norma de conflicto sucesoria del futuro reglamento comunitario dé muestras de “*réalisme*”, inspirándose en las legislaciones europeas reconocedoras, dentro de un sistema unitario de ley aplicable a la sucesión, de la vocación de aplicación de los regímenes especiales del *situs*, y ceda por consiguiente ante las disposiciones especiales de la *lex situs* que tengan el carácter de normas de policía<sup>47</sup>. A pesar del alcance limitado de la fórmula, en relación con el artículo 9 del Reglamento

<sup>43</sup> Es ilustrativa en este sentido, la versión francesa del artículo 9.1 del Reglamento Roma I, donde se define la “loi de police” como “*une disposition impérative dont le respect...*”. En algunas versiones del artículo 9.1 del Reglamento Roma I, no se mantuvo la exigencia expresa de la imperatividad de la norma (por ejemplo, en las versiones española, inglesa, portuguesa e italiana).

<sup>44</sup> Vid. nota 12.

<sup>45</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, *La Ley*, XXXIII, 24-30 septiembre 2012, p. 22; P. BLANCO-MMORALES LIMONES y A. L. BALMORÍ, “Las Sucesiones Internacionales y su Régimen Jurídico”, *Jurismat*, Portimão, n.º 2, 2013, pp. 58-59.

<sup>46</sup> No obstante, con anterioridad a la adopción del Reglamento, algunos autores llegaron a interrogarse sobre la existencia misma del mecanismo de salvaguarda de las normas de policía en la Propuesta de Reglamento, lo cual no deja de sorprender, pues el artículo 22 de la Propuesta ya contenía los elementos esenciales del actual artículo 30 RS: A. BONOMI, “*Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*”, *Recueil des Cours*, vol. 350, 2010, p. 170; J. HARRIS, « The proposed EU Regulation on Succession and Wills : prospects and challenges », *Trust Law International*, no. 22, 2008, pp. 219-220; D. MARTEL, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *Revue Lamy de Droit Civil*, no. 77, 2010, p. 51; si bien dicha posición ha sido abandonada en los comentarios posteriores a la entrada en vigor del Reglamento: Vid. A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 49, no. 2, 2013, p. 314; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 522. Una contradicción parece resultar de los comentarios al artículo 30 por P. WAUTELET, *loc. cit.*, p. 470, cuando el autor afirma que “seules certaines dispositions matérielles sont visées par l’article 30, qui ne répondent d’ailleurs pas nécessairement à la qualification de loi de police” (la cursiva es nuestra), y luego califica dichas disposiciones especiales de normas de aplicación necesaria con carácter general: *vid.* p. 477.

<sup>47</sup> DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *op. cit.*, p. 66: « la réserve des dispositions spéciales de la loi de l’État de situation des biens devrait donc se limiter aux lois de police de cet État ». Los autores del *Étude de droit comparé* invocaban las legislaciones alemana (artículo 3a II *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*), holandesa (el artículo 15 CLH89 incorporado por la ley de 4 de septiembre de 1996), finlandesa (el artículo 8 del capítulo 26 del Código de sucesiones finlandés) y sueca (el artículo 2 del capítulo

Roma I, la posición del Reglamento sobre sucesiones en materia de normas de policía sería el resultado de una opción consciente del legislador europeo en favor de las únicas normas de policía merecedoras de atención: aquellas que instituyen un régimen particular sobre determinados bienes por razones de índole económica, familiar o social<sup>48</sup>.

## 2. El ejemplo francés: las atribuciones preferentes

39. El debate sobre la ley aplicable a las atribuciones preferentes francesas (artículos 831 a 834 del Código civil francés) que dividía la doctrina en tres teorías fundamentales -aquella que propugna su sumisión a la *lex successionis*, la que sostiene la aplicación de la *lex rei sitae* y finalmente, la que califica dichas disposiciones como normas de policía- ha sido resuelto recientemente por la *Cour de cassation* en su sentencia de 10 de octubre de 2012 en favor de la última tesis.

40. Los partidarios de su sujeción a la *lex successionis* esgrimen la calificación indiscutiblemente sucesoria de dichas normas y la imposibilidad de ser consideradas normas de policía al no ser de orden público interno<sup>49</sup>. La segunda posición distingue las normas reguladoras de las atribuciones preferentes en función del interés protegido. Las consideraciones económicas y sociales del bien (explotación agraria, empresas), justificarían la aplicación de la *lex rei sitae*<sup>50</sup>, mientras que los intereses familiares (fundamento de la atribución preferente del local de habitación y del mobiliario familiar) estarían mejor protegidos sometiéndolos a la *lex ultimi domicilii*<sup>51</sup>. En cambio, algunos autores no dudan en asignar a las atribuciones preferentes el carácter de normas de aplicación necesaria, a la luz de la finalidad socio-económica y socio-familiar de la institución<sup>52</sup>.

41. En un sistema unitario como el adoptado por el Reglamento, se plantea nuevamente el problema, aparecido anteriormente en el contexto del artículo 15 CLH89, que resulta del carácter positivo inherente a las reglas de las atribuciones preferentes ante una calificación de las mismas como normas internacionalmente imperativas.

42. Pocos son los autores que se han planteado la problemática explícitamente. Sin embargo, ante el fenómeno de las atribuciones preferentes, la doctrina francesa va tomando conciencia del equívoco que encierra un concepto general de norma de policía que dé la espalda a esta realidad. Prueba de ello es que MAYER, en su contribución excepcional al desarrollo de la teoría, acepta que las normas francesas reguladoras de las atribuciones preferentes, protectoras de las estructuras económicas del Estado, sean consideradas leyes de policía a pesar de su carácter dispositivo en Derecho interno, en razón del interés público de la regulación<sup>53</sup>. Por otra parte, un estudio reciente presenta la imperatividad de la norma de

---

I de la Ley sueca de conflictos de leyes en materia sucesoria de 5 de marzo de 1937) así como cierta jurisprudencia en Dinamarca y en Austria en el sentido de reservar la aplicación de las disposiciones especiales de la *lex situs* a los inmuebles de la sucesión.

<sup>48</sup> L. PERREAU-SAUSSINE, « La *professio juris* et l'unité de la succession », en H. BOSSE-PLATIÈRE, N. DAMAS y Y. DEREU (dir.), *L'avenir européen du droit des successions internationales, Actes du colloque du 18 mars 2011*, Nancy, LexisNexis, 2011, p. 40.

<sup>49</sup> M. GORÉ, *op. cit.*, p. 140; P. LAGARDE, "Successions", *Rép. dr. international Dalloz*, 1998 (puesto al día en septiembre de 2012), párrafo 227.

<sup>50</sup> H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7<sup>th</sup> ed., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 435; J. HÉRON, *Le Morcellement des successions internationales*, Paris, Economica, 1986, pp. 214-215.

<sup>51</sup> J. HÉRON, *op. cit.*, pp. 214-215.

<sup>52</sup> P. MAYER, *loc. cit.*, p. 291; P. MAYER y V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10<sup>th</sup> ed., Paris, Lextenso éditions, 2010, pp. 93, 97; S. BILLARANT, *op. cit.*, pp. 296-311; B. AUDIT, *Droit international privé*, 6<sup>th</sup> ed., Paris, Economica, 2010, p. 794; B. ANCEL, « Convergence des droits et droit européen des successions internationales. La Proposition de Règlement du 14 octobre 2009 », en C. BALDUS y P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint : Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? / Droit privé européen : l'unité dans la diversité : convergence en droit des biens, de la famille et des successions?*, München, European Law Publishers, 2011, pp. 192-193; M. RAIMON, *op. cit.*, p. 198; B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 280; L. D'AVOUT, « Les successions internationales et la détermination du juge le mieux placé pour en connaître », note sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 23 juin 2010, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 7449.

<sup>53</sup> P. MAYER, *loc. cit.*, p. 291, *vid. nota* 34.

Derecho interno como mero indicador que permite al juez deducir la existencia de una ley de policía y cuyo valor es muy limitado, como lo demuestran las normas constitutivas de las atribuciones preferentes, las cuales pudiendo ser desplazadas por una manifestación de voluntad contraria del testador, son un instrumento en manos del legislador para la protección del sistema económico francés<sup>54</sup>.

43. El mayor aporte en este sentido lo debemos a BILLARANT, quien conforme al criterio funcional o teleológico de identificación de la norma de aplicación inmediata, sostiene que la imperatividad de la misma consiste no ya en la imposibilidad de ser desplazada por la voluntad individual (esto es más bien la marca de la imperatividad interna), sino en la prioridad de su aplicación sobre la norma de conflicto bilateral<sup>55</sup>. Para el autor, si la justificación de la aplicabilidad inmediata de la ley de policía a las situaciones internacionales reside en la realización de objetivos que interesan a una colectividad, el régimen normativo de las atribuciones preferentes debe recibir en su integridad tal calificación<sup>56</sup>.

44. Desde esta perspectiva, la justificación de la imposición de la atribución preferente a la situación internacional deriva directamente de su función, la cual evidencia su voluntad de ser aplicada a la situación jurídica, con independencia de la técnica dispositiva empleada por el legislador para el cumplimiento de dicha finalidad. Esta opinión coincide con la idea relativa a la inutilidad de la dicotomía norma imperativa/norma dispositiva de Derecho material como vehículo para explicar la intensidad de los fines perseguidos por los regímenes sucesorios particulares del artículo 15 del Convenio<sup>57</sup>. En esta línea, los esfuerzos de identificación de las normas de aplicación inmediata no se centran en una descripción formal que acentúa el carácter imperativo de las mismas en Derecho interno, sino en el análisis de sus objetivos, como única forma de justificar su imperatividad internacional.

45. El abandono de la interpretación restrictiva de las normas de policía que exige su carácter imperativo en Derecho material y la correspondiente apertura a una concepción más amplia de la imperatividad internacional fundada exclusivamente en el objetivo de política legislativa, es la vía privilegiada por la *Cour de cassation* francesa en su sentencia de 10 de octubre de 2012. El alto tribunal debió pronunciarse sobre la ley aplicable a la atribución preferente de una explotación agraria situada en Francia a proximidad de la frontera con Bélgica. La parte recurrente invocaba que la atribución preferente, en cuanto derecho personal del coheredero, venía regido por la ley del último domicilio del causante, esto es, la ley belga. Desestimando el recurso, la *Cour de cassation* ratifica los motivos de la *Cour d'Appel* de Reims en su sentencia de 25 de marzo de 2011 al afirmar que las normas relativas a la atribución preferente son, por causa de su destinación económica y social, normas de policía, de manera que tienen vocación a ser aplicadas aquellas que fija la ley de situación del inmueble<sup>58</sup>.

46. Apenas tres meses después de la adopción del Reglamento, esta jurisprudencia lanzaba un mensaje claro sobre el tratamiento de las atribuciones preferentes en Derecho Internacional Privado francés y de modo anticipado, con fundamento en el artículo 30 del Reglamento<sup>59</sup>, más cuando se piensa

<sup>54</sup> B. REMY, *op. cit.*, pp. 275, 279-280.

<sup>55</sup> « (...) L'impérativité des règles d'application immédiate n'est pas la transposition au plan international de l'impérativité du droit interne. En droit interne, elle dénote la suprématie de la norme d'origine étatique sur la norme émanée de la volonté des sujets de droit. En droit international privé, l'impérativité exprime la prédominance de la règle d'application immédiate sur la règle de conflit bilatérale, l'élément de rattachement adopté important peu » : S. BILLARANT, *op. cit.*, p. 299.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 307-308.

<sup>57</sup> T. BRANDI, *op. cit.*, pp. 215-216, *vid.* nota 9. El autor niega la calificación de normas de aplicación inmediata a los regímenes especiales del artículo 15 CLH89.

<sup>58</sup> « (...) les règles relatives à l'attribution préférentielle sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble » : Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 oct. 2012.

<sup>59</sup> L. PERREAU-SAUSSINE, « Les règles relatives aux attributions préférentielles sont des lois de police », *loc. cit.*, p. 3; É. FONGARO, *loc. cit.*, 143-144; J. FOYER, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 oct. 2012, *Revue de droit rural*, no. 412, 2013, en <http://www.lexisnexis.fr>, pp. 15 y siguientes; S. GODECHOT-PATRIS, « Attributions préférentielles et lois de police », *La Semaine juridique. Notariale et immobilière* no. 13, 2013, p. 1069, en <http://www.lexisnexis.fr>, p. 4; V. LEGRAND, « La nature des règles

que bastaba aplicar la norma de conflicto dualista para fundar la competencia de la ley francesa a título de *lex rei sitae*. La sentencia anuncia tácitamente cuál es el lugar de las atribuciones preferentes francesas en el nuevo contexto europeo armonizado, al tiempo que abre un signo de interrogación al interior de otros sistemas que prevén atribuciones preferentes fundadas en consideraciones análogas.

47. El criterio determinante del campo de aplicación espacial de las atribuciones preferentes podría ser -en principio- bilateralizado, al amparo de la conexión territorial de los regímenes sucesorios particulares del artículo 30 RS. El procedimiento de bilateralización de las leyes de policía del foro como consecuencia de la convergencia en las finalidades y en el contenido de ciertas normas en Derecho comparado es reconocido por la doctrina en general<sup>60</sup>. Ahora bien, la legitimidad de esta operación depende de que la misma esté condicionada a la correspondencia entre los objetivos y los intereses del foro con aquellos perseguidos por la regulación extranjera<sup>61</sup>. Dicho paralelismo teleológico no debe ser presumido, sino efectivamente constatado. Las disposiciones reguladoras de las atribuciones preferentes en el ordenamiento jurídico de situación de los bienes se impondrían en la sucesión internacional sólo cuando su finalidad traduce su voluntad de ser aplicadas con independencia de la ley sucesoria designada por la norma de conflicto.

## VI. El carácter sucesorio de la disposición especial: la sucesión anómala y la atribución preferente

48. La operación de calificación de la disposición material en juego debe conducir a su encuadramiento en la categoría sucesoria, cuyo campo de aplicación engloba las diferentes etapas que van desde la apertura de la sucesión con la muerte del causante, hasta la integración de las titularidades hereditarias en el patrimonio del llamado a la sucesión (Considerando 42 del Reglamento sobre sucesiones).

49. El efecto sobre la sucesión atribuible a la disposición material especial se articula alrededor de la función principal del Derecho sucesorio consistente en la transmisión de bienes a aquellas personas llamadas a heredar<sup>62</sup>. En tanto norma de organización patrimonial de los bienes por causa de muerte, la naturaleza de la disposición material participa directamente del efecto traslativo del fenómeno sucesorio. Su intervención se produce en dos etapas concretas del *iter* sucesorio: la delación y la partición de la herencia.

50. En su defensa del arquetipo sucesorio basado en la sucesión en los bienes como justificación del sistema escisionista francés, HERÓN invoca la particularidad de las disposiciones sucesorias materiales que establecen un tratamiento especial para la sucesión de determinados bienes en razón de sus caracteres propios: se trata de las atribuciones preferentes y de la sucesión anómala<sup>63</sup>, las cuales, con sus variantes, aparecen reguladas en numerosas legislaciones europeas.

---

d'attribution préférentielle : lois de police », note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 oct. 2012, *Petites Affiches*, no. 251, 2012, p. 14, en <http://www.lextenso.fr>, p. 5.

<sup>60</sup> A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 239, 1993, p. 183. El autor ilustra su explicación del procedimiento de bilateralización de las normas de policía del foro con el ejemplo de los regímenes sucesorios especiales sobre la explotación agraria existentes en determinadas legislaciones: p. 257; P. MAYER, *loc. cit.*, p. 295: estas normas son detectadas a partir de la constatación por el juez de un "contenido-tipo" o una "finalidad-tipo" común; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, membre de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruxelles, E. Bruylant, 1963, p. 638.

<sup>61</sup> É. FONGARO, *loc. cit.*, p. 142.

<sup>62</sup> No coincidimos con la opinión de P. WAUTELET, *loc. cit.*, p. 473, que considera disposiciones especiales que imponen restricciones a la sucesión en virtud del artículo 30 RS, aquellas prohibiciones de adquirir la posesión o la propiedad de determinados bienes (explotaciones agrarias, terrenos cerca de instalaciones militares o de las costas) a los no nacionales. Al ser éstas, normas de naturaleza *no sucesoria* que afectan principalmente a la persona del adquirente por razones políticas de seguridad nacional y no a la función objetiva (económica, social o familiar) de los bienes en concreto que el precepto busca salvaguardar, no debe admitirse su calificación como "disposiciones especiales" en virtud del artículo 30 RS.

<sup>63</sup> J. HÉRON, *Le Morcellement des successions internationales*, Paris, Economica, 1986, pp. 124-128.

51. Las disposiciones especiales que tienen por objeto las sucesiones anómalas quebrantan la aplicación del principio general de la unidad sucesoria, haciendo de los bienes sometidos a dicho régimen una masa autónoma dentro del patrimonio del causante, separada del caudal hereditario supeditado a las reglas de la sucesión ordinaria. La particularidad de esta sucesión especial exige su autonomía en las diferentes etapas del *iter* sucesorio (vocación sucesoria independiente, ejercicio separado de la opción por parte de los llamados a heredar, inexistencia de indivisión hereditaria entre las diferentes masas, responsabilidad independiente sobre el pasivo de la sucesión, etc.)<sup>64</sup>.

52. Contrariamente a las reglas de la sucesión anómala, la atribución preferente se define como una regla especial particional, dado que ella interviene únicamente durante la operación particional, como modo de concreción de las cuotas hereditarias en bienes específicos de la herencia. Su puesta en práctica no supone una ruptura del orden sucesorio ordinario, sino que se integra armónicamente al mismo, aunque introduciendo un límite a la regla de la igualdad *in natura* en la composición de los lotes. Las atribuciones preferentes utilizan una técnica supletoria de la voluntad del causante, ya que su eficacia está supeditada a que el bien sobre el cual recaen forme parte de la masa sucesoria indivisa, lo cual excluye los supuestos en los que el mismo ha sido objeto de disposición por parte del causante. Estas normas persiguen una finalidad de orden familiar, económico o social cuya defensa asume el legislador en defecto de voluntad contraria del causante, brindando a determinadas personas un determinado beneficio que se traduce en la adquisición preferente de bienes destinados a satisfacer necesidades esenciales, tales como la vivienda familiar y la empresa explotada por el *de cuius*.

53. Las atribuciones preferentes responden, por lo tanto, a fines heterogéneos que dependen del tipo de bienes que constituyen su objeto. Por estar destinados a satisfacer imperativos económicos, sociales y familiares esenciales, estos bienes particulares responden no sólo al interés individual del beneficiario, sino además al interés del Estado del *situs* en la promoción de políticas generales tendientes a proteger la función social y económica de los mismos.

## VII. La destinación de los bienes sujetos a disposiciones especiales

### 1. La destinación de los bienes: una noción clave

54. Para que una disposición sea calificada como régimen sucesorio particular en Derecho material, su objeto debe constituir uno o varios bienes determinados y no la universalidad de los bienes sucesorios ni una cuota-parte de esta universalidad. La destinación especial que afecta dichos bienes desde el punto de vista económico, familiar o social, reivindica sobre los mismos un tratamiento jurídico particular que se distingue de la regulación de la herencia considerada como un todo. Lo anterior conduce a la negación del carácter fungible o genérico de los bienes en cuestión, haciendo por tanto imposible su toma en cuenta en tanto simples valores pecuniarios o cuotas abstractas de la *universitas iuris*<sup>65</sup>.

55. Es sin dudas la destinación de los bienes objeto de las disposiciones especiales del *situs*, cuyo efecto es neutralizar el juego de la norma de conflicto sucesoria, el criterio de identificación principal de las mismas.

<sup>64</sup> P. MALAURIE, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, 4ta ed., Paris, Defrénois, 2010, p. 76; M.-C. DE ROTON-CATALA, « La dévolution de la succession », en M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 4ta ed., Paris, Dalloz, 2011, pp. 511-512; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6ta ed., Paris, Litec, 2001, p. 253.

<sup>65</sup> R. BOUR, *Les bénéficiaires de l'attribution préférentielle*, Paris, Librairies techniques, 1967, p. 20. Sobre la función de la atribución preferente en el Código civil francés, el autor precisa que « les biens qu'elle énumère ne sont pas seulement des objets interchangeables et considérés en eux-mêmes pour la valeur qu'ils représentent et d'après l'utilité que *n'importe quel propriétaire* peut en retirer (...). Ce sont des instruments au moyen desquels leur utilisateur tire ses moyens d'existence et *c'est cette destination* que leur confère une affectation déterminée et non leur valeur vénale ou leur nature juridique qui retient tout particulièrement l'attention du législateur ».

**56.** Lo propio de la destinación de los bienes objeto de regímenes sucesorios particulares que se imponen en los supuestos internacionales a título de normas de aplicación inmediata, es su *virtualidad creadora*. Con ello quiere significarse que la destinación de los bienes es la que “crea” o “engendra” la disposición sucesoria especial, y no la inversa. La noción de destinación parte de una realidad fáctica preexistente a la norma, a la cual condiciona desde el exterior, determinando así su creación.

**57.** La realidad sobre la cual se proyecta la norma especial viene gobernada por imperativos socio-económicos y socio-familiares que se sitúan fuera de la función propia del Derecho sucesorio, en tanto tienden a perpetuar un estado de hecho preexistente a la apertura de la sucesión, directamente vinculado con la función objetiva de los bienes (por ejemplo: la continuidad de la actividad económica de la empresa, el mantenimiento de la ocupación efectiva del cónyuge en la vivienda familiar). La finalidad de la norma especial no reside en solucionar el problema de vacancia de las titularidades (para eso está la norma sucesoria ordinaria), sino en preservar una particular situación de hecho sobre determinados bienes, resolviendo el problema de la vacancia con una designación del sucesor que conviene a este objetivo de conservación.

**58.** Este estado de hecho afecta no solamente a los intereses individuales del sucesor concretamente beneficiado (objetivo inmediato), sino fundamentalmente a intereses públicos de tipo económico y social (objetivo mediato) sobre bienes concretos directamente alcanzados por la política legislativa del Estado. Lo que intenta la norma sucesoria especial con la atribución de estos bienes esenciales a personas determinadas es evitar que el acontecimiento imprevisible de la muerte ponga en peligro determinados intereses sociales, socio-familiares o económicos que dichos bienes están llamados a satisfacer y cuya continuidad interesa al Estado de situación.

**59.** Ahora bien, no todos los casos de disposiciones sucesorias especiales deben recibir idéntico tratamiento en Derecho Internacional Privado. Para evaluar la legitimidad de la intervención de las disposiciones especiales, es preciso descubrir *en* la destinación económica, familiar o social de los bienes, el germen de su obligatoria aplicación a los supuestos internacionales, con independencia de ley designada por la norma de conflicto. No es en el carácter especial de la regulación material sino en los objetivos que la misma persigue donde reside la justificación de una conexión especial derogatoria en el plano internacional.

**60.** Siguiendo esta línea de interpretación, vemos que el fundamento que sustenta algunas hipótesis de sucesiones anómalas conduce a un rechazo de su aplicabilidad internacional como normas de policía del *situs* cuando dicho fundamento descansa de manera exclusiva en el principio de conservación de los bienes en la familia.

**61.** La destinación familiar de determinados bienes sujetos a regímenes sucesorios particulares responde en primer lugar a la necesidad de conservar los bienes en la familia del *de cuius*. Mencionemos como ejemplo de estos regímenes aquellas instituciones sucesorias que en razón del modo de adquisición y del origen familiar de los bienes, buscan el retorno de los mismos a la línea familiar de raíz, como los derechos de retorno legal o de reversión en Derecho francés y español<sup>66</sup> y las reservas lineal y vidual del Código civil español<sup>67</sup>. En estos casos, dichas disposiciones especiales no forman parte de un subsistema normativo orientado a la satisfacción de objetivos de interés general fuera del sistema sucesorio. Por el contrario, la función que las mismas cumplen en el ordenamiento jurídico del *situs* se limita a la satisfacción de los derechos hereditarios de determinadas personas, sin que pueda ser establecida ninguna relación de necesidad entre los objetivos de política legislativa del Estado autor de las normas y su campo espacial de aplicación<sup>68</sup>. La finalidad estrictamente sucesoria de dichas disposiciones protegen

<sup>66</sup> Vid. artículos 368-1 y 757-3 del Código civil francés y el artículo 812 del Código civil español.

<sup>67</sup> Vid. artículos 968 a 980 (reserva vidual) y 811 (reserva lineal) del Código civil español.

<sup>68</sup> El rasgo característico del método de las leyes de policía es precisamente este vínculo racional (*lien rationnel*) entre la

un interés individual (el de un pariente en la recuperación del bien para la línea de procedencia), sin otra significación en el terreno social, económico o político que legitime la evicción de la norma de conflicto bilateral.

**62.** La toma en consideración por el Derecho del interés de los beneficiarios a través de estas instituciones, no deriva de una necesidad de conservar un estado de hecho previo a la sucesión, como sí sucede cuando se trata de la protección de la habitación familiar, o de la continuidad de la explotación empresarial, sino que encuentra su razón de ser únicamente en la disposición sucesoria que “crea” o “inventa” la destinación familiar consistente en el retroceso de los bienes a la línea de procedencia, como modo de asegurar a determinados parientes una posición sucesoria especial. En resumen, la destinación familiar de determinados bienes entendida como un corolario del antiguo principio de conservación de los bienes en la familia no sabría por sí sola justificar la conexión territorial de la sucesión.

**63.** En cambio, la destinación económica de determinados bienes objeto de las disposiciones sucesorias especiales demuestra la implicación del Estado autor de estas normas en la realidad que las mismas gobiernan, lo que permite descubrir sin esfuerzo la existencia de un “*objectif sociétal*” en su elaboración. El concepto de “*objectif sociétal*”, definido como el interés de la sociedad en tanto colectividad entendida como un todo, es introducido por REMY como criterio de identificación de las normas de aplicación necesaria<sup>69</sup>. Para el autor, una norma elaborada en función de un “*objectif sociétal*” traduciría la implicación del Estado del cual dimana, en la realidad gobernada por la norma, justificando en este sentido, su aplicación internacional imperativa siguiendo el mecanismo de las leyes de policía<sup>70</sup>.

**64.** Este “*objectif sociétal*”, fácilmente identificable en las disposiciones sucesorias sobre la empresa familiar, tiende a la preservación de la función económica de los bienes, principalmente con el fin de evitar la fragmentación de las unidades de explotación sobre el territorio del Estado regulador. Detrás de esta regulación se perfila además un objetivo político de salvaguarda de los intereses económicos locales cuya consecución justifica la sustitución de la ley sucesoria extranjera por las normas especiales de la *lex rei sitae*.

**65.** Las disposiciones sucesorias basadas en un “*objectif sociétal*” pueden además, comprender determinados bienes cuya destinación social y familiar determina un régimen especial en beneficio de algunos parientes del causante. Su objeto de regulación reside fundamentalmente en la transmisión de la propiedad u otros derechos sobre la vivienda familiar, integrándose -en un sentido teleológico- a un sistema normativo inspirado de una política estatal que busca garantizar la conservación del derecho sobre el local de habitación en favor del cónyuge o del compañero sobreviviente.

**66.** A continuación, serán abordadas algunas disposiciones especiales en Derecho comparado cuya finalidad, centrada en la protección de la función objetiva de determinados bienes, legitimaría el recurso al artículo 30 RS para asegurar su aplicación internacional imperativa en contra de una *lex successionis* extranjera.

## 2. La sucesión en la explotación agraria

**67.** Con fundamento en la preservación de la actividad económica, considera BUCHER que cuando el Estado del foro establece un régimen sucesorio especial en materia agraria sobre su territorio, le

---

finalidad particular de la norma y su campo de aplicación espacial necesario, el cual viene determinado por la eficacia de la política legislativa que la misma persigue: P. MAYER, *loc. cit.*, pp. 292-294.

<sup>69</sup> B. REMY, *op. cit.*, p. 200.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 195 y siguientes.

atribuirá la etiqueta de “loi de police”, una calificación que sería susceptible de bilateralización, al poder extenderse a las normas extranjeras inspiradas en una política legislativa que busca impedir el fraccionamiento de la explotación agraria al fallecimiento de su titular<sup>71</sup>.

68. La regulación sucesoria especial sobre las explotaciones agrarias en las legislaciones europeas persigue la finalidad de asegurar su conservación después de la muerte del titular, impidiendo su fraccionamiento o división entre los herederos. Sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza y del contenido de las normas especiales, el panorama legislativo en esta materia es muy heterogéneo. Mientras algunas legislaciones especiales establecen sobre la explotación agraria una verdadera sucesión anómala (por ejemplo, la transmisión del arrendamiento rural en Francia<sup>72</sup>, la sucesión de la explotación agraria bajo régimen de concesión en España<sup>73</sup>, la transmisión de la propiedad de la empresa agraria en Eslovenia<sup>74</sup>, la sucesión en el *maso chiuso* situado en la provincia italiana de Bolzano<sup>75</sup>), algunos sistemas utilizan la técnica de la atribución preferente (Francia<sup>76</sup>, Luxemburgo<sup>77</sup>, Italia<sup>78</sup>, Suiza<sup>79</sup>), mientras que otros emplean una técnica mixta, en el sentido de combinar elementos de la sucesión anó-

<sup>71</sup> A. BUCHER, *loc. cit.*, p. 258.

<sup>72</sup> Según el artículo L. 411-34 del *Code rural et de la pêche maritime*, la transmisión del arrendamiento rural tiene lugar en beneficio del cónyuge del arrendatario, del compañero unido a él por un pacto civil de solidaridad, de sus ascendientes y de sus descendientes que participen en la explotación o que hayan participado activamente en ella durante los cinco años anteriores a la muerte.

<sup>73</sup> Artículo 32 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Decreto 118/1973, de 12 de enero, BOE no. 30, de 3 de febrero de 1973), modificado por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (BOE de 5 julio de 1995). En Derecho español, en presencia de un régimen de concesión sobre la explotación agraria, la ley designa como adquirentes al cónyuge sobreviviente y subsidiariamente, a uno de los hijos o descendientes que sea agricultor. En caso de pluralidad de descendientes, la concesión será transmitida al que fuera designado por el concesionario en testamento.

<sup>74</sup> Artículos 7 y siguientes de la ley sobre la empresa agraria de 7 de diciembre de 1995: KRALJIC, « Freedom of testation in Slovenia », en M. ANDERSON y E. ARROYO i AMAYUELAS (dir.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen, European Law Publishing, 2011, p. 265. El testador puede designar solamente un heredero, o excepcionalmente dos, dentro de un círculo de personas predeterminadas legalmente: (cónyuge o *partner* civil, padre o madre, o hijo), a falta de los cuales la designación testamentaria es nula. Esta ley prevé las condiciones especiales que debe reunir el sucesor en la explotación, tanto por vía testamentaria como *ab intestat*.

<sup>75</sup> *Legge provinciale 28 novembre 2001, n. 17 (Legge sui masi chiusi)*. Se trata de un caso típico de sucesión anómala en la explotación agraria y en sus elementos accesorios. El testador puede designar por testamento el adquirente del *maso*, el cuál se convierte en deudor del patrimonio hereditario por el valor del *maso*. En la sucesión *ab intestat*, los herederos pueden designar el adquirente por mutuo acuerdo, y en su defecto, el juez, siguiendo el orden de preferencia establecido en el artículo 14 de la ley: F. VALENZA, « La successione nei rapporti agrari », en G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. 3, « La successione legittima », Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1122 y siguientes. Las disposiciones especiales reguladoras del *maso* son aplicables, independientemente de la *lex successionis* designada por la norma de conflicto, en virtud del artículo 30 RS: A. DAVI y A. ZANOBETTI, « Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione Europea », CDT, vol. 5, no. 2, 2013, p. 110.

<sup>76</sup> Ver *infra*, V. 2) “El ejemplo francés: las atribuciones preferentes”.

<sup>77</sup> Artículo 832-1 del Código civil de Luxemburgo. El valor de la empresa se imputa al valor de la cuota hereditaria del adjudicatario, debiendo compensar este último a los coherederos por el excedente. El beneficiario debe haber participado en el aumento del valor de la explotación, y en caso de que ejerza otra actividad profesional, el requisito puede ser cumplimentado por su cónyuge. Pueden solicitar la atribución preferente el cónyuge y los descendientes del causante que son copropietarios de la explotación y que han trabajado en ella. Vid. M. WATGEN et R. WATGEN, *Successions et donations*, 3<sup>ra</sup> ed., Luxembourg, Éditions Promoculture, 2006, pp. 201-207.

<sup>78</sup> Artículo 49 apartado 1 de la ley de 3 de mayo de 1982 (*Legge 3 maggio 1982, n. 203, « Norme sui contratti agrari », G.U. n° 121 du 5 mai 1982*): si el causante era propietario de la explotación, la ley prevé en favor del heredero que trabaja en la explotación agraria, un derecho de opción a fin de adquirir las cuotas de los otros coherederos al precio del valor agrario medio del terreno. Por otro lado, el artículo 230 *bis*, apartado 5, del Código civil italiano establece, en caso de partición sucesoria, un derecho preferente a la adquisición de la empresa familiar en favor del miembro de la familia (cónyuge, parientes del causante hasta el tercer grado de parentesco, y parientes del cónyuge hasta el segundo grado de parentesco).

<sup>79</sup> El artículo 619 del Código civil suizo remite a la ley federal de 4 de octubre de 1991 (*Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural*) en materia de sucesión sobre la empresa y los inmuebles agrarios. El artículo 11 de esta ley otorga a todo heredero el derecho a solicitar la atribución preferente de la explotación, siempre que pretenda explotarla personalmente y parezca capaz de hacerlo, y en su defecto, la atribución es conferida al heredero legitimario que la demande.

mala y elementos de la atribución preferente por medio de una atribución *ex lege* de la titularidad sujeta a compensación (Bélgica<sup>80</sup>, Alemania<sup>81</sup>, Austria<sup>82</sup>, Polonia<sup>83</sup>, Finlandia<sup>84</sup> y Noruega<sup>85</sup>).

### 3. La transmisión de los bienes troncales en Derecho sucesorio vasco

69. La institución de la troncalidad en vigor en el territorio de Bizkaia (País Vasco español) constituye una manifestación particular del principio de conservación de los bienes en la familia. La troncalidad, erigida en principio del Derecho vasco por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco (BOPV núm. 153 de 7 de agosto de 1992 y BOE núm. 39 de 15 de febrero de 2012) encarna la idea de la destinación familiar del patrimonio, organizando de modo imperativo la transmisión -a título *inter vivos* y *mortis causa*- de los bienes troncales al interior de la familia troncal.

70. El régimen de la troncalidad responde a un doble criterio -territorial y personal- que delimita su campo de aplicación espacial. El primer criterio designa el objeto sobre el cual se ejercen los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad. Se trata de los “bienes raíces”, concepto en el que se comprenden la propiedad y demás derechos reales sobre el suelo, y todo lo que en él se edifique, plante o siembre, así como las sepulturas en las iglesias, siempre que estén localizados en el territorio vizcaíno llamado Tierra llana o Infanzonado (artículos 5, 6 y 19 de la ley 3/1992). En segundo lugar interviene un criterio de aplicación personal que ordena la sujeción a dicho régimen de los vizcaínos (personas

<sup>80</sup> La *Loi du 29 août 1988 relative au régime successoral des exploitations agricoles en vue d'en promouvoir la continuité* establece un “droit de reprise” en favor de los descendientes del propietario a fin de adquirir la explotación agraria. En presencia de una pluralidad de interesados, la prioridad es concedida al que fuera previamente designado por testamento, siempre que participe en su explotación.

<sup>81</sup> En virtud de la ley alemana reguladora de la explotación agraria, la *Höfeordnung* de 24 abril de 1947, la explotación agraria (*Höfe*) es transmitida a un solo heredero, según el orden de parientes establecido en el artículo 5 en defecto de designación contraria del testador, correspondiendo a los demás una participación en valor, proporcional a sus cuotas hereditarias. El carácter internacionalmente imperativo de la *Höfeordnung* ha sido reconocido por la mayoría de la doctrina alemana. Su aplicabilidad en contra de la ley sucesoria general tiene lugar en virtud del artículo 3 a II *EGBGB*, al ser considerado un “estatuto especial” (*Einzelstatut*) que prima sobre el estatuto general (*Gesamtstatut*).

<sup>82</sup> Vid. la ley austríaca en la materia (*Bundesgesetz vom 21. Mai 1958 über besondere Vorschriften für die bäuerliche Erbteilung*), de aplicación general salvo para las regiones de Kärntner y Tirol, donde rigen la *Bundesgesetz vom 13. Dezember 1989 über die bäuerliche Erbteilung in Kärnten* y la *Gesetz vom 12. Juni 1900, betreffend die besonderen Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe, wirksam für die gefürstete Grafschaft Tirol*, respectivamente. Estas legislaciones especiales conceden la atribución preferente de la explotación agraria a un heredero único que debe reunir determinados criterios legales, debiendo éste compensar económicamente a los coherederos excluidos de la sucesión en el bien productivo. Por medio de estas reglas especiales, el Estado asegura la unidad de la explotación, y con ella la protección de objetivos políticos en vistas de la preservación de la economía y de la agricultura nacional austríacas. Su aplicación imperativa en un contexto internacional a título de normas de policía, en virtud del artículo 30 RS, ha sido reconocida por H. HEISS, « Internationales Erbrecht », en Michael GRUBER, S. KALSS, K. MÜLLER, M. SCHAUER (dir.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Viena, Springer, 2010, pp. 1228-1229.

<sup>83</sup> Artículo 1058 a 1062 del Código civil polaco (E. KUCHARSKA, *The Civil Code*, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2011). Estas disposiciones se aplican a la sucesión de una explotación agraria cuya superficie es superior a una hectárea. Los herederos legales son designados en función de los siguientes criterios dentro de los miembros de la familia del causante: 1) los mismos están implicados en la producción agraria de modo permanente, o 2) tienen una formación en materia agraria, o 3) son menores o son estudiantes, o 4) están impedidos de trabajar de manera permanente.

<sup>84</sup> El código de sucesiones finlandés (capítulo 26, artículo 8(1)) reserva la aplicación de las disposiciones sucesorias especiales del lugar de situación de los inmuebles cuando las mismas tengan por objetivo la conservación de la actividad de una empresa o de una profesión, el mantenimiento de la propiedad indivisa en la familia o todo otro objetivo de protección similar. El artículo 25 de dicha ley prevé el derecho del heredero -testamentario o *ab intestat*- que posee la competencia necesaria para continuar la explotación, a solicitar la atribución preferente de la misma, salvo si el causante estipuló lo contrario o si los herederos acordaron otra forma de distribución.

<sup>85</sup> El régimen del *åsetesretten* noruego en virtud del cual la explotación agraria es atribuida imperativamente a un solo heredero dentro de los descendientes del *de cuius* es manifiestamente un caso de aplicación de las normas de policía del lugar de situación de los bienes. Esta regulación especial responde a una doble consideración económica y familiar, al perseguir la finalidad de preservar la unidad económica de la explotación en el círculo familiar del propietario. El objetivo de la institución radica en la protección de intereses claramente diferenciados de la función propia del Derecho sucesorio: A. GRAHL-MADSEN, « Conflict between the Principle of unitary Succession and the System of Scission », *International & Comparative Law Quarterly*, no. 28, 1979, pp. 614-615.

con vecindad civil en Bizkaia) quienes permanecerán sometidos a estas normas a pesar de la pérdida eventual de esta vecindad (artículo 23 ley 3/1992). Basados en el argumento de la aplicación territorial de la ley, algunos autores clasifican acertadamente la troncalidad en la categoría de regímenes sucesorios particulares del artículo 15 CLH<sup>86</sup>.

**71.** En el nuevo contexto legislativo europeo, caracterizado por el declive de la ley de situación de los bienes en beneficio de una ley sucesoria unitaria, el régimen de la troncalidad puede reivindicar un título exclusivo de aplicación en virtud del artículo 30 RS frente a una ley sucesoria extranjera. El objetivo del régimen legal de la troncalidad se encuentra enunciado formalmente en el artículo 17.1 de la Ley 3/1992: “a través de la troncalidad, se protege el carácter familiar del patrimonio”.

**72.** Ahora bien, el régimen troncal no es un simple vestigio de la regla de conservación de los bienes en la familia, sino que es un principio director que informa el Derecho vizcaíno en su conjunto, cumplimentando una función social específica que radica en la protección de un valor fundamental de la sociedad vizcaína. Este valor se expresa en la concepción comunitaria o social de la propiedad, donde el interés privado del titular de los bienes troncales es sustituido por el interés colectivo familiar<sup>87</sup>. A diferencia de la propiedad individual del Derecho común, la troncalidad introduce una forma particular de organización social que se caracteriza por el carácter familiar de la propiedad<sup>88</sup>. En resumen, la propiedad troncal tiene un contenido eminentemente social y expresa una tradición anclada en la conciencia colectiva del pueblo vasco<sup>89</sup>.

**73.** En esta perspectiva se comprende la propuesta de la Academia Vasca de Derecho con motivo de la consulta pública abierta por el Libro verde sobre sucesiones y testamentos en vista de la adopción del Reglamento. Anticipando el peligro de una usurpación del principio de troncalidad sobre los bienes sujetos al mismo, por parte de una *lex successionis* unitaria en el futuro Reglamento europeo, este organismo propugnaba la conexión a la *lex rei sitae* de la sucesión en los inmuebles troncales y de todo otro régimen análogo que establezca una forma particular de organización familiar o social<sup>90</sup>.

#### 4. La sucesión en la vivienda familiar

**74.** La destinación social de la vivienda familiar justifica la aplicación internacional imperativa de las disposiciones que tienen por objetivo la transmisión de la propiedad o la creación de derechos reales sobre el inmueble destinado a habitación, a fin de garantizar al cónyuge o compañero sobreviviente el mantenimiento de sus condiciones habitacionales.

**75.** Derechos de uso y disfrute. Algunas legislaciones confieren al cónyuge sobreviviente un derecho real de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda familiar y el mobiliario doméstico, pudiendo asumir un carácter temporal<sup>91</sup> o vitalicio<sup>92</sup>, según los sistemas. El grado de protección de la

<sup>86</sup> A. BORRÁS, « La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l’Espagne », en A. BORRÁS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN, M. VERWILGHEN (dir.), *E pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L.Droz. On the progressive unification of Private International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 15; A. FONT I SEGURA, « La sucesión hereditaria en el Derecho Interregional », *A.D.C.* v. 53, no. 1, 2000, p. 54, nota 126.

<sup>87</sup> J. M. GOROSTIZA VICENTE, « La troncalidad en Bizkaia : una concepción original de propiedad colectiva familiar », *Iura Vasconiae* no. 2, 2005, pp. 354-355; J. CAÑO MORENO, « Troncalidad y conflictos de leyes », en REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAÍS (dir.), *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco, Jornadas de Estudio*, Bilbao, Comisión de Bizcaya, 1999, p. 190; I. MONASTERIO ASPIRI, « La familia en Bizkaia y su régimen jurídico », *Revista de derecho civil aragonés*, no. 1-2, 1998, p. 37.

<sup>88</sup> A. CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 55.

<sup>89</sup> J.-M. GOROSTIZA VICENTE, *loc. cit.*, p. 354.

<sup>90</sup> ACADEMIA VASCA DE DERECHO, « Contribución al Libro Verde, Sucesiones y testamentos », en [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_avd\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_avd_fr.pdf)

<sup>91</sup> Duración limitada de un año: artículo 763 del Código civil francés. Se trata de una medida de urgencia a fin de hacer frente al desamparo causado por el deceso del cónyuge: P. MALAURIE, *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>92</sup> Artículo 764 del Código civil francés.

situación ocupacional del cónyuge es variable, si tenemos en cuenta su articulación con el principio de la libre disponibilidad de los bienes por causa de muerte. El carácter imperativo o dispositivo de la norma resulta de la función que el legislador le confiere dentro de la regulación sucesoria. En el primer caso, estos derechos pueden revestir una naturaleza legitimaria, formando parte de los derechos legitimarios legalmente atribuidos al cónyuge (Italia<sup>93</sup>, Bélgica<sup>94</sup>, Austria<sup>95</sup>), o imponerse como límite legal adicional a la libertad de disposición de causante (Holanda<sup>96</sup>). Esta finalidad puede igualmente conseguirse por medio de una atribución *ex lege* o derecho de predetracción independiente de la participación del cónyuge en la sucesión (Francia respecto al derecho temporal de uso<sup>97</sup>, España en lo que atañe al ajuar familiar<sup>98</sup>, Suiza<sup>99</sup>). En cambio, la protección especial del derecho de ocupación del cónyuge puede venir conferida por una norma dispositiva, cuando su puesta en práctica opera dentro de la sucesión *ab intestat* como contenido específico de la parte hereditaria del cónyuge (Escocia<sup>100</sup>,

<sup>93</sup> El derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el derecho de uso sobre el mobiliario constituyen en Derecho italiano, un derecho legitimario que la ley concede al cónyuge y que grava por consiguiente la parte disponible de la sucesión (artículo 540 apartado 2 del Código civil italiano). Lo califican de norma internamente imperativa E. CALÒ, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, IPSOA, 2007, p. 87; L. SALOMONE y V. RAIOLA, « La successione del coniuge », en G. CASSANO y R. ZAGAMI (dir.), *Manuale della successione testamentaria*, Roma, Maggioli Editore, 2010, p. 392.

<sup>94</sup> Artículo 915bis apartado 2 del Código civil belga. Se trata de la “legítima concreta” (*réserve concrète*) del cónyuge: Vid. F. TAINMONT, « La protection du conjoint survivant, entre réserve et recours alimentaire, bilan et perspectives », en J.-L. RENCHON y N. VERHEYDEN-JEANMART (dir.), *Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5<sup>e</sup> journée d'études juridiques Jean Renaud*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 256-259. El cónyuge sobreviviente puede exigir la conversión del usufructo en la plena propiedad de la vivienda *ex* artículo 745 *quater* del Código civil belga.

<sup>95</sup> Artículo 758 del Código civil austríaco. Se trata de un prelegado legal sobre la vivienda familiar que faculta al cónyuge sobreviviente no desheredado legalmente, a continuar ocupando la vivienda y a adquirir el mobiliario familiar que resulte necesario para el mantenimiento de sus condiciones de vida. Este derecho tiene naturaleza legitimaria, y por tanto, el valor del mismo debe computarse en el contenido patrimonial de la legítima del cónyuge: B. ECCHER, *Bürgerliches Recht*, vol. VI, *Erbrecht*, Viena, Springer, 2002, pp. 102-103.

<sup>96</sup> Artículo 4:41 del Código civil holandés. En Holanda, si el cónyuge sobreviviente es excluido de la sucesión testamentaria o no puede suceder *ab intestat*, la ley le garantiza un derecho de uso temporal de 6 meses sobre la vivienda familiar y el mobiliario (artículo 4:28). El cónyuge también es beneficiario de un derecho de usufructo vitalicio sobre la vivienda, el cual no es incompatible con un derecho de usufructo adicional, si es necesario para su manutención (artículo 4:29). Vid. H. FLICK et D. J. PILTZ, « Niederlande », en H. FLICK y D. PILTZ (dir.), *Der Internationale Erbfall*, München, Beck, 2008, p. 239; F. A. A. DUYNSTEE y K. M. F. J. HOUBEN, « The Netherlands », en D. HAYTON (dir.), *European Succession Law*, Bristol, Jordans, 2002, p. 393; J. M. MILO, « Acquisition of property by succession in Dutch Law : tradition between autonomy and solidarity in a changing society », en M. ANDERSON et E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen, European Law Publishing, 2011, p. 225. Este derecho de usufructo recibe una interpretación judicial restrictiva.

<sup>97</sup> Artículo 763 del Código civil de Francia. Este derecho temporal de uso es protegido por una norma de orden público que es interpretada por la doctrina como una prolongación de la protección de la residencia familiar prevista por el artículo 215 del Código civil dentro del régimen primario matrimonial: M. GRIMALDI, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002.48; M.-C. de ROTON CATALA, *loc. cit.*, p. 488. La norma sería de aplicación territorial exclusiva si la residencia familiar está situada en Francia, con la consiguiente evicción de la *lex successionis*: I. BARRIÈRE-BROUSSE, fasc. 546-40, “Mariage. Effets”, *Jurisclasseur International*, p. 186; M. REVILLARD, *Stratégie de transmission d'un patrimoine international*, Paris, Defrénois, 2009, p. 45; S. FERRÉ-ANDRÉ, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la Loi du 3 décembre 2001 », *Répertoire Defrénois*, no. 13, 2002, p. 863, párrafo 55; É. FONGARO, *loc. cit.*, p. 140; S. BILLARANT, *op. cit.*, pp. 304-305.

<sup>98</sup> Artículo 1321 de Código civil español. Este derecho de predetracción sobre las ropas, el mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos en favor del cónyuge tiene naturaleza de atribución *ex lege* vidual no sucesoria, de orden público: S. ESPIAU ESPIAU, « Derechos del cónyuge viudo en el Código Civil y viudedad aragonesa », en M. del C. GETE-ALONSO y CALERA (dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. 2, Navarra, Civitas, 2010, pp. 2233-2297.

<sup>99</sup> Artículo 219 del Código civil de Suiza, que concede al cónyuge sobreviviente, a fin de garantizar el mantenimiento de sus condiciones de vida, la posibilidad de adquirir el usufructo, un derecho de habitación, o la propiedad de la vivienda familiar, cuyo valor se imputa al valor del crédito de participación del cónyuge como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial.

<sup>100</sup> Artículo 8(1) de la *Succession (Scotland) Act* 1964. La atribución del *dwelling house* y de los *household chattels* está comprendida dentro del contenido patrimonial de los *prior-rights*. A diferencia de los *legal rights* que limitan la libertad de testar, estos *prior rights* se aplican en la sucesión *ab intestat* y son por consiguiente, supletorios de la voluntad individual: *vid.* R. MACDONALD, « Scotland », en D. HAYTON, *op. cit.*, p. 130. Es requisito que el cónyuge viudo resida en la vivienda habitual al momento del fallecimiento.

Luxemburgo<sup>101</sup>), o cuando es creada *ope legis* salvo disposición contraria del testador (Francia respecto al derecho vitalicio de disfrute<sup>102</sup>).

**76.** Atribución preferente. En ausencia de asignación legal de un derecho real sobre la vivienda familiar como consecuencia de la muerte, la preocupación por garantizar al cónyuge el derecho a permanecer en el local de habitación con posterioridad a la apertura de la sucesión puede materializarse en un derecho a adquirir, prioritariamente a los demás herederos, la propiedad del mismo, junto con la de los bienes muebles de uso doméstico, en pago de su participación en la herencia. Esta atribución preferente tiene una naturaleza esencialmente familiar. Su finalidad consiste en asegurar a favor al cónyuge, el mantenimiento de sus condiciones habituales de residencia, por lo que se le exige haber estado ocupando la vivienda en el momento de la muerte (Francia<sup>103</sup>, Irlanda<sup>104</sup>, Suiza<sup>105</sup>).

**77.** La evicción de la ley designada por la norma de colisión sucesoria en razón de la destinación social y familiar de la vivienda vendría justificada por la adopción de una conexión especial a la *lex rei sitae* en todos aquellos casos en que el inmueble hereditario constituye el instrumento de promoción de una política legislativa dirigida a la satisfacción de las necesidades de habitación del cónyuge superviviente en un territorio dado. Como ejemplo de esta conexión especial (*Sonderanknüpfung*) a la *lex situs* de las normas protectoras del derecho del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda cabe mencionar el artículo 10 de la Ley federal austríaca sobre la propiedad de la vivienda, de 31 de julio de 1975 (*Wohnungseigentumsgesetz*), actualmente correspondiente al artículo 14 de la *Wohnungseigentumsgesetz* de 26 de abril de 2002, en virtud del cual la cuota-parte que correspondía al causante sobre la vivienda común de los esposos<sup>106</sup> es asignada de pleno derecho al cónyuge sobreviviente cotitular de la misma. La Corte Suprema austríaca, en su sentencia de 8 de octubre de 1991, considera esta disposición como una norma de policía (*Eingriffsnorm*) aplicable independientemente de la ley designada por la norma de conflicto sucesoria (en el caso de la sentencia, la ley griega), en base a objetivos políticos orientados a la protección de determinados intereses públicos del foro<sup>107</sup>.

### VIII. Interpretación estricta de las disposiciones sucesorias especiales del artículo 30 RS

**78.** La intención de preservar la unidad de la ley aplicable a la sucesión por parte del legislador europeo motivó la inclusión de una mención especial en el Considerando 54 del Reglamento, dejando sentada la necesidad de interpretar restrictivamente el artículo 30. En esta directiva de interpretación se excluye expresamente del campo de aplicación del artículo 30, a “las normas de conflicto de leyes que

<sup>101</sup> En Derecho luxemburgués, esta protección asume la forma de un derecho de opción del cónyuge en la sucesión *ab intestat*, a adquirir el usufructo sobre la vivienda familiar común y el mobiliario (artículo 767-1 del Código civil de Luxemburgo), pudiendo perder este derecho de disfrute en caso de matrimonio ulterior, si los hijos demandan la conversión del usufructo en metálico, a menos que sea copropietario del inmueble: A.-L. VERBEKE y A. VAN ZANTBEEK, « Luxembourg », en D. HAYTON, *op. cit.*, pp. 346-347; M. WATGEN y R. WATGEN, *op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>102</sup> El carácter dispositivo del artículo 764 del Código Civil francés, con la consiguiente desprotección que el mismo entraña para el cónyuge ha sido objeto de crítica por la doctrina: M.-C. DE ROTON CATALA, *loc. cit.*, p. 492, quien lo califica de “possibilité d’exceptionnelle dureté au plan humain”, si bien se considera una norma de compromiso con un fuerte contenido político orientado a la protección prioritaria del cónyuge sobreviviente: C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, L.G.D.J., Paris, 2004, pp. 504-505.

<sup>103</sup> Artículo 831-2(1) Código civil francés.

<sup>104</sup> Artículo 56(1) *Succession Act*, 1965.

<sup>105</sup> Artículo 612a del Código civil suizo.

<sup>106</sup> Esta ley extiende el beneficio a favor de los miembros de una unión registrada de conformidad con la ley austríaca sobre las uniones registradas de 30 de diciembre de 2009.

<sup>107</sup> G. REICHEL, « Zur Frage der Beachtlichkeit des § 10 WEG 1975 als erbrechtliche Eingriffsnorm - zu OGH 8.101991 », *IPRax* 1993, p. 257; H. HEISS, *loc. cit.*, p. 1228; W. POSCH, *Bürgerliches Recht*, vol. VII, « Internationales Privatrecht », Viena, Springer, 4ª ed., 2008, pp. 91-92. Es interesante destacar que el actual artículo 14 de la *Wohnungseigentumsgesetz* de 2002, no es de orden público sino dispositivo, al ser susceptible de modificación por voluntad común de los cónyuges en el sentido de atribuir dicha participación a un tercero: cfr. el apartado 4 del artículo 14.

somete a muebles e inmuebles a leyes diferentes” y a “las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento”.

**79.** A diferencia del artículo 3a II de la Ley de introducción al Código Civil Alemán (*EG-BGB*), que instituye la preeminencia del estatuto sucesorio especial sobre el general (*Einzelstatut bricht Gesamtstatut*), las disposiciones especiales del lugar de situación de los bienes en el sentido del artículo 30 RS no se identifican con las normas de conflicto de los Estados escisionistas, sino que conciernen exclusivamente las disposiciones sucesorias de Derecho material. A la misma conclusión se llega por medio del artículo 34.2 RS, el cual, al impedir el reenvío en los supuestos del artículo 30, produce el efecto de excluir las normas de conflicto dualistas de la definición de “disposiciones especiales” del lugar de situación de los bienes<sup>108</sup>.

Sin embargo, la reverencia que hace el Reglamento a la unidad sucesoria no es absoluta. Además de la excepción contenida en el artículo 30 RS, el artículo 34 que autoriza el reenvío en defensa de la “coherencia internacional” (Considerando 57) se encarga de dar entrada al sistema dualista o escisionista de la sucesión. De este modo, el fenómeno de la escisión territorial se originará en virtud del reenvío que hace la norma de conflicto escisionista del Estado tercero -o de un Estado miembro no vinculado por el Reglamento<sup>109</sup>- de la última residencia habitual del causante a la ley de un Estado miembro o a la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley (*renvoi partiel*). Como consecuencia del reenvío operado por la norma de conflicto dualista, la sucesión quedará escindida en varias masas regidas por una pluralidad de leyes sucesorias dependiendo de la naturaleza mobiliaria o inmoviliaria de los bienes.

**80.** A este supuesto clásico de escisión territorial<sup>110</sup> hemos añadido el calificativo de *general* para distinguirlo del singular efecto escisionista que tiene lugar en virtud del artículo 30 RS. En presencia de normas que instituyen una sucesión anómala o excepcional<sup>111</sup> sobre determinados bienes que quedan segregados del patrimonio hereditario del causante, conformando una masa autónoma objeto de una delación sucesoria especial, razones de coherencia legislativa aconsejan aplicar en bloque las normas sucesorias del *situs* a todas las fases del *iter* sucesorio sobre los bienes en cuestión. Esta escisión territorial podría ser calificada de *especial*, si consideramos que la división de competencias legislativas no resulta de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes sino de la destinación económica, familiar o social de bienes específicos gobernados por normas especiales materiales de la *lex situs*.

**81.** En cambio, ante una regla especial de partición que atribuye bienes singulares en pago de fracciones hereditarias (atribuciones preferentes), la determinación de los herederos y la fijación del contenido de las cuotas hereditarias corresponde a la *lex causae*, la cual autorizará la intervención exorbitante de la *lex rei sitae* en su campo de aplicación sólo en lo relativo a la concreción de las cuotas en bienes específicos de la herencia (fase de partición, con lo cual se llega a una escisión puramente funcional<sup>112</sup>), siempre que dichas normas revistan un carácter especial debido a consideraciones de índole económica, social o familiar. La extensión de la disposición especial es la estrictamente reclamada por el objetivo de política legislativa que la sustenta.

<sup>108</sup> Esta precisión no era necesaria, puesto que el artículo 30 exige que la *lex rei sitae* quiera ser aplicada a la situación internacional, lo cual por lógica excluye cualquier tipo de reenvío. Su valor es meramente reconocitivo: A. DAVI y A. ZANOBETTI, *loc. cit.*, p. 92.

<sup>109</sup> A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 511.

<sup>110</sup> M. FERID, « Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé », *Recueil des Cours*, vol. 142, 1974, p. 110.

<sup>111</sup> *Vid. supra*, VI. “El carácter sucesorio de la disposición especial: la sucesión anómala y la atribución preferente”.

<sup>112</sup> A diferencia de la escisión territorial, esto es, la aplicación de leyes sucesorias diferentes a la sucesión (a todos los aspectos o fases de la misma) de bienes, en función de su naturaleza mueble o inmueble, la escisión funcional es aquella en la que resultan aplicables varias leyes a diferentes aspectos o fases del *iter* sucesorio, por ejemplo, a la transmisión y a la administración de la herencia: *vid.* M. FERID, *loc. cit.*, p. 110; H. LI, *loc. cit.*, pp. 21-22; A. BONOMI, *loc. cit.*, pp. 110-111.

**82.** El segundo caso de exclusión del Considerando 54 del Reglamento se refiere a “las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión”. En general, el carácter normalmente abstracto de las cuotas hereditarias en las que se concretan los derechos legitimarios o la naturaleza pecuniaria que estos asumen en algunos sistemas parece oponerse a la consideración de las normas protectoras de la legítima como disposiciones especiales en el sentido del artículo 30 RS. Dado que la legítima sucesoria se traduce en la mayoría de los sistemas en una fracción aritmética o parte alícuota de la *universitas iuris (pars hereditatis)*<sup>113</sup>, o bien en un derecho de crédito que grava la herencia (*pars valoris*), faltaría la condición que exige que las disposiciones especiales recaigan sobre bienes determinados (“determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes”).

**83.** Otra razón conlleva a desterrar del campo de aplicación del artículo 30 RS las normas legitimarias generales que recaen no sobre bienes determinados, sino sobre la *universitas iuris* que constituye la herencia. Se trata de la destinación familiar imperativa que caracteriza la institución de la legítima. Al estar en sí misma desconectada de la realidad material de los bienes que conforman la herencia, ésta se impone, no con el fin de preservar la función objetiva de los bienes, sino en tanto corolario del principio de solidaridad familiar.

**84.** La razón de esta exclusión es otra. Entendemos que la redacción del Considerando 54 del Reglamento es reveladora de un cierto afán legislativo por dilucidar la problemática relativa a si debe o no considerarse la legítima como perteneciente al orden público internacional. No es por casualidad que encontramos en el Considerando 54 términos parecidos a aquellos utilizados en el hoy desaparecido apartado segundo del artículo 27 de la Propuesta de Reglamento que recogía la excepción general del orden público.

**85.** El objetivo de este apartado consistía en evitar que una diferencia entre las modalidades de la legítima previstas por la ley sucesoria objetiva o por la ley voluntariamente designada por el causante, de una parte, y aquellas correspondientes a la *lex fori*, de otra parte, pudiera erigirse en motivo de evicción de las primeras en nombre del orden público internacional. La inclusión de una previsión de tal naturaleza en el Considerando 54 del Reglamento confirma la voluntad política del legislador europeo en este sentido. La previsión por parte de la *lex rei sitae*, de derechos legitimarios de valor “superior” a aquellos previstos por la *lex successionis* no será suficiente para sustraer los bienes hereditarios al juego de la norma de conflicto, quedando por consiguiente descartadas la calificación de dichas disposiciones como normas de aplicación inmediata.

## IX. Conclusiones

**86.** La conexión bilateral de los regímenes sucesorios particulares a la ley de situación de los bienes en el artículo 30 RS constituye un importante punto de inflexión del sistema sucesorio unitario en el Reglamento. Esta norma excepcional no responde a las características de la norma de conflicto clásica pues su aplicación está condicionada a la existencia de un determinado contenido material de la *lex situs* y a la voluntad de aplicación de la misma, con independencia de la internacionalidad de la situación jurídica que regula. Este contenido viene dado por la presencia de disposiciones sucesorias sobre bienes específicos que responden a consideraciones económicas, familiares o sociales y cuyo objetivo sobrepasa al individuo concretamente beneficiado para alcanzar al interés público o estatal.

---

<sup>113</sup> No obstante, en algunos Estados, las disposiciones especiales sobre inmuebles pueden tener un vínculo estrecho con el régimen de legítimas, ya sea porque forman parte de la protección legitimaria legal (por ejemplo, la legítima concreta del cónyuge en el artículo 915bis del Código civil belga), ya sea porque otorgan una protección adicional a un legitimario (por ejemplo, el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar del artículo 540 apartado 2 del Código civil italiano, o el derecho legal de habitación del legitimario discapacitado en el artículo 822 apartado 2 del Código civil español). En estos, casos, dichas normas especiales podrían ser consideradas a título de disposiciones especiales de la *lex situs* conforme al artículo 30 RS.

**87.** La “disposición especial” constituye el reconocimiento, en sede sucesoria, de un estado de hecho (actividad del empresario agrícola, ocupación de la vivienda familiar por el cónyuge) o de derecho (normas protectoras de la vivienda familiar, regímenes limitativos de la disposición *inter vivos* de bienes determinados fuera del círculo familiar) preexistente al fallecimiento y cuya continuidad interesa objetivamente al Estado de situación de los bienes por razones de política económica y social, con independencia de la ley aplicable a la sucesión.

**88.** La destinación particular de los bienes se manifiesta en el hecho de que los mismos cumplan, antes de la apertura de la herencia, una función económica, social o familiar protegida por el ordenamiento jurídico. Lo que procura la norma sucesoria especial es evitar que con la muerte, esta destinación sea ignorada por el Derecho sucesorio y que, por consiguiente, los bienes dejen de satisfacer la necesidad esencial a la que estaban afectados en vida de su titular.

**89.** A diferencia del reenvío, cuya aplicación puede dar entrada a la escisión territorial general dentro del sistema unitario global adoptado por el Reglamento, el artículo 30 puede solamente conducir a una escisión territorial especial o a una escisión puramente funcional de la sucesión. Las disposiciones sucesorias especiales de la *lex rei sitae* intervienen en las fases de delación o de partición hereditarias, siempre que sea verificada su voluntad de aplicación con independencia de la competencia general de una ley sucesoria extranjera. La delación sucesoria especial deriva de las disposiciones que instituyen una sucesión anómala o excepcional sobre bienes determinados, y supone la aplicación de las normas sucesorias del *situs* a la transmisión sucesoria integral de dichos bienes, formando con ellos una masa autónoma (escisión territorial especial). En cambio, las normas relativas a las atribuciones preferentes sobre bienes introducen una regla particional especial que se integra a la sucesión regulada por la *lex causae*, produciendo como consecuencia una interferencia limitada en el *iter* sucesorio general gobernado por ella (escisión funcional).

**90.** El artículo 30 RS contiene una norma de recepción del mecanismo de las leyes de policía, cuyo alcance se circunscribe a las disposiciones sucesorias especiales del Estado de situación de los bienes. Su aplicación conduce de modo inevitable a la ruptura del principio rector del Reglamento: la unidad de la ley aplicable a la sucesión. El carácter excepcional de la norma supone, por consiguiente, que las disposiciones especiales de la *lex rei sitae* deban interpretarse restrictivamente, por lo que el campo de aplicación espacial de las mismas será el que estrictamente resulte de la necesidad de respetar la destinación particular (económica, social o familiar) de los bienes.

# A DESLOCAÇÃO OU RETENÇÃO ILÍCITAS DE CRIANÇAS NO REGULAMENTO N.º 2201/2003 (BRUXELAS II BIS)

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES  
*Professora Auxiliar da Escola de Direito  
Universidade do Minho*

Recibido: 15.01.2014 / Aceptado: 21.01.2014

**Resumo:** A deslocação ilícita de crianças na União Europeia assume uma importância crescente à medida que se verifica um aumento dos movimentos migratórios que podem potenciar estas situações, quer quando um dos pais resolve deslocar-se para outro Estado-Membro, fazendo-se acompanhar da criança, quer quando resolve voltar ao seu país de origem com a criança. Reconhecendo os efeitos nefastos que esta situação pode implicar para o desenvolvimento da criança, o regulamento Bruxelas II *bis* contém normas que visam regular a deslocação ou retenção ilícitas de crianças com vista a obter um regresso célere da criança ao país onde residia antes dessa deslocação. É este regime que será analisado, tendo em conta a jurisprudência do TJUE.

**Palavras-passe:** deslocação ou retenção ilícitas de crianças; rapto internacional de crianças; regulamento n.º 2201/2003; regulamento Bruxelas II *bis*.

**Abstract:** The wrongful removal of children in the European Union is becoming increasingly important as there is a raise of migration that can enhance these situations, when one parent decides to move to another Member State with the child, or when one parent decides to return to his country of origin with the child. Recognizing the adverse effects that this situation may lead in the development of the child, the Regulation Brussels II *bis* contains provisions intended to govern the wrongful removal or retention of children in order to get a speedy return of the child to the country where he had his habitual residence before the removal. This regime is going to be analyzed, taking into account the ECJ jurisprudence.

**Key words:** wrongful removal or retention of the child; international child abduction; regulation No 2201/2003; regulation Brussels II *bis*.

**Sumário:** I. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças; II. O regulamento Bruxelas II *bis*; III As normas de competência internacional relativas à responsabilidade parental; IV. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças; V. O reconhecimento da decisão de regresso da criança; 1. O sistema de reconhecimento de decisões no regulamento Bruxelas II *bis*; 2. As regras especiais de reconhecimento da decisão de regresso da criança.

## I. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças

1. O regulamento n.º 2201/2003 sobre a competência internacional e o reconhecimento de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*) contém normas que visam regular a deslocação ou retenção ilícitas de crianças. O tratamento desta questão impõe-se por várias razões. No âmbito da União Europeia (UE), a circulação de pessoas é propiciada pelo princípio da livre circulação de trabalhadores e de estabelecimento, o que implica que um pai ao deslocar-se entre Estados-Membros possa

fazê-lo com os seus filhos, por vezes, a contragosto do outro pai. Além disso, os movimentos migratórios geram um aumento de casais que residem num Estado diferente daquele de origem ou que são constituídos por nacionais de Estados diferentes, o que pode gerar uma situação de deslocação ilícita quando um dos progenitores resolve voltar ao seu país de origem. Ora, como afirma Alegria Borrás, «[u]m dos riscos, quizá o mais importante, em matéria de protecção dos filhos comuns nos momentos de crise conjugal, é o relativo à deslocação internacional do filho por um dos progenitores, com todos os problemas que daí resultam para a sua estabilidade e protecção»<sup>1</sup>. Foi com esta preocupação de salvaguarda do interesse fundamental da criança que a UE, aquando da unificação das regras de competência internacional, de reconhecimento e execução de decisões em matéria de responsabilidade parental, reconheceu os efeitos nefastos para a criança que resultam da deslocação ou retenção ilícitas no plano transnacional, pois implicam, não raras vezes, um corte dos vínculos afectivos com um dos pais. Assim, regulou esta questão, primeiro, no regulamento 1347/2000 (Bruxelas II)<sup>2</sup> e, posteriormente, no regulamento Bruxelas II *bis* que o veio substituir. Note-se, todavia, que a deslocação ilícita de crianças já era tratada na Convenção de Haia, de 25 de Outubro de 1980, sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Menores (Convenção de Haia de 1980).

## II. O regulamento Bruxelas II *bis*

2. O regulamento Bruxelas II *bis* versa sobre a competência, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. Este regulamento uniformiza as regras de competência internacional, e as normas de reconhecimento e execução de decisões em algumas questões matrimoniais e de responsabilidade parental.

3. Quanto ao seu âmbito material, o regulamento Bruxelas II *bis*, além das matérias civis referentes ao divórcio, separação e anulação do casamento, aplica-se ainda às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, desde a sua atribuição, o seu exercício, até à cessação, segundo o art. 1º, n.º 1, al. b). O conceito de responsabilidade parental é definido no art. 2º, n.º 7 do regulamento como «(...) o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», incluindo-se nesta definição o direito de guarda e o direito de visita. O TJUE pronunciou-se por uma interpretação autónoma do conceito de matéria civil face ao direito interno dos Estados-Membros, considerando que pode «(...) abranger medidas que, segundo o direito nacional de um Estado-Membro, pertencem ao âmbito do direito público (...)»<sup>3</sup>.

4. As matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do regulamento estão discriminadas no n.º 2, do art. 1º, numa enumeração meramente indicativa<sup>4</sup>, estando em causa, designadamente, as decisões relativas: ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e institutos análogos, à nomeação e funções de pessoa ou organismo incumbido da pessoa ou bens da criança, da sua representação ou assistência; à colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição; às medidas de protecção da criança relativas à administração, conservação e disposição do seu património. Excluem-se

<sup>1</sup> CONSELHO EUROPEU, “Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial (Texto aprovado pelo Conselho em 28 de Maio de 1998) elaborado pela Profª Drª Alegria Borrás Catedrática de Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona”, *JO C* 221, 16.07.1998, § 40. O relatório explicativo da *Convenção relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial* elaborado por Alegria Borrás, aprovado pelo Conselho, pode ser aproveitado como auxiliar interpretativo do regulamento, uma vez que esta convenção foi precursora do Regulamento n.º 1347/2000, que por sua vez foi revogado pelo regulamento Bruxelas II *bis*.

<sup>2</sup> Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal.

<sup>3</sup> TJUE 27 de Novembro de 2007, *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, CJ 2007, p. I-10141, § 5: no caso, estava em causa a entrega imediata de um menor e a sua colocação numa família de acolhimento, ordenada por uma entidade administrativa e confirmada por um tribunal administrativo, mas que estava ligada ao exercício da responsabilidade parental.

<sup>4</sup> Assim afirmado pelo TJUE no acórdão *Korkein hallinto-oikeus*, Cit., §30.

as questões previstas no n.º 3 da referida disposição legal, nomeadamente, aquelas referentes: ao estabelecimento ou impugnação da filiação; à adopção; aos nomes e apelidos da criança; à emancipação; aos alimentos; aos fideicomissos e sucessões; às infracções penais cometidas por crianças. Por indicação do considerando 5, as disposições do regulamento também se aplicam às medidas de protecção da criança no âmbito da responsabilidade parental, esclarecendo o considerando 9 quais aquelas referentes aos bens da criança que estão abrangidas pelo regulamento.

5. Quanto ao âmbito espacial, o regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável às decisões proferidas pelos tribunais<sup>5</sup> dos Estados-Membros<sup>6</sup>, segundo o art. 21º, n.º 1, cuja competência é determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3º e seguintes.

6. Nos termos do art. 72º e do art. 64º, n.º 1, este é aplicável às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de Março de 2005. Todavia, o art. 64º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, prevê algumas situações em que o regulamento se aplica a processos instaurados em momento anterior.

7. O regulamento Bruxelas II *bis* tem prevalência em relação a convenções já existentes entre dois ou mais Estados-Membros à data da sua entrada em vigor e que versem sobre as matérias abarcadas pelo regulamento (art. 59º, n.º 1). Quanto às convenções multilaterais, estabelece o art. 60º, que o regulamento Bruxelas II dentro do seu âmbito de aplicação tem prioridade sobre um conjunto de convenções nas relações entre os Estados-Membros, entre elas, a Convenção de Haia, de 25 de Outubro de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. Esta convenção continua a ser aplicada, mas é complementada pelas disposições do regulamento<sup>7</sup>.

### III. As normas de competência internacional relativas à responsabilidade parental

8. As regras de competência internacional referentes à responsabilidade parental foram inspiradas no superior interesse da criança e, nesta medida, no princípio de proximidade, como pode ler-se no considerando 12. O superior interesse da criança<sup>8</sup> no âmbito da competência internacional é concretizado pela atribuição da jurisdição ao tribunal mais próximo da criança, uma vez que é aquele que está em posição de conhecer melhor a situação da criança e o seu estado do seu desenvolvimento e, por isso, estará mais apto a tomar as decisões necessárias, em tempo útil. A atribuição da competência ao tribunal mais próximo da criança é também justificado por razão de eficácia jurídica das decisões que digam respeito à criança, que, desta forma, podem ser imediatamente cumpridas no local onde a vida da criança se decorre<sup>9</sup>. Com base neste fundamento, é atribuída competência aos tribunais do Estado-Membro onde reside a criança à data em que o processo é instaurado no tribunal, segundo a regra geral de competência do art. 8º. A data em que o processo foi instaurado deve ser apurada com base no art. 16º, n.º 1, al. a) ou al. b)<sup>10</sup>. No momento de instauração do processo, o tribunal adquire competência e intervém sempre até que haja alteração da residência habitual da criança para outro Estado-Membro.

<sup>5</sup> Tribunal no sentido estabelecido pelo art. 2º, n.º 1, como aquela autoridade que no Estado-Membro tem competência nas questões que constam do âmbito de aplicação material do regulamento.

<sup>6</sup> Com exclusão da Dinamarca, de acordo com o art. 2º, n.º 3.

<sup>7</sup> Neste sentido, COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)*, consultado em <http://ec.europa.eu>, em 01.05.2013.

<sup>8</sup> A necessidade de salvaguarda do superior interesse da criança nos actos que lhes digam respeito resulta também do art. 24º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE de 7 de Dezembro de 2000.

<sup>9</sup> Neste sentido Y.LEQUETTE, “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales», *RCA-DI*, 1994-II, Vol. 246, p. 6, n. 52.

<sup>10</sup> Regra geral, o processo considera-se instaurado de acordo com o art. 16º: 1) na data de apresentação ao tribunal do acto introdutório da instância ou acto equivalente (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou notificação ao requerido), ou 2) se o acto tiver de ser citado ou notificado

**9.** A regra prevista no art. 8º cede perante as regras especiais consagradas: nas situações de alteração da residência habitual da criança (art. 9º); em caso de deslocação ou retenção ilícitas da criança, segundo as condições previstas no art. 10º; nas situações de extensão de competência a favor dos tribunais competentes para decidir o pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, nos termos do art. 3º, desde que a responsabilidade parental tenha uma conexão com aquele pedido, nas condições descritas no art. 12º<sup>11</sup>; nos casos de extensão de competência, identificadas no art. 12º, n.º 3, a favor dos tribunais de um Estado-Membro com o qual a criança tenha uma especial ligação, quer por esse Estado corresponder à residência habitual de um dos titulares da responsabilidade parental ou a criança ter a nacionalidade desse Estado, mas apenas se a competência for aceite por todas as partes no processo (à data em que o processo é instaurado) e for exercida no superior interesse da criança<sup>12</sup>.

**10.** Na impossibilidade de apurar a residência habitual da criança, ou aplicar a regra do art. 12º, serão competentes os tribunais do Estado-Membro onde aquela se localiza (art. 13º).

**11.** Em nome do superior interesse da criança, excepcionalmente e segundo os requisitos estabelecidos no art. 15º, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, o tribunal de um Estado-Membro que tenha competência para apreciar a questão, se considerar que há um tribunal de um outro Estado-Membro que, pela sua proximidade com o processo ou com algum aspecto do processo, esteja melhor posicionado para conhecer a questão, pode suspender a instância e convidar as partes a instaurar o processo nos tribunais desse Estado num certo prazo, ou pedir a esse tribunal que se declare competente nos termos do n.º 5, da referida disposição legal (foro conveniente)<sup>13</sup>.

**12.** Reconhecido o papel central da residência habitual da criança na regra geral do art. 8º do regulamento, interessa, em seguida, apurar o significado deste conceito. Na decisão *Barbara Mercredi*<sup>14</sup> de 2010, e na decisão *Korkein hallinto-oikeus*<sup>15</sup> de 2009, o TJUE afirma que residência habitual deve ter uma interpretação autónoma para efeitos de aplicação do regulamento *Bruxelas II bis*, à luz dos fins e do contexto das disposições e do objectivo do regulamento<sup>16</sup>, nomeadamente em função do superior interesse da criança, concretizado em *Bruxelas II bis* pelo princípio de proximidade. Segundo a jurisprudência daquele tribunal, residência habitual na acepção do art. 8º corresponde ao lugar que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, devendo ter um acerta estabilidade ou regularidade, o que deve ser aferido por certos indícios que traduzam essa integração social e familiar no caso concreto<sup>17</sup>. Estes indícios podem ser apurados tendo em conta, por exemplo, a duração, as condições e as razões da permanência da criança e da família no território de um Estado-Membro, nacionalidade da criança, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, os laços familiares e sociais da criança naquele Estado; a intenção do responsável parental de se fixar com a criança noutro Estado-Membro, expressa por certas medidas exteriores, como a aquisição ou a locação de uma habitação no Estado-Membro de acolhimento, que pode ser um indício da transferência da residência habitual, ou o pedido de atribuição de uma habitação social dirigido aos serviços sociais de um Estado-Membro; a

---

antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação ou notificação (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o acto seja apresentado em tribunal).

<sup>11</sup> É necessário que um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental em relação à criança; que haja acordo dos cônjuges ou titulares da responsabilidade parental quanto à competência do tribunal em causa e que a competência seja exercida no superior interesse da criança.

<sup>12</sup> V., para este efeito, a presunção estabelecida no art. 12º, n.º 4.

<sup>13</sup> Esta transferência de competência a favor de um foro mais conveniente tem de ser desencadeada a pedido de uma das partes, por iniciativa do tribunal ou a pedido de um tribunal de outro Estado com o qual a criança tenha uma ligação especial [art. 15º, n.º 2, al. a), b) e c)].

<sup>14</sup> TJUE 22 de Outubro de 2010, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, 497/10PPU, CJ 2010, p. I-14309.

<sup>15</sup> TJUE 2 de Abril de 2009, *Korkein hallinto-oikeus*, C-523/07, CJ 2013, p. 00000.

<sup>16</sup> Indicação reiterada posteriormente em relação às normas previstas no regulamento na decisão do TJUE de 5 de Outubro de 2010, *J.McB. c. L.E.*, C-400/PPU, CJ 2010, p. I-08965, § 41.

<sup>17</sup> TJUE: *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., § 44, §47; *Korkein hallinto-oikeus*, Cit. § 44.

vontade do interessado de aí fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses<sup>18</sup>.

13. Note-se que o regulamento não define o conceito de criança, o que é uma omissão importante que condiciona o seu âmbito de aplicação. Entende, por isso, parte da doutrina, numa posição que acompanhamos, que nos resta recorrer ao direito conflitual do Estado do foro para apurar os sujeitos sobre os quais a responsabilidade parental incide<sup>19</sup>.

#### IV. A deslocação ou retenção ilícitas de criança

14. As regras previstas no regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de criança têm um objectivo claro, expresso no considerando 17: em nome do superior interesse da criança, pretendeu-se estabelecer um procedimento célere que permita o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual, em duas situações – em caso de deslocação ilícita ou de retenção ilícita (art. 2º, n.º 11). O mecanismo de regresso imediato da criança, previsto no regulamento, baseia-se num princípio de cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros<sup>20</sup>, e visa desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar os interesses e vínculos afectivos das crianças. Em caso de ocorrência destas situações pretende-se obter um regresso rápido da criança, não premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso e evitando agravar os danos ocorridos no desenvolvimento afectivo da criança.

15. Neste âmbito, as disposições do regulamento Bruxelas II *bis* completam a Convenção de Haia de 1980 (considerando 17 e art. 11.º, n.º 1), que se continua a aplicar. Porém, as normas do regulamento que versam sobre a retenção ou deslocação ilícitas da criança tentam ultrapassar as deficiências que a Convenção de Haia revelou no plano prático, nomeadamente no que diz respeito à efectividade das decisões de regresso. Por esta razão, o art. 60º do regulamento Bruxelas II *bis* estabelece que este, nas matérias reguladas, prevalece sobre a Convenção de Haia de 1980. Os problemas que se poderiam colocar em termos de hierarquia de fontes e dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados-Membros não são relevantes, uma vez que a própria Convenção de Haia de 1980, no seu art. 36º, resolve esta questão, ao prever que os Estados contratantes da convenção podem celebrar entre si acordos para diminuir as restrições existentes na convenção ao regresso da criança.

16. O regulamento Bruxelas II *bis* prevê normas especiais sobre o rapto internacional de crianças, todavia, em primeiro lugar, é preciso esclarecer o que é uma deslocação ilícita de criança. O art. 2º, n.º 11

<sup>18</sup> V. estes e outros indícios nas decisões do TJUE: *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, Cit., §53-56; *Korkein hallinto-oikeus*, Cit., § 44.

<sup>19</sup> P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9ª Ed., Paris, Montchrestien, 2007, p. 403; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª Ed., Granada, Editorial Comares, 2013, pp. 394-395; W. PINTENS, “Art. 1” in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 75; P. STONE, *EU Private International Law, Harmonization of Laws*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2008, p. 405. A Comissão Europeia, no *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 9, reconhece que esta questão, face ao silêncio do regulamento, será resolvida nos termos do direito nacional. Note-se, todavia, que nos termos do art. 4º da Convenção de Haia de 1980, esta aplica-se apenas até à criança atingir a idade de 16 anos. Cfr. R. ESPINOSA CALABUIG, “La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de “Brusselas II bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal”, *RDIPP*, 2003, n.º 3-4, pp. 754-755, que apresenta com argumentos diferentes a idade dos 16 anos e dos 18 anos, acabando por concluir que o mais conveniente seria encontrar um critério o mais uniforme possível que modo a que o menor possa gozar de um mínimo de protecção comum.

<sup>20</sup> O regulamento institui autoridades centrais, que têm várias funções e têm como objectivo geral o reforço da cooperação entre os Estados-Membros e melhorar a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis* (art. 54º e 55º). Entre essas funções constam (art. 54.º e 55.º), entre outras: favorecer o intercâmbio de informações sobre a legislação e procedimentos nacionais respectivos (art. 54.º); ou recolher e proceder ao intercâmbio de informações sobre a situação da criança, sobre qualquer procedimento em curso e sobre qualquer decisão proferida em relação à criança [art. 55, al. a)]; ou facilitar as comunicações entre os tribunais dos vários Estados-Membros [art. 55, al. c)]. Em Portugal, a autoridade central é a Direcção-Geral de Reinserção Social.

do regulamento, fornece uma noção de deslocação ou retenção ilícitas de criança, que não difere da noção presente no art. 3º da Convenção de Haia de 1980. Assim, estaremos perante deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, quando esta deslocação ou retenção: «a) [v]iole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e b) [n]o momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido, quer conjunta<sup>21</sup>, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção». Assim sendo, a deslocação ilícita da criança resulta da existência de um direito de guarda que é violado em resultado dessa deslocação. Para este efeito, é importante ainda determinar a noção de direito de guarda. Este conceito, que está previsto no art. 2º, n.º 9 do regulamento, também coincide com o conceito que encontramos no art. 5º, al. a) da Convenção de Haia de 1980, podendo ser definido como os direitos referentes à assistência e cuidados da pessoa da criança, sendo um deles o direito de determinar a residência habitual da criança. Resta-nos, por fim, apurar em que termos é adquirido este direito de guarda. Resulta do art. 2º, n.º 11, e foi confirmado pelo TJUE no caso *J.McB. c. L.E.*, que é o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais<sup>22</sup>.

**17.** A regra geral quanto à deslocação ou retenção ilícitas está prevista no art. 10º: os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita continuam a ser competentes após essa deslocação ilícita até que a criança disponha de outra residência habitual num país da UE, o que apenas acontece se estiverem reunidas as circunstâncias previstas nas alíneas daquela norma. Esta estabilidade que advém da manutenção da competência do tribunal da residência habitual de origem da criança há-de permitir a obtenção de uma decisão mais célere de regresso, caso se justifique, evitando disputas dilatórias em torno da jurisdição competente. Também se evita, desta forma, favorecer o progenitor que ilicitamente deslocou a criança para outro Estado-Membro, atribuindo competência a um tribunal que naquele momento lhe é mais próximo.

**18.** Assim, nestas circunstâncias de deslocação ilícita da criança e para que se verifique a transferência da residência habitual para outro Estado-Membro, é necessário que exista o consentimento quanto à deslocação ou retenção da pessoa que tenha o direito de guarda da criança [art. 10º, al. a)]. Em alternativa e de acordo com a al. b) da mesma disposição legal, ocorre a transferência da residência habitual, se a criança tiver estado a residir noutra Estado da UE durante um ano após o titular do direito de guarda ter tomado conhecimento do seu paradeiro (ou devesse ter tomado) e se encontre integrada no seu novo meio, desde que: nesse período o titular do direito de guarda não tenha pedido o regresso da criança às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida (i); ou tenha desistido do pedido de regresso e não tenha apresentado pedido análogo no mesmo período (ii); ou o processo que visa prover ao regresso da criança tenha sido arquivado nas condições do art. 11º, n.º 7 (iii); ou os tribunais da residência habitual de origem da criança profiram uma decisão sobre a guarda da mesma, sem que esta implique o regresso da criança (iv). Note-se que o prazo de um ano estabelecido nesta alínea está dependente do conhecimento do titular do direito de guarda quanto ao paradeiro da criança.

**19.** Perante uma deslocação ilícita da criança para outro Estado-Membro, o art. 11º do regulamento Bruxelas II *bis* complementa o disposto na Convenção de Haia de 1980, quanto ao procedimento a adoptar. Nesta situação, estabelece o art. 8º da Convenção de Haia de 1980 que qualquer pessoa, instituição ou organismo pode reportar esse facto junto às autoridades competentes do Estado da residência habitual da criança (autoridade central) ou de outro Estado contratante da Convenção de Haia, pedindo assistência para garantir o regresso da criança, pedido este que deve ser acompanhado dos elementos

<sup>21</sup> Sobre o conceito de guarda conjunta estabelece-se que «[c]onsidera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental», (art. 2º, n.º 11, al. b), *in fine*).

<sup>22</sup> Que pode depender inclusivamente de uma decisão de um tribunal que atribua o direito de guarda: TJUE, *J.McB. c. L.E.*, Cit., § 43.

previstos na segunda parte da norma. A autoridade central que foi informada daquele facto deve transmiti-lo à autoridade central do Estado contratante onde a criança se encontra (art. 9º da Convenção de Haia de 1980), que deve tentar promover as medidas necessárias para o regresso voluntário da criança (art. 10º da Convenção de Haia de 1980). O art. 11º da Convenção de Haia de 1980 impõe ainda às autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes a obrigação de adoptar procedimentos de urgência para o regresso da criança.

**20.** O art. 11º do regulamento *Bruxelas II bis*, que é aplicável quando o titular do direito de guarda pede às autoridades competentes de outro Estado-Membro uma decisão de regresso de uma criança ilicitamente retida ou deslocada nesse Estado com base na Convenção de Haia de 1980, reitera a ideia do procedimento urgente, estabelecendo no seu n.º 3, que o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional<sup>23</sup>, devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido (art. 11.º, n.º 3)<sup>24</sup>. Este é um prazo relativamente curto, pensado porque as crianças têm um tempo de maturidade diferente dos adultos: basta pensar na evolução que uma criança de um ano de idade pode ter no espaço de tempo de um ano, em que desenvolve as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas. Deste pedido pode resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem ou uma decisão de retenção.

**21.** Apesar de o regulamento não dizer expressamente qual o valor da decisão a proferir no espaço das seis semanas, podendo por isso levantar-se dúvidas, é entendimento da Comissão Europeia que a decisão emitida neste prazo de seis semanas e que fixa a ordem de regresso da criança é executória<sup>25</sup> e que cada Estado-Membro deve garantir que a decisão tenha esta natureza<sup>26</sup>. O mesmo deve ser entendido em relação à decisão que recuse o regresso da criança<sup>27</sup>. A posição da Comissão Europeia é determinada pela necessidade de se assegurar o regresso imediato da criança<sup>28</sup>. Sobre esta questão também se pronunciou o TJUE no acórdão *Inga Rinau*, decidindo que os incidentes processuais que ocorram no Estado-Membro de execução posteriormente à decisão de retenção e a sua comunicação ao tribunal de origem são irrelevantes para a aplicação do regulamento e a emissão da certidão prevista no art. 42º<sup>29</sup>. Justifica o TJUE que outra orientação poderia privar o regulamento de efeito útil, pois «o objectivo do regresso imediato do menor ficaria subordinado à condição do esgotamento dos meios processuais admitidos pela legislação nacional do Estado-Membro em que o menor está ilicitamente retido»<sup>30</sup>. Ora, este resultado não pode ser admitido, sobretudo estando em causa crianças mais novas, cuja evolução física e psicológica é maior<sup>31</sup>, podendo facilmente esmorecer os vínculos afectivos com o pai que ficou para trás.

**22.** O regresso da criança pode ser recusado com base nos fundamentos previstos no art. 13º da Convenção de Haia de 1980 (decisão de retenção). De acordo com a al. b) daquela norma da Convenção

<sup>23</sup> Note-se que para este efeito e também com um objectivo de celeridade, o art. 14º da Convenção de Haia de 1980 estabelece que para aferir a deslocação ilícita da criança, as autoridades competentes dos Estados contratantes podem tomar conhecimento directo do direito da residência habitual da criança, sem ter de recorrer a procedimentos específicos para provar o seu conteúdo. Da mesma forma, podem tomar conhecimento directo das decisões judiciais ou administrativas, reconhecidas ou não, do Estado da residência habitual da criança, sem recorrer a procedimentos específicos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras.

<sup>24</sup> Excepto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com esta opinião, E. PATAUT, “Art. 11” in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 135.

<sup>25</sup> *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., pp. 37-38.

<sup>26</sup> A Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 38, sugere algumas soluções para que os direitos nacionais garantam este efeito: ou impedir o recurso de uma decisão de regresso; ou permitir o recurso da decisão de regresso, mantendo esta todavia o seu carácter executório na pendência do recurso; ou os Estados-Membros devem criar procedimentos de recurso céleres para assegurar o cumprimento do prazo das seis semanas.

<sup>27</sup> Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 38

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> TJUE 11 de Julho de 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU, CJ 2008, p. I-05271, § 80 e § 89.

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 81.

<sup>31</sup> *Idem*.

de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção o facto de o regresso representar um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou colocar a criança numa situação intolerável. Para fazer este juízo, as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta a situação social da criança a partir de informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança (art. 13º, último parágrafo da Convenção de Haia). Todavia, o art. 13º, al. b) da Convenção de Haia não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a protecção da criança após esse regresso, de acordo com o estabelecido no art. 11º, n.º 4 do regulamento Bruxelas II *bis*.<sup>32</sup> Assim, o regulamento restringe o alcance do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, limitando-se as situações de decisões de não retorno com base naquele fundamento. Nesta medida, podemos dizer que existe no regulamento Bruxelas II *bis* um princípio de emissão tendencial de uma decisão de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida nas circunstâncias descritas. Note-se que disposto no art. 13º, al b), da Convenção de Haia deve ter uma interpretação restritiva, porque as decisões de retenção são consideradas uma excepção ao regime de regresso da criança que a Convenção tenta implementar e que resultam de um compromisso *frágil*<sup>33</sup> entre os Estados contratantes.

**23.** A decisão de recusa pode ainda fundamentar-se na oposição da criança a este regresso, desde que, esta já tenha uma idade e um grau de maturidade que permita dar aquela relevância à sua recusa de regresso (art. 13º, terceiro parágrafo da Convenção de Haia)<sup>34</sup> e, desde que, a criança possa exprimir livremente a sua opinião e sem imposição de vontade alheia<sup>35</sup>.

**24.** Por fim, a decisão de retenção pode fundamentar-se na prova de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exerça efectivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido nessa deslocação, segundo a al. a) do art. 13º da Convenção de Haia. Todavia, existindo consentimento posterior à deslocação pelo titular do direito de guarda, o tribunal da residência habitual de origem da criança só pode concluir nos termos do art. 10º, al a), que a criança adquiriu uma nova residência habitual e, nos termos do art. 17º, deve declarar-se oficiosamente incompetente<sup>36</sup>. Quanto à situação de a pessoa que tem a seu cuidado a criança não exercer efectivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, este facto pode levantar dúvidas sobre a existência de uma deslocação ou retenção ilícita da criança. Quanto ao conceito de exercício efectivo do direito de guarda, esclarece o relatório explicativo da Convenção de Haia de 1980 que o direito de guarda é exercido efectivamente quando «(...) the custodian is concerned with the care of the child's person, even if, for perfect valid reasons (illness, education, etc.) in a particular case, the child and its guardian do not live together», o que deve ser inferido das circunstâncias do caso concreto<sup>37</sup>.

**25.** O art. 11º, n.º 5 do regulamento Bruxelas II *bis*, determina que o regresso da criança não pode ser recusado se a pessoa que fez o pedido não tiver tido oportunidade de ser ouvida. Para este efeito e tendo em conta os prazos curtos estabelecidos pelo regulamento, esta audição deve ser realizada de forma rápida e eficaz, podendo o tribunal recorrer aos meios previstos no regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, como é sugerido no Guia prático sobre a

<sup>32</sup> Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adoptadas medidas adequadas de protecção no Estado-Membro de origem, sublinha a Comissão Europeia, no *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 37, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem.

<sup>33</sup> Como se pode ler no relatório explicativo da convenção: E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report*, p. 49, consultado em <http://www.hech.net>, em 01.05.2013.

<sup>34</sup> Era este o motivo que fundamentava a decisão de recusa no caso decidido pelo TJUE 22 de Dezembro de 2010, *Josefa Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, C-491/10PPU, CJ 2010, p. I-14247.

<sup>35</sup> Neste sentido, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Cit., p. 461.

<sup>36</sup> P. STONE, *EU Private International Law*, Cit., p. 424.

<sup>37</sup> E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report*, Cit., p. 49. Esclarece ainda este relatório explicativo que a al. a) do art. 13º da Convenção de Haia não pode fundamentar uma decisão de retenção se o exercício do direito de guarda não tiver sido possível devido à deslocação da criança: *idem, ibidem*.

aplicação do regulamento Bruxelas II *bis*<sup>38</sup>, nomeadamente «[o] recurso à videoconferência e à teleconferência, previsto no n.º 4, do artigo 10 do citado regulamento»<sup>39</sup>.

**26.** Nos termos do art. 11º, n.º 6, o tribunal que profere a decisão de retenção ao abrigo do art. 13º da Convenção de Haia de 1980 deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as actas da audiência, que devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão. Esta norma torna muito clara a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança, pois devem-lhe ser enviados os documentos importantes que fundamentaram aquela decisão, além da própria decisão. O regulamento não resolve a questão da necessidade de tradução dos documentos, mas segundo a Comissão Europeia os juízes devem optar pelas soluções mais rápidas e pragmáticas face às circunstâncias concretas, com auxílio, por exemplo, das autoridades centrais<sup>40</sup>. O art. 11º, n.º 6 demonstra, mais uma vez, a cooperação que o regulamento estabelece entre as autoridades judiciais dos vários países, pois impõe a necessidade de comunicação entre os tribunais dos vários Estados-Membros, que pode ser feita directamente ou através das autoridades centrais.

**27.** O tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11º, n.º 7). Em seguida, este tribunal pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança. Neste caso, esta decisão é automaticamente reconhecida e executória no outro país da UE sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força (supressão de *exequatur*) (11º, n.º 7). Aquela decisão não pode ser contestada, desde que o juiz do Estado-Membro de origem tenha emitido a certidão do anexo IV, cujas condições de emissão estão no art. 42º, n.º 2.

**28.** O procedimento que resulta do art. 11º foi pensado para assegurar o regresso imediato da criança, sendo que a última decisão é proferida pelo tribunal da residência habitual de origem da criança e se sobrepõe a qualquer outra anterior que provenha do tribunal do Estado para onde foi deslocada a criança. Neste caso, ao tribunal requerido resta-lhe constatar a executoriedade da decisão certificada e providenciar pelo regresso imediato do menor. Assim, conclui-se pela primazia das decisões do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo do tribunal do lugar para onde ela foi deslocada ou está retida ilicitamente. Não podemos, todavia, deixar de concordar que este é um processo de cooperação entre as autoridades judiciárias de Estados-Membros diferentes<sup>41</sup> que, todavia, podem ter uma visão diferente sobre a decisão que melhor salvaguarda os interesses da criança, prevalecendo a posição do tribunal da residência habitual de origem da criança.

**29.** Neste processo, deve-se ainda proceder à audição da criança, salvo em caso de se considerar desajustada tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (art. 11º, n.º 2). A necessidade de audição da criança naqueles processos em que está envolvida, em função da sua maturidade e idade, resulta do facto de se considerar que o interesse da criança, enquanto sujeito de direitos, é um dos interesses centrais do processo em causa. O direito de audição da criança nos processos que lhe digam respeito é um direito fundamental da própria criança que resulta também de vários tratados internacionais, como do art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança<sup>42</sup>; do art. 12º da Convenção dos Direitos das Crianças<sup>43</sup>; do art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da própria Convenção de Haia de 1980 no seu art. 13º. O regulamento não diz em que termos deve ser feita a audição da

<sup>38</sup> Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 37

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 41.

<sup>41</sup> Como consideram B. ANCEL/H. MUIR WATT, “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis*», *RCDIP*, 94 (4), p. 599.

<sup>42</sup> De 25 de Janeiro de 1996, do Conselho da Europa.

<sup>43</sup> Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

criança (em audiência de tribunal, pelo juiz, por técnico especializado), por isso, entende-se que esta deve ser feita de acordo com o direito e procedimento dos Estados-Membros, desde que exista a garantia de que a criança pode livremente exprimir a sua opinião<sup>44</sup>. O TJUE já esclareceu que não é necessário promover uma audiência perante o juiz do Estado-Membro de origem, mas, em função das circunstâncias do caso concreto devem ser adoptados todos os procedimentos e proporcionadas à criança todas as condições legais para que esta tenha uma oportunidade real e efectiva de exprimir livremente a sua opinião e que esta seja ponderada pelo juiz<sup>45</sup>. Assim deve ser, porque, reconheceu o TJUE, que as disputas que envolvem a atribuição do direito de guarda «(...) constituem situações nas quais a audiência da criança, designadamente se envolver a sua presença física perante o juiz, pode revelar-se inadequada, ou mesmo prejudicial, para a sua saúde psíquica, frequentemente submetida às referidas tensões e que sofre dos seus efeitos prejudiciais»<sup>46</sup>. Para o efeito de audiência da criança, o julgador pode recorrer a todos os meios que lhe são proporcionados pelo seu direito nacional, assim como pelos instrumentos de cooperação judiciária transfronteiriça<sup>47</sup>. A forma de audiência da criança deve ser adaptada à idade e à maturidade da mesma. De referir que a importância do direito da criança a ser ouvida, enquanto direito fundamental da criança, é traduzida no regulamento: em primeiro lugar, no art. 42º, pois a audiência da criança é um dos requisitos para a supressão do *exequatur* da decisão que ordena o regresso da criança; em segundo lugar, a ausência de audiência da criança é um dos fundamentos de contestação do reconhecimento e execução de uma decisão relativa à responsabilidade parental [art. 23.º, al. b)]. Note-se, todavia, que o TJUE já clarificou que o direito de audiência da criança não é uma obrigação absoluta e que deve ser ponderado em função do caso concreto, tendo em conta o superior interesse da criança, baseando-se para tal no art. 24º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na letra do art. 42º, n.º 2, al. a)<sup>48</sup>.

**30.** Os prazos curtos e o procedimento previsto no art. 11º do regulamento traduzem o carácter urgente daquelas diligências e destinam-se a assegurar o regresso célere da criança ao Estado-Membro em que esta tinha a sua residência habitual antes da retenção ou da deslocação ilícita. De referir que o procedimento previsto no art. 11º, n.º 6 e n.º 7 e a emissão da certidão prevista no n.º 8 da mesma norma apenas se aplicam quando está em causa uma decisão de retenção emitida com base no art. 13º da Convenção de Haia de 1980 e não abrange os fundamentos de não retorno previstos no art. 12º e 20º da mesma convenção<sup>49</sup>. O art. 20º da Convenção de Haia estabelece que pode ser recusado o regresso da criança quando este «(...) não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais» e é possível que, hipoteticamente, em certas situações, seja usado para contornar o procedimento estabelecido no art. 11º, n.º 6 a n.º 8 do regulamento e a força executória imediata da decisão que é acompanhada pela certidão emitida nos termos do art. 42º. Parece-nos, todavia, que este fundamento envolve situações excepcionais de violação dos princípios fundamentais do Estado requerido e, por isso, será de aplicação menos frequente.

## V. O reconhecimento da decisão de regresso da criança

### 1. O sistema de reconhecimento de decisões no regulamento Bruxelas II bis

**31.** O sistema de reconhecimento previsto no regulamento Bruxelas II bis baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo, segundo o princípio da confiança. Nos termos do art. 21º, n.º 1, «[a]s decisões

<sup>44</sup> Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 47.

<sup>45</sup> *Josefa Andoni Aguirre Zarraga*, Cit., § 64-67.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Será o caso por exemplo do Regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.

<sup>48</sup> *Josefa Andoni Aguirre Zarraga*, Cit., § 64.

<sup>49</sup> Neste sentido E. PATAUT, “Art. 11”, Cit., pp. 140-141; L. WALKER/P. BEAUMONT, “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *JPIL*, 2011, Vol. 7 (2), p. 242.

proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades». Decisão deve ser entendido no sentido estabelecido no art. 2º, n.º 4, como «(...) qualquer decisão de divórcio, separação ou anulação do casamento, bem como qualquer decisão relativa à responsabilidade parental proferida por um tribunal de um Estado-Membro, independentemente da sua designação, tal como «acórdão», «sentença» ou «despacho judicial»<sup>50</sup>. Assim, segundo o n.º 3, do art. 21º, qualquer parte interessada pode pedir uma declaração de reconhecimento ou o não reconhecimento da decisão. O tribunal que se deve pronunciar sobre esta questão em Portugal, nos termos do art. 23º, n.º 3, 2.ª parte, e de acordo com a lista prevista no art. 68º, é o Tribunal de Comarca ou o Tribunal de Família e Menores<sup>51 52</sup>.

**32.** O regulamento Bruxelas II *bis* estabelece a necessidade de obtenção de uma declaração prévia de exequibilidade a pedido de qualquer parte interessada para aquelas decisões relativas ao exercício da responsabilidade parental, e que tenham força executória no Estado-Membro de origem das mesmas, a fim de serem executadas noutro Estado-Membro (art. 28º, n.º 1)<sup>53</sup>. O procedimento de obtenção do *exequatur* está previsto nos artigos 30º a 36º do regulamento. Este é um processo sem contraditório, nos termos do n.º 1, do art. 31º, não admitindo a intervenção da criança ou da pessoa contra quem é requerida a execução, devendo o tribunal decidir com a maior brevidade possível. Apresentado o requerimento da declaração prévia de exequibilidade, o tribunal competente pode-o indeferir com base num dos fundamentos de recusa previstos no regulamento, de acordo com o art. 33º, n.º 2.

**33.** A decisão que resulta do procedimento de obtenção do *exequatur* está sujeita a recurso interposto por qualquer uma das partes, de acordo com o art. 33º, n.º 1, dentro do prazo previsto no n.º 5 da referida disposição legal. O recurso já está sujeito a contraditório, segundo o estabelecido no art. 33º, n.º 3 e n.º 4<sup>54</sup>. Desta decisão é ainda possível recorrer (art. 34º). Em Portugal, de acordo com a lista apresentada ao abrigo do art. 68º, é possível recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça, através de um recurso limitado à matéria de direito<sup>55</sup>.

**34.** Os motivos de recusa do reconhecimento de decisões, presentes no regulamento Bruxelas II *bis*, foram «(...) reduzidos ao mínimo indispensável», segundo pode ser lido no considerando 21, como forma de promover o princípio do reconhecimento mútuo. De acordo com o art. 23º, constituem fundamentos de recusa de reconhecimento relativos às decisões em matéria de responsabilidade parental: a ofensa da reserva ordem pública do Estado requerido, considerando o superior interesse da criança [al. a)]; a ausência de audição da criança, em violação das normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido, excepto em situações de urgência [al. b)]; o pedido de não reconhecimento por parte

<sup>50</sup> O art. 46º equipara a decisões: o reconhecimento e a declaração de executoriedade dos actos autênticos exarados e declarados com força executória num Estado-Membro e os acordos estabelecidos entre as partes com força executória no Estado-Membro da celebração, estando sujeitas aos mesmos procedimentos e às mesmas condições. Será o caso, por exemplo, dos acordos de responsabilidade parental entre as partes.

<sup>51</sup> A lista referida no art. 68º pode ser encontrada em “Informações relativas aos tribunais e às vias de recurso, nos termos do artigo 68º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000”, *JO C 49*, de 17.02.2005, p. 2.

<sup>52</sup> Quanto à competência territorial, esta será determinada segundo o direito nacional do Estado-Membro onde seja requerido o reconhecimento ou o não-reconhecimento (art. 21º, n.º 3, 2.ª parte, *in fine*).

<sup>53</sup> O tribunal competente para se pronunciar sobre o pedido de declaração prévia de exequibilidade em Portugal é o Tribunal de Comarca ou o Tribunal de Família e Menores, nos termos do art. 29º, n.º 1 e do art. 68º. A competência territorial é determinada: pelo lugar da residência habitual da parte contra a qual a execução é requerida ou pelo lugar da residência habitual da criança a que o pedido se refere (art. 39º, n.º 2, 1.ª parte). Quando estes não se localizarem no Estado-Membro onde foi requerida a execução, o tribunal territorialmente competente é aquele do lugar da execução, de acordo com a 2.ª parte, do n.º 2, do art. 39º.

<sup>54</sup> O tribunal competente para apreciar o recurso da decisão de *exequatur* em Portugal é o Tribunal da Relação, segundo o art. 33º, n.º 2, e o art. 68º: de acordo com a lista publicada em “Informações relativas aos tribunais e às vias de recurso, nos termos do artigo 68º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho”, *Cit.*, p. 3.

<sup>55</sup> De acordo com a lista publicada em “Informações relativas aos tribunais e às vias de recurso, nos termos do artigo 68º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho”, *Cit.*, p. 3.

que alegue que não lhe foi dada oportunidade de ser ouvida, desde que a decisão impeça o exercício da sua responsabilidade parental [al. c)]; a pessoa alegar que a decisão em causa impede o exercício da sua responsabilidade parental, desde que a decisão tenha sido proferida sem audiência desta [al. d)]; se existir um conflito com uma decisão posterior proferida no Estado-Membro requerido [al. e)]; se existir um conflito com uma decisão posterior proferida noutro Estado-Membro ou Estado terceiro em que a criança tenha a sua residência habitual, desde que aquela tenha condições necessárias para ser reconhecida no Estado-Membro requerido [al. f)]; se não for respeitado o disposto no art. 56.º, que diz respeito à colocação da criança noutro Estado-Membro [al. g)]. No regulamento Bruxelas II *bis* é proibido o controlo da competência do tribunal *ad quo* (art. 24º) e a revisão de mérito da decisão (art. 26º).

## 2. As regras especiais de reconhecimento da decisão de regresso da criança

**35.** O regulamento Bruxelas II *bis* estabelece regras especiais para o reconhecimento de efeitos executivos a decisões em matéria de direito de visita (art. 41º) e a decisões que exigem o regresso da criança (art. 42º). Estas normas têm como objectivo a execução rápida daquelas decisões. Nestas duas situações, basta as decisões preencherem as condições previstas no art. 41º e no art. 42º para adquirirem força executiva, não sendo necessário qualquer processo prévio que a declare. É uma solução que se baseia no princípio da confiança entre as autoridades judiciais dos vários Estados-Membros e no princípio do reconhecimento mútuo, que estão ambos na base da política de cooperação judiciária em matéria civil (art. 81º do Tratado de Funcionamento da UE) e que, no caso de deslocação ilícita da criança, visa a resolução rápida do litígio, através do regresso imediato da criança sem qualquer entrave ou possibilidade de recurso a expedientes dilatatórios.

**36.** O juiz que pronuncia a decisão de regresso emite a certidão relativa ao regresso da criança no idioma do processo, cujo formulário consta do anexo IV do regulamento, desde que estejam reunidos os pressupostos do art. 42º, n.º 2: 1) tiver existido audiência da criança, excepto se a maturidade e idade da criança o desaconselhar; 2) tiver sido dada oportunidade às partes para se pronunciarem; 3) na decisão tenham sido ponderadas as provas e a justificação da decisão de retenção. Esta certidão é emitida oficiosamente, de acordo com o art. 42º, n.º 2, terceiro parágrafo, utilizando o formulário presente no anexo IV do regulamento e é redigida na língua da decisão. O segundo parágrafo da mesma disposição legal impõe que sejam descritas na certidão, caso tenham sido objecto de decisão, as medidas tomadas pelo tribunal ou outra autoridade para garantir a protecção da criança após o seu regresso.

**37.** As decisões homologadas nestes termos no Estado-Membro de origem têm força executória em qualquer outro Estado-Membro, sem necessidade de outra formalidade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. São executadas no Estado-Membro de execução como se aí tivessem sido emitidas (art. 42º, n.º 2, 1.ª parte), concretizando-se, deste modo, o princípio da confiança que deve existir nos Estados-Membros nas decisões tomadas pelos tribunais dos outros Estados-Membros. Todavia, o TJUE já afirmou, por exemplo no caso *Inga Rinau*, a propósito da deslocação ilícita de crianças, que a certidão prevista no art. 42º «(...) não pode ser emitida se não tiver previamente sido proferida uma decisão de retenção (...)»<sup>56</sup>, devendo este procedimento ser aplicado apenas nas situações em que há uma decisão de regresso subsequente a uma decisão de retenção da criança<sup>57</sup>.

**38.** A certidão emitida pode ser objecto de rectificação em caso de erro material «quando a decisão não reflecta correctamente o conteúdo da decisão», como esclarece o considerando 24, mas nunca pode ser objecto de recurso mesmo no Estado-Membro de origem<sup>58</sup> (art. 43.º), nem de um pedido de não reconhecimento como foi decidido no caso *Inga Rinau*<sup>59</sup>. Qualquer alteração das circunstâncias que

<sup>56</sup> *Inga Rinau*, Cit., § 59.

<sup>57</sup> *Inga Rinau*, Cit., § 69.

<sup>58</sup> Como afirmado pelo TJUE em *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, Cit., § 50.

<sup>59</sup> *Inga Rinau*, Cit., § 109 e, posteriormente, no caso *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, Cit., § 50.

implique que a execução da decisão homologada possa prejudicar o superior interesse da criança é uma questão de fundo, que deve ser levada ao conhecimento do tribunal de origem, a quem se pode pedir uma suspensão da execução da decisão e uma alteração da decisão de regresso<sup>60</sup>. Assim sendo, o tribunal do Estado-Membro de execução apenas pode concluir pela força executória da decisão que vem acompanhada da referida certidão, nunca podendo controlar as condições de emissão da certidão (previstas no art. 42º), nem se podendo opor ao reconhecimento ou força executória daquela decisão, restando-lhe apenas executá-la. Esta foi a posição do TJUE no caso *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, tendo o tribunal considerado que esta interpretação resulta do facto de os motivos de não reconhecimento ou não declaração da força executória previstos no regulamento não se aplicarem a este tipo de decisões e que uma posição contrária poria em causa o efeito útil do sistema adoptado no regulamento, que visa o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual de origem<sup>61</sup>. Assim sendo, decidiu o TJUE que «(...) as questões relativas à legalidade da decisão que ordena esse regresso enquanto tal, nomeadamente a questão de saber se estavam reunidas as condições exigíveis para permitir ao tribunal competente essa decisão, devem ser suscitadas no Estado-Membro de origem, em conformidade com as regras da sua ordem jurídica»<sup>62</sup>.

**39.** O único fundamento para a não execução de uma decisão de retorno, proferida de acordo com o art. 42.º, n.º 1, é se esta for incompatível com uma decisão com força executória proferida anteriormente (art. 47.º, n.º 2, 2.ª parte). O TJUE esclareceu que só pode existir um conflito entre uma decisão homologada e uma decisão executória posterior «(...) em relação às eventuais decisões proferidas posteriormente pelos tribunais competentes do Estado-Membro de origem (...)»<sup>63</sup>, não apenas nas situações em que a decisão é anulada ou reformada em resultado de acção judicial promovida no Estado-Membro de origem, mas também quando «(...) o tribunal competente revoga a sua própria decisão quando o interesse da criança assim o exige, e profere uma nova decisão executória, sem revogar expressamente a primeira, a qual, por conseguinte, caduca»<sup>64</sup>.

**40.** De acordo com a Comissão Europeia, e segundo uma interpretação que nos parece compatível com a letra do art. 42.º, a decisão em causa é automaticamente executória em todo o território da União, não estando os seus efeitos circunscritos ao Estado-Membro que pronunciou a decisão de retenção<sup>65</sup>. O alcance desta interpretação parece-nos importante por uma questão de celeridade e economia processual, uma vez que em caso de deslocação da criança para outro Estado-Membro não é necessário novo processo para pedir o regresso da criança, mas apenas a execução da decisão de retorno do tribunal de origem<sup>66</sup>.

**41.** A pessoa que requer a execução da decisão deve apresentar uma cópia da decisão que satisfaça os requisitos de autenticidade e a certidão referida no art. 42º, n.º 1, acompanhada de uma tradução do ponto referente às medidas tomadas para assegurar o regresso da criança (art. 45º). Esta tradução deve

<sup>60</sup> Como foi decidido pelo TJUE 1 de Julho de 2010, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, C-211/10 PPU, CJ 2010, p. I-06673, § 81 e § 83.

<sup>61</sup> *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, Cit., § 54-57. Esta decisão foi recebida por alguma doutrina de forma muito crítica, pois o tribunal do Estado-Membro de execução considerava que deveria existir uma excepção ao sistema de execução célere do art. 42º quando está em causa a violação de um direito fundamental, no caso o direito de audição da criança, devendo este tribunal dispor de um poder de controlo daquela decisão, o que foi negado pelo TJUE. Sobre esta questão, v. C. HONORATI, “Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali”, *RDIPP*, 2013, n.º 1, pp. 33-38, acentuando a tensão que existe o princípio do reconhecimento mútuo que está na base do regulamento e a garantia do respeito dos direitos fundamentais no Estado do foro; M. MARCHEGANI, “Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della corte europea dei diritti dell’uomo”, *RDIPP*, 2011, n.º 4, pp. 1009-1010; L. WALKER/P. BEAUMONT, “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention”, Cit., p. 245-246.

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 51.

<sup>63</sup> *Doris Povse*, Cit., §81 e 83.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., p. 44.

<sup>66</sup> Neste sentido, *idem*.

ser autenticada por pessoa habilitada e feita para uma das línguas oficiais do Estado de execução ou para uma das línguas que ele tenha declarado aceitar (art. 45º, n.º 2, último parágrafo)<sup>67</sup>.

**42.** Apesar do procedimento descrito, o titular da responsabilidade parental pode requerer o reconhecimento nos termos gerais previsto no art. 28º e seguintes. Todas as outras decisões não proferidas ao abrigo do art. 11º, n.º 8, ainda que decretem o regresso da criança, também seguem o sistema de reconhecimento previsto no art. 28 e seguintes.

---

<sup>67</sup> Portugal aceita o português e o inglês.

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN «LLAVE EN MANO»

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

Recibido: 28.01.2014 / Aceptado: 04.02.2014

**Resumen:** Junto a la compraventa y el transporte, la construcción constituye una de las operaciones más importantes sobre las que se sustenta el comercio internacional. Este trabajo tiene por objeto analizar una categoría concreta de contratos: los contratos internacionales de construcción «llave en mano», cuyo uso se ha extendido en los últimos años. Se tratará por tanto de ofrecer una visión general de los mismos, teniendo en cuenta que esta modalidad contractual ha ido forjándose en el comercio internacional a través de los usos y prácticas de los agentes implicados en este sector, principalmente asociaciones de profesionales. Desde esta perspectiva, se prestará especial atención a cuestiones tan esenciales como: el concepto, las características, la naturaleza jurídica, el contenido del contrato, así como la resolución de conflictos y la determinación del Derecho aplicable.

**Palabras clave:** contratos internacionales de construcción, «llave en mano», comercio internacional, FIDIC, obligaciones del cliente, obligaciones del contratista, ingeniero, proyecto, BOT, garantías contractuales, modificaciones del contrato, *hardship*, fuerza mayor, ADR, arbitraje, ley aplicable.

**Abstract:** With sale and transport, construction is one of the most important operations on which international trade is based. This work aims to analyze a particular category of contracts «turnkey» international construction contracts, whose use has spread in recent years. It will intend to provide an overview of them, considering that this type of contract has been forged in international trade through the customs and practices of those involved in this sector, mainly professional associations. From this point of view, it will be focus on such essential matters as: the concept, the characteristics, the legal nature, the content, the resolution of disputes and the determination of the applicable law.

**Key words:** international construction contracts, «turnkey», international trade, FIDIC, employer's duties, contractor's duties, engineer, design, BOT, guarantees, variations, hardship, force majeure, ADR, arbitration, applicable law.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Consideraciones generales. 2. Origen y evolución de los contratos «llave en mano» en el comercio internacional. 3. La estandarización de los contratos de construcción en el ámbito internacional. A) El papel desempeñado por las organizaciones internacionales. B) La labor desempeñada por las asociaciones de profesionales. a) Las condiciones generales FIDIC. b) El contrato tipo ENAA. II. Concepto, características y naturaleza jurídica de los contratos internacionales de construcción «llave en mano». 1. Delimitación conceptual. A) Definición de los contratos «llave en mano». B) Clasificación de los contratos «llave en mano». a) Contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano* C) Distinción de figuras afines. a) El contrato tradicional o «design then bid». b) El proceso acelerado de construcción o «*fast track construction*». c) *Project Management* d) Los contratos «design & build», «producto en mano» y «mercado en mano». e) La cláusula «llave en mano». f) Los Proyectos BOT. g) Los contratos de «*engineering*». 2. Características. A) Características de los contratos internacionales de construcción en general. B) Características específicas de los contratos «llave en mano». 3. Naturaleza jurídica. A) Teoría de la calificación múltiple. B) Teoría de la calificación global. C) Teoría de

la calificación autónoma. III. Contenido de los contratos internacionales de construcción «llave en mano». 1. Obligaciones de las partes. A) Fase de preparación del contrato. B) Fase de ejecución del contrato. a) Obligaciones del cliente. b) Obligaciones del contratista. C) Sistema de garantías. a) La garantía de buena ejecución. b) La garantía de reembolso o restitución a cuenta. 2. Incidentes en la ejecución del contrato. A) Las «*variations clauses*». B) Las cláusulas de *hardship*. C) Las cláusulas de fuerza mayor. 3. Recepción de las obras. IV. Resolución de conflictos. 1. Consideraciones generales. 2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos y contratos internacionales de construcción. A) El *Partnerign*. B) La mediación. C) Los «*mini-trials*». D) El peritaje técnico internacional. E) Los DRB (*Dispute Review Boards*). V. Determinación del Derecho aplicable al contrato. 1. Consideraciones generales. 2. Derecho desigando por la voluntad de las partes. 3. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de designación por las partes. A) Localización objetiva del contrato. Dos posibles puntos de conexión. a) La *lex rei sitae* o ley del lugar donde esta situado el inmueble. b) La ley del lugar de residencia o sede del contratista. B) Solución ofrecida por el Reglamento Roma I.

## I. Introducción

### 1. Consideraciones generales

1. El sector de la construcción ha sido objeto, en las últimas décadas, de una transformación sin precedentes que se ha visto especialmente potenciada por la combinación de diversos factores, tales como: los periodos de recesión económica, la inevitable interdependencia de las economías nacionales, propia de la *Globalización*, e incluso, el proceso de independencia política y económica de los países en vías de desarrollo. En cualquier caso, esta operación que tradicionalmente sólo se concebía en términos estrictamente nacionales, ha llegado a convertirse, a día de hoy, en una de las transacciones más importantes del comercio internacional<sup>1</sup>.

2. La evolución y transformación experimentada en el ámbito de la construcción no ha contado, sin embargo, con el respaldo doctrinal ni legal que el fenómeno merece. De nuevo, como ya viniese sucediendo en otros sectores del tráfico mercantil internacional, también en éste, han sido los propios particulares, especialmente a través de las asociaciones de profesionales y otras organizaciones internacionales, los que haciendo uso de su poder autonormativo han ofrecido, mediante la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales, una regulación más acorde con sus propias necesidades y con las nuevas y peculiares características de los proyectos internacionales de construcción<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. C. MURRAY/D. HOLLOWAY/D. TIMSON-HUNT (eds), *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 11 th ed., 2007, London, pp. 1 y 2, pp. 596-624.

<sup>2</sup> Sobre los contratos internacionales de construcción, en general, vid.: K.-H. BÖCKSTIEGEL (ed.), *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagebau*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984; *id.*, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II). Neue Entwicklungen in Recht und Praxis*, Kön/Berlin/Bonn/München, 1995; A. BRABANT, *Le contrat international de construction*, Buxelles, 1981; *id.*, *Les marchés publics et privés dans la CCE et outre-mer*, Bruxelles, 1996; U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992; M. DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1982; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, London, 1986; PH. FOUCHARD, «La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales», en *La responsabilité des constructeurs, Journées égyptiennes de la Association Henri Capitant*, Paris, 1991, pp. 293 y ss.; P. GAUCH/J. SWEET, *Selected Problems of Construction Law: International Approach*, London, 1983; P. Glavlnis, *Le contrat international de construction*, Paris, 1992 ; W. GODWIN, *International Construction Contracts: A Handbook*, West Sussex, 2013; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting for Overseas Projects*, London/Dordrecht/Boston, 1988; M. E. KLECKNER, «L'appalto internazionale», en G. ALPA/M. BESSONE (dirs.), *Contratti in generale, I contratti atipici*, t. II, Torino, 1991, pp. 921 y ss.; R. KNUTSON, *FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts*, The Hague, 2005; M. KURKELA, *On International Construction and Project Export Contracts*, Helsinki, 1982; M. J. LADINO, «Vital issues in International Construction Contracting», *ICLR*, 1986, pp. 398 y ss.; P. MANKOWSKY, *Der Bauvertrag im internationalen Rechtsverkehr. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des IPR*, Frankfurt am Main, 1997; H. MICHAELIS DE VASCONCELLOS, «Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?», *RIW*, 1997, pp. 455 y ss.; A.M. ODAMS (ed.), *Comparative Studies in Construction Law: The Sweet Lectures*, London, 1995; R. A. SHADBOLT y otros, *International Construction Contract*, London, 1991; M. E. SCHNEIDER, «International Construction Contracts», *DPCI*, 1983, pp. 277 y ss., pp. 429 y ss., pp. 649 y ss.; M. STOKES, *International Construction Contracts*, 2ª ed., New York, 1980; C. VACCÀ /A. FRIGNANI, «Appalto internazionale», en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., 1991, Torino, pp. 331 y ss.

3. En el mercado de la construcción de grandes proyectos internacionales, el método clásico de ejecución de obras basado en: a) una relación tripartita, -cliente-ingeniero/arquitecto-constructor-; b) un proyecto de obra suministrado por el cliente; y c) un precio a unidad de medida, ha sido desplazado en el ámbito internacional por el denominado método «llave en mano», «Turnkey» o EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). Aunque los términos para designar a este último tipo de proyectos, difiere sobremanera en la práctica negocial, en todos ellos se encuentran los siguientes rasgos comunes: a) se establece una única relación entre cliente-contratista; b) este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto; y c) se fija un precio a tanto alzado (*Lump-Sum Price*)<sup>3</sup>.

4. El desplazamiento del método tradicional, especialmente en el sector de la construcción de plantas industriales, hacia el método «llave en mano» se ha debido fundamentalmente a las ventajas que de este último se derivan, entre ellas: a) el abaratamiento de los costes y la rapidez en la ejecución de la obra, pues al ser el contratista quien elabora a su vez el proyecto tiene mejor acceso a los problemas que puedan surgir durante la construcción del mismo; b) la simplificación de las relaciones jurídicas y, consecuentemente, una mayor facilidad para determinar la responsabilidad en caso de incumplimiento; y c) finalmente, una mayor seguridad y certeza respecto a la determinación del precio, que generalmente será un precio a tanto alzado.

5. Pero, tradicionalmente el método «llave en mano» también ha recibido severas críticas: a) impide al cliente llevar a cabo cualquier modificación del proyecto; y b) el contratista repercute siempre los considerables riesgos que asume en el precio, por tanto, no resulta más barato para el cliente<sup>4</sup>. Estos inconvenientes, sin embargo, han sido tenidos en cuenta por los propios agentes comerciales implicados en este sector y, en cierta medida, han sido superados intentando buscar siempre un justo equilibrio del riesgo asumido por ambas partes contratantes, tal y como reflejan los contratos-tipo más recientes.

6. Otro factor que ha contribuido notablemente a la expansión del método «llave en mano» en el comercio internacional ha sido la creciente participación privada -bancos comerciales, en especial Bancos Multilaterales para el Desarrollo o MDB (*Multilateral Development Banks*) como el Banco Mundial, Banco Europeo de Inversiones, etc...-, en la financiación de grandes obras, en particular de infraestructuras. En este tipo de proyectos, principalmente BOT (*Build, Operate and Transfer*), dadas sus especiales características, se requiere una total asunción del riesgo por parte del constructor no sólo en la concepción, ejecución y puesta en marcha de la obra sino también en la explotación de la misma. En ellos, el método «llave en mano» encuentra su máximo exponente.

7. Con este telón de fondo, cabe afirmar que: 1ª) aunque en el sector de la construcción existen diversos métodos de ejecución de proyectos, en el ámbito internacional se ha impuesto en los últimos años, el método «llave en mano»; 2ª) la propia práctica negocial, recogida en los contratos-tipo y condiciones generales de la contratación se ha encargado de diseñar distintos tipos de contratos de construcción «llave en mano», intentando establecer una distribución del riesgo equilibrada entre ambas partes contratantes, en función de las características del proyecto. Consecuentemente, este trabajo se centrará en el análisis de los denominados contratos internacionales de construcción «llave en mano», tal y como han quedado configurados en la *praxis* del comercio internacional.

8. Desde el punto de vista jurídico, los contratos «llave en mano» pueden considerarse una fuente inagotable de problemas que interesan, especialmente, al Derecho mercantil internacional por lo que respecta a su régimen jurídico, y al Derecho internacional privado en lo que concierne a la determinación del Derecho aplicable al contrato y a la resolución de litigios. No obstante, el hecho de que no exista una definición universalmente aceptada de los mismos, la confusión jurídica que desde sus orígenes les ha venido rodeando así como la escasa atención que hasta el momento han despertado en

<sup>3</sup> Vid. R. F. CUSMAN/M.C. LOULAKIS, *Design-Build Contracting Handbook*, New York, 2001; J. A. HUSE, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 2ª ed., London, 2002.

<sup>4</sup> Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 407-411.

la doctrina son, entre otros, algunos de los factores que dificultan, pero a su vez justifican, cualquier intento de aproximación jurídica. De ahí que en las páginas que siguen, se intenten analizar si no todas -porque cualquier afán de exhaustividad sería ilusorio-, sí al menos, aquellas cuestiones más significativas y conflictivas, tales como: la delimitación conceptual de los contratos «llave en mano», algo que conducirá a distinguirlos de otras figuras afines y a realizar un análisis de su naturaleza jurídica y de sus características; el régimen jurídico, principalmente, las obligaciones asumidas por las principales partes contratantes; y finalmente, la resolución de litigios y la determinación del Derecho aplicable al contrato.

9. En cualquier caso, y con carácter previo, resulta más que necesario realizar una referencia, aunque sea somera, a dos aspectos esenciales en la configuración de los contratos internacionales de construcción, tal y como se conocen en nuestros días: de un lado, el origen y evolución de los mismos en el comercio internacional, y de otro, el importante papel desempeñado por determinadas organizaciones internacionales y asociaciones profesionales en la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales de la contratación, verdadera fuente de regulación de este tipo de contratos.

## 2. Origen y evolución de los contratos «llave en mano» en el comercio internacional

10. Los contratos «llave en mano» comienzan a ser utilizados en el comercio internacional en la década de los setenta, por parte de los países en vías de desarrollo como una alternativa real y efectiva al *Nuevo Orden Económico Internacional*<sup>5</sup> (en adelante, NOEI). El establecimiento de un NOEI, tal y como se pretendía mediante una acción concertada de todos los Estados, supuso un auténtico y verdadero fracaso que se vio fundamentalmente motivado por la existencia de intereses políticamente contrapuestos y por la carencia de obligatoriedad jurídica de los documentos emanados de las Naciones Unidas<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Los primeros documentos de las Naciones Unidas, dirigidos a configurar y a establecer los principios y fundamentos básicos de este *Nuevo Orden Económico Internacional* fueron, fundamentalmente, cuatro: *Declaración y Programa de acción relativo a la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional* (Res. A.G. 3201 (S-VI) y Res. A.G. 3202 (S-VI), de 1 de mayo de 1974); *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Res. 3281 (XXX), de 12 de diciembre de 1974); *Declaración y el Plan de acción de Lima*, adoptado el 26 de marzo de 1975 por la segunda Conferencia General de la O.N.U.D.I. y; *Resolución 3362 (S-VII) sobre Desarrollo y Cooperación económica internacional*, adoptada el 18 de septiembre de 1975 por la Asamblea General de las Naciones Unidas como resultado de su séptima sesión extraordinaria.

Sobre el *Nuevo Orden Económico Internacional*, en general, vid., ad ex., P. N. AGARWALA, *The New International Economic Order*, New York, 1983; E. BACK IMPALLOMENTI, *Aspetti e problemi del nuovo ordine economico internazionale*, Padova, 1987; M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, 1979; R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre économique international*, Fribourg Suisse, 1982; M. BETTATI, *Le nouvel ordre économique international*, 2ª ed., Paris, 1983; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "El nuevo orden económico internacional y el Derecho del comercio internacional", en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 201 y ss.; D. CARREAU, "Le nouvel ordre économique international", *JDI*, 1977, pp. 595 y ss.; G. FEUER, "Les Nations Unies et le ordre économique international (1974-1976)", *JDI*, 1977, pp. 606 y ss.; *id.*, "Legal aspects of the Projected New International Economic Order", *Netherland Int. Law Rev.*, 1977, pp. 507 y ss.; H. GROSS ESPIELL, "El nuevo orden económico internacional", en AA.VV., *Derecho Económico Internacional*, México, 1976, pp. 84 y ss.; Z. HAQUANI, *Le nouvel ordre commercial international*, Paris, 1983; A. HILLAR, *Derecho, nuevo orden económico y desarrollo*, Córdoba (Argentina), 1989; C. KAMINSKY, *Le nouvel ordre international*, 2ª ed., Paris, 1994; A. MAHIOU, "Les implications du nouvel ordre économique international et le droit international", *Rev. belge dr.int.*, 1976, pp. 421 y ss.; P.-M. MARTIN, "Le nouvel ordre économique international", *Rev.gén.dr.int.pub.*, 1976, pp.502 y ss.; A. MIAJA DE LA MUELA, "Conjeturas sobre la incidencia del Nuevo Orden Económico Internacional en el Derecho Mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 527 y ss.; B.O. DE RIVERO, *New Economic Order and International Development Law*, Oxford, 1980; M. SALEM, "Vers un nouvel ordre économique international. À propos des travaux de la 6ª session extraordinaire des Nations Unies" *JDI*, 1975, pp. 752 y ss.; G. SCHWARZENBERGER, *World economic order? A basic problem of international economic law?*, Manchester, 1970; B. STERN, *Un nouvel ordre économique international?*, Paris, 1983; P. VERLOREN VAN THEMAAT, "Die Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Diskussion um eine neue Weltwirtschaftsordnung", *RebelsZ*, 1979, pp. 632 y ss.; R.C.A. WHITE, "A New International Economic Order", *ICLQ*, 1975, pp. 542 y ss.

<sup>6</sup> Los países industrializados, aún hoy en día, siguen mostrándose reticentes respecto a la modificación de aquel sistema económico internacional que vio la luz en Bretons Woods hace más de cincuenta años. Al parecer, no se recuerda ya la crisis de 1973 ni los alejados problemas del desarrollo. Pero, esta situación no puede sorprender si se tiene en cuenta que son estos países -los desarrollados- los que continúan controlando instituciones como el FMI, el BM, el GATT y, actualmente, la OMC, todas ellas palanca de cambios en la dirección de la economía internacional. En este sentido, se ha llegado a decir que sólo si se crean comportamientos y se aceptan las obligaciones de naturaleza simplemente ética, será posible el establecimiento de verdaderas obligaciones jurídicas, única garantía de la instauración duradera del nuevo orden económico internacional. Vid. P.-M. MARTIN, «Le nouvel...», p. 535.

**11.** Precisamente, este hecho unido a la acuciante necesidad de industrialización sentida por los países menos desarrollados, será lo que les impulse a recurrir a otros instrumentos jurídicos -tratados bilaterales y, muy especialmente, contratos internacionales-, para conseguir sus objetivos, entre ellos el más importante: superar la situación de subdesarrollo. Algo que, bajo la extendida influencia de la doctrina del *traid not aid* presente ya en los orígenes del NOEI, se consideraba, sólo era posible a través de la participación de estos Estados en el comercio internacional. Para ello, se requería sin embargo un previo proceso de industrialización, -único medio para alcanzar una producción adecuada a la oferta y a la demanda del mercado que les permitiese participar de forma competitiva en la economía internacional-, indisolublemente unido a grandes dosis de capital y de tecnología. En este contexto, no puede sorprender, especialmente, si se tiene en cuenta la carencia más absoluta de esta última por parte de los países subdesarrollados, que se comenzase a observar en el comercio internacional un incesante incremento de contratos celebrados entre Estados en vías de desarrollo y empresas privadas de países industrializados, cuyo principal objetivo se dirigía a conseguir un determinado grado de desarrollo económico mediante la adquisición de tecnología<sup>7</sup>.

**12.** De todos estos contratos, que han sido calificados por cierto sector de la doctrina como «contratos de desarrollo»<sup>8</sup> o «contratos de venta de desarrollo»<sup>9</sup>, merecen una especial atención los denominados *contratos de industrialización*, en cuya virtud una de la partes, generalmente un país en vías de desarrollo encarga a una empresa, normalmente, de un país industrializado la ejecución de un proyecto industrial. Aunque el objeto principal de estos contratos no es la transferencia de tecnología, sin embargo, produce efectos sobre la misma<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Sobre los contratos de transferencia de tecnología, en este contexto, vid., *ad ex.*, J. L. BISMUTH, “Les contraintes spécifiques à la technologie dans les contrats internationaux de coopération”, *Dr.prat.com.int.*, 1984, pp. 521 y ss.; N. BOUZA VIDAL, “Aspectos del Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1991, 1992, pp. 227 y ss.; R. CAFARI PANICO, *Il trasferimento internazionale di know-how*, Milano, 1985; J. CIESLIK, “Prácticas regulatorias en la adquisición de tecnología en los países en desarrollo: una visión preliminar”, *Revista de Derecho Industrial*, 1991, pp. 136 y ss.; C.M. CORREA, “Legal nature and contractual conditions in know-how transactions”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, pp. 388 y ss.; J. M. DELEUZE, *Le contrat de transfert de processus technologique (know-how)*, 3ª ed., Paris, 1982; M. DIENER, *Contrats internationaux de propriété industrielle*, Bordeaux, 1986; PH. KAHN, “Typologie des contrats de transfert de la technologie”, en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 435 y ss.; *id.*, “État du Droit du transfert de technologie”, en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 103 y ss.; *id.*, “Entreprises multinationales et transferts de technologie. Elements pour une approche juridique”, en D. GERMIDIS (ed.), *Le transfert technologique par les firmes multinationales*, vol. II., Paris, 1977, pp. 230 y ss.; G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international du développement*, Paris, 1985, pp. 22 y 23; M. SALEM, “Les contrats d’assistance technique. Transfert de technologie et pratique contractuelle entre pays occidentaux et pays en développement”, en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 467 y ss.; *id.*, “Formation de normes et contrats de transfert de technologie”, en AA.VV., *La formation de normes en droit international du développement*, Paris/Alger, 1984, pp. 203 y ss.; J. SCHAPIRA, “Les contrats internationaux...”, pp. 5 y ss.

<sup>8</sup> Con la noción «contratos de desarrollo» se hace referencia a una determinada categoría de contratos surgidos como consecuencia de las específicas condiciones en las que se desarrollan las relaciones económicas entre las empresas de los países desarrollados y aquellas otras de los países en vías de desarrollo. De forma general, estos pueden definirse como aquellos contratos en los que, al menos, una de las partes contratantes es un país en vías de desarrollo, o una empresa que le representa en uno u otro título, y cuyo objeto se inscribe en una perspectiva del desarrollo. *Vid.* G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 177.

<sup>9</sup> *Vid.* M. SALEM/M. -A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main» et les contrats «produit en main»*, Paris, 1979, p. 199.

<sup>10</sup> Según PH. KAHN, los contratos del comercio internacional pueden quedar subsumidos en tres grandes categorías: los contratos de intercambio, los contratos de producción y los contratos de suministro. En los primeros, se englobarían todos aquellos contratos en los que se intercambia una prestación *in natura*, bien o servicio por una suma de dinero y cuya ejecución es instantánea o se desarrolla en un corto periodo de tiempo, siendo la venta el caso típico de esta categoría. Por su parte, los *contratos de producción* son aquellos que generalmente contienen prestaciones mixtas, tanto *in natura* -como, por ejemplo, la entrega de un bien de equipo o una fábrica- como financieras -inversiones directas, préstamos, etc.-, y en los que generalmente intervienen los Estados en el momento de su conclusión, debido a su importancia para la economía del país que acoge la producción. Éstos se caracterizan, además, por su finalidad: la creación de una empresa de producción en un país determinado o la participación en tal creación, y por su larga duración. Finalmente, los contratos de suministro se aproximan a los contratos de intercambio en tanto que se trata generalmente de entregar, transportar o financiar un producto consumible, pero también a los contratos de producción en tanto que son de larga duración y frecuentemente, intervienen en ellos las autoridades públicas del país receptor (*Vid.* “Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l’expérience française”, en AA.VV., *Le contrat économique international (VIIème journées Jean Dabin)*, Bruxelles/Paris, 1975, pp. 171 y ss., esp. pp. 180-182).

**13.** En este tipo de contratos, dada la carencia de capacidad tecnológica del país receptor, resulta más que aconsejable acudir a operaciones globales mediante las cuales se intenta unir en una sola operación la realización de unidades industriales y la adquisición de la tecnología necesaria para su explotación. Algo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, puede llevarse a cabo recurriendo a la «*técnica de la globalización*», consistente en la agrupación simultánea de la totalidad de las prestaciones, o de la mayoría de ellas, a través de un mismo y único contrato. Como máximos exponentes de esta práctica contractual, cabe mencionar: los contratos «llave en mano», «producto en mano», «mercado en mano» y los contratos de compensación<sup>11</sup>.

**14.** Estos contratos, que han sido calificados también por parte de la doctrina como *contratos complejos de transferencia de tecnología*, suelen incluir entre su complejo contenido: la preparación de estudios de factibilidad, la determinación del proceso tecnológico a utilizar, la financiación del proyecto correspondiente, el suministro de patentes, dibujos y marcas comerciales, acuerdos para la adquisición de materias primas, equipos y servicios, montaje e instalación de los equipos, acondicionamiento y puesta en funcionamiento de la planta industrial durante un determinado periodo de tiempo, su reparación y mantenimiento, -prestaciones todas estas presentes en los contratos «llave en mano»-, e incluso, también, la formación de personal local -supuesto este de los contratos «producto en mano»-, así como acuerdos sobre *marketing* y distribución de los productos del complejo industrial construido -caso de los contratos «mercado en mano»-<sup>12</sup>.

Prestaciones todas ellas que, en este tipo de acuerdos celebrados en forma de *package deal* asume una de las partes contratantes mientras que la otra se limita a recibir a cambio de un precio, la instalación industrial después de haberse realizado las diferentes pruebas destinadas a asegurar el perfecto funcionamiento de la misma así como las demás prestaciones acordadas contractualmente.

---

Atendiendo al objeto de los contratos de producción, cabe distinguir, dos tipos contractuales: los contratos de industrialización y los contratos de transferencia de tecnología propiamente dichos. Los primeros -contratos de industrialización- son aquellos a través de los cuales una de las partes, generalmente una empresa de un país industrializado, se compromete a realizar o a participar en la creación de un proyecto industrial en un país determinado, generalmente uno poco desarrollado. Estos, por tanto, sin tener por objeto principal la transferencia de tecnología producen efectos sobre la misma. Los segundos -los contratos de transferencia de tecnología propiamente dichos- tienen por prestación principal la transferencia de tecnología y son independientes de cualquier tipo de operación industrial. Este último sería el caso, por ejemplo, de los contratos de asistencia técnica, los contratos de formación, los contratos de organización o gestión, y los contratos de cooperación, tanto industrial como tecnológica. Vid. PH. KAHN, "Typologie des contrats de transfert de la technologie" en P. JUDET/PH. KAHN/A.-C. KISS/J. TOUSCOZ, *Transfert de technologie et développement*, Paris, 1977, pp. 435 y ss.; *id.*, "État du droit du transfert de technologie", en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 103 y ss., esp. pp. 105-109. En contra de esta clasificación, *vid. ad. ex.*, J. SCHAPIRA, "Le contrats internationaux...", p. 23.

<sup>11</sup> Sobre los contratos «llave en mano» y los contratos «producto en mano», en este contexto, *vid. ad. ex.*, R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre...*, pp. 368-371; M. BLAKENEY, *Legal Aspects of the Transfer of Technology to Developing Countries*, Oxford, 1989, pp. 43 y 44; G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, pp. 361-362; J. JEHL, *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, Paris, 1985, pp. 437-442; PH. KAHN, «État du droit du transfert de technologie», en PH. DELALANDE (ed.), *Entreprise et transfert de technologie*, Paris, 1987, pp. 106 y 107; PH. LEBOULANGER, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, 1985, p. 16; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main». et les contrats «produit en main»*, Paris, 1979; M. TUTS, «L'évolution des contrats «clé en main»», *DPCL*, 1977, pp. 633 y ss.; D. WINTER, «A Contract for the International Sale of a Plant», *Journal of World Trade Law*, 1967, pp. 632 y ss.; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo de los mercados internacionales. Estrategias y gestión*, Barcelona, 1991, pp. 270-276.

Sobre los contratos «mercado en mano», *vid.*, J. DELACOLLETTE, *Les contrats de commerce internationaux*, 2ª ed., Paris, 1991, pp. 82-84; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 275 y pp. 314-326. Sobre las inversiones directas y empresas conjuntas como forma de adquirir tecnología, *vid. ad. ex.*, J.-P. BÉGUIN, *Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement*, Genève, 1972; R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre...*, pp. 360-366; M. BLAKENEY, *Legal Aspects...*, pp. 44 y 45; D. GERMIDIS (ed.), *Transfert of Technology by Multinational Corporations*, Paris, 1977; J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 451-465; PH. KAHN, «État du droit...», pp. 105 y 106; R. RECONDO PORRÚA, «La transferencia internacional de tecnología. Aproximación a sus problemas jurídicos fundamentales», *ADI*, 1979-1980-1981-, pp. 137 y ss., esp. pp. 170-176; J. SCHAPIRA, «Les contrats internationaux de transfert technologique», *JDI*, 1972, pp. 5 y ss, esp. pp. 13-16 y 25-28.

<sup>12</sup> *Vid.* especialmente, J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, pp. 47-49. Según este autor, los contratos complejos de transferencia de tecnología suelen estar compuestos por: un contrato de asistencia técnica y de comunicación de *know-how*, un contrato de formación de personal, un contrato de ingeniería-consultora, un contrato de estudios particulares, un contrato de gestión, de mantenimiento de las instalaciones y de comercialización de los productos. Para una visión general del contenido de estos contratos, *vid.* UNECE, *Guide on Drawing Up Contracts for Large Industrial Works*, UN doc. ECE/Trade/117 (1973); UNCTC, *Management Contracts in Developing Countries*, UN doc. ST/CTC/27 (1983), UNCTC, *Features and Issues in Turn-key Contracts in Developing Countries: A Technical Paper*, UN doc. ST/CTC/28 (1983).

**15.** A través de estos contratos globales, no sólo se demanda la realización de un determinado proyecto industrial sino también la capacidad tecnológica necesaria para su explotación. En este sentido, se ha llegado a decir que mediante este tipo de contratos complejos «*todo sucede como si la industrialización no dependiera de la constitución previa de una capacidad tecnológica, sino como si ésta última se adquiriera al mismo tiempo que la industrialización*»<sup>13</sup>.

**16.** Ahora bien, la práctica contractual y el transcurso del tiempo, se han encargado de poner de manifiesto que este tipo de contratos, -como los contratos «llave en mano», los contratos «producto en mano» y los contratos «mercado en mano», sin olvidar la forma más tradicional de industrialización, adaptada también a los fines del desarrollo como es la inversión directa, especialmente en su forma derivada de empresas conjuntas o *joint venture*-, no siempre han servido al objetivo económico que motivó su surgimiento.

**17.** Respecto a *las empresas conjuntas* hay que señalar que aunque representan una forma más de transferencia de tecnología, no siempre tienen por resultado una verdadera adquisición de la misma por parte del receptor. Esto sucede, así, cuando este último aún contando con la participación mayoritaria de la empresa -generalmente, el 51%, -carece de suficientes conocimientos científicos, técnicos, y de gestión, lo que suele desembocar en una situación de dependencia tecnológica y en una absorción de dicha empresa en la estrategia empresarial de la multinacional en cuestión<sup>14</sup>. De ahí que un gran número de países en vías de desarrollo prefieran disociar las aportaciones tecnológicas de todo tipo de inversión acudiendo a diversas fórmulas contractuales globales con la finalidad de adquirir la tecnología necesaria para iniciar o reforzar su capacidad local de fabricación.

**18.** Pero, incluso, *los contratos de industrialización* propiamente dichos han resultado ser igualmente un fracaso en la consecución de sus objetivos, unas veces por la imposibilidad del receptor de explotar la instalación industrial debido a la carencia de unos mínimos conocimientos técnicos, -caso de los contratos «llave en mano»-, otras por la menor calidad de la producción provocada en última instancia por la inferior formación de personal local, y ello, a pesar de quedar ésta garantizada por determinados contratos, -como los contratos «producto en mano»- o, incluso, también por la dificultad de introducir los productos en el mercado, -supuesto de los contratos «mercado en mano»-. En definitiva, cabe afirmar que ha sido esta situación la que ha provocado el abandono de estas fórmulas contractuales en el marco de una política del desarrollo<sup>15</sup>.

**19.** No deja de ser significativo, sin embargo, el supuesto de los contratos «llave en mano». Pese a fracasar en la consecución de los objetivos económicos que sustentaron su propia configuración en un contexto determinado, lejos de entrar en desuso y, consecuentemente, desaparecer, han ido consolidándose y adquiriendo sustantividad jurídica propia en otro concreto sector del comercio internacional: la construcción<sup>16</sup>. Tal es así, que hoy en día cabe afirmar que los contratos de construc-

<sup>13</sup> Vid. M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 21.

<sup>14</sup> Si con el término empresa conjunta o *joint international business ventures* se hace alusión “a ciertas formas de colaboración técnica, financiera o comercial entre empresas de países diferentes” (vid. J.-P. BÉGUIN, *Les entreprises conjointes...*, p. 57), es lógico que, *a priori*, no se pueda excluir este instrumento jurídico del ámbito de la transferencia de tecnología hacia países en vías de desarrollo. Ahora bien, se tendrá que tener en cuenta la concreta situación de desarrollo económico en la que se encuentra el país receptor o la empresa perteneciente al mismo. Aún así, en las empresas conjuntas, en las que participa un país en vías de desarrollo, frecuentemente, se observan tres aspectos cuanto menos criticables: a) las empresas extranjeras, generalmente multinacionales, no suelen transmitir la capacidad tecnológica, es decir, el conocimiento científico y técnico necesario para producir los productos, y adaptarlos a otras necesidades sino que se limitan a transferir la forma en la que debe ser utilizado un material existente; b) por otra parte, los puestos de gestión dentro de la empresa van a ser ocupados por personal extranjero, y los de ejecución por personal local. Aún en el caso de que se cuente con personal autóctono cualificado, se corre el peligro de que la empresa extranjera lo atraiga hacia su país de origen; y c) finalmente, la capacidad de innovación, esto es, el I+D suele brillar por su ausencia.

<sup>15</sup> Vid. D. LAMÉTHE, «Les nouveaux contrats internationaux d’industrialisation. (Esquisse d’un manifeste dans les rapports NordSur)», *JDI*, 1992, pp. 81 y ss.

<sup>16</sup> Sobre los contratos internacionales de construcción «llave en mano», en este contexto, vid., J.-B. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats «clé en main»*, 2ª ed., Paris/New York/Barcelona/Milano/Mexico/Sao Paulo, 1987; L. COSTET, “Les contrats de réali-

ción «llave en mano» se han convertido en el instrumento jurídico por excelencia de aquellos países, generalmente desarrollados, que destinan un volumen importante de sus exportaciones a esta concreta parcela del comercio exterior.

### 3. La estandarización de los contratos de construcción en al ámbito internacional

20. La inexistencia de un cuerpo normativo de carácter convencional unido a la escasa, inadecuada y diversa regulación de la que son objeto los contratos de construcción en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, son algunos de los factores que han favorecido en este concreto sector del comercio internacional, el ejercicio y despliegue del poder autonómico de los particulares. De nuevo, como ya lo hiciese en otros ámbitos del tráfico mercantil, vuelve a ser *la sociedad de los comerciantes* la que recogiendo a través de contratos-tipo y condiciones generales los usos y prácticas más habituales, otorgue una regulación apropiada a sus propios intereses y necesidades<sup>17</sup>.

21. También en el ámbito del comercio internacional, los contratos de construcción encuentran en los contratos-tipo y en las condiciones generales elaboradas tanto por organizaciones internacionales -por ejemplo, la *Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas*- como por las asociaciones mercantiles profesionales -especialmente, la FIDIC y la ENAA-, su principal fuente de regulación<sup>18</sup>.

#### A) El papel desempeñado por las organizaciones internacionales

22. Entre las diversas organizaciones internacionales que han prestado atención a la reglamentación sustantiva y material de los contratos internacionales de construcción, ocupa un lugar destacado

---

sation d'ensembles industriel", *DPCL*, 1981, pp. 559 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, "Turnkey contracts", en H. LLOYD (ed.), *The Liability of Contractors*, London, 1986, pp. 34 y ss.; *id.*, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract*, London, 1986, pp. 433 y ss.; *id.*, "Contracts for Industrial Plant Projects", *ICLR*, 1984, pp. 322 y ss.; I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Berlin/New York, 1984; A. FELICIANI, "Turnkey Contracts for Heavy Plants", *Int. Bus. L.*, 1989, pp. 107 y ss.; L. FIORILLO, "I contratti internazionali di costruzione e consegna di impianti industriali", *Dir. com. int.*, 1993, pp. 357 y ss.; S. M. FRANKLIN, "Critical Issues in Turnkey Contracts for Heavy Plants", *ICLR*, 1990, pp. 269 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, pp. 283 y 284; TH. HASSLER, *Les contrats de construction d'ensembles industriels*, Thèse docteur, Strasbourg, 1979; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999; *id.*, "Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»", en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1743 y ss.; P. T. JENNINGS, "Engineer's Power in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 291 y ss.; P. JOUSSEN, *Der Industrieanlagen-Vertrag*, Heidelberg, 1981; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Montreal, 1987; M. MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. III, München, 1993, pp. 241 y ss.; F. NICKLISCH (ed.), *Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen*, Heidelberg, 1985; *id.*, *Bau- und Anlagenverträge, Risiken, Haftung, Streitbeilegung*, Heidelberg, 1984; C. POPESCO, "Les contrats «clés en main», dangers-destabilisations", *DPCL*, 1980, pp. 105 y ss.; M. E. SCHNEIDER, "Turnkey contracts, concept, liabilities, claims", *ICLR*, 1986, pp. 337 y ss.; G. WESTRING, "Turnkey Heavy Plant Contracts from the Owner's point of view", *ICLR*, 1990, pp. 234 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology and Specifications in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 282 y ss.

<sup>17</sup> *Vid.*, en general, G. ALPA/M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; A. BOGGIANO, "International Standard Contracts. A Comparative Study", *RCADI*, 1980-I, t. 170, pp. 9 y ss.; L. KOPELMANAS, "L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement", en *Droit économique*, Paris, 1978, pp. 133 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, "The unification or harmonisation of Law by means of standard contracts and general conditions", *ICLQ*, 1968, pp. 551 y ss. En el sector de la construcción internacional, *vid.*, *ad ex.*, W. HUGHES/D. GREENWOOD, "The Standardisation of Contracts for Construction", *ICLR*, 1996, pp. 196 y ss.; D. JONES, "Whither the Standard Form?", *ICLR*, 1995, pp. 392 y ss.; M. E. KLECKNER, "Condizioni generali, modelli di contratto e appalto internazionale", en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 51 y ss.; CH. REITHMANN, "Bauträgervertrag und Bauherren-Modell im IPR", en A. HELDRICH/H. J. SONNENBERGER (eds.), *Festschrift für Murad Ferid*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 363 y ss.; C. VACCÀ, "Standardizzazione dei building contracts e «nuove esperienze» di composizione «out of court» delle controversie", en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 63 y ss.; V. POWELL-SMITH, "An Asean Region Standard Form of Construction Contract?", *ICLR*, 1992, pp. 384 y ss.; C. VACCÀ / A. FRIGNANI, "Appalto internazionale", en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Torino, 1990, pp. 331 y ss., esp. 335 y ss.

<sup>18</sup> *Vid.* M. E. KLECKNER, «Condizioni generali, modelli di contratto e appalto internazionale», en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 51 y ss.; C. VACCÀ, «Standardizzazione dei building contracts e «nuove» esperienze di composizione «out-of-court» delle controversie», en U. DRAETTA/C. VACCÀ, *Il contratto internazionale...*, pp. 63 y ss.

la *Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas* que, ya, en 1973 publicó la *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*<sup>19</sup>. También, la UNIDO (*Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial*), aunque de forma más sectorial y específica, elaboró en 1981 dos contratos modelos para la construcción de plantas fertilizantes: el UNIDO *Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant* y el UNIDO *Model Form of Cost Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant*<sup>20</sup>. Finalmente, la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional* (UNCITRAL), publicó en 1988 la *Legal Guide on Drawing up International Contracts for Construction of Industrial Works* con el fin de proporcionar un asesoramiento adecuado a las partes -especialmente, a los países en vías de desarrollo- en la redacción de este tipo de contratos. En este sentido, cabe afirmar que la Guía UNCITRAL ofrece una formidable exposición de los distintos aspectos presentes en los contratos internacionales de construcción de grandes plantas industriales, pero su extensión y generalidad unidas a la ausencia de soluciones concretas, terminan frustrando su propia finalidad<sup>21</sup>.

**23.** Sin embargo, en la práctica, estos documentos no han adquirido la difusión que se esperaba de ellos. Aunque sirven para proporcionar un cierto asesoramiento legal a los países en vías de desarrollo -generalmente, clientes inexpertos en la negociación de grandes proyectos internacionales de construcción- cumpliendo, de esta forma, el fin para el que fueron creados, adolecen de auténticas soluciones técnicas y jurídicas, siendo éste su verdadero talón de Aquiles.

**24.** Mención a parte merecen los organismos internacionales de financiación, -tales como, el *Banco Mundial* (BM) o el *Banco Europeo de Inversiones* (BEI)-. Éstos, también, están contribuyendo a través de la elaboración de guías y condiciones generales a crear una cierta uniformidad jurídica en torno a los contratos internacionales de construcción, especialmente, en lo que concierne a la fase de negociación del contrato<sup>22</sup>.

**25.** Cada una de estas instituciones cuenta con una reglamentación propia que aplica a los contratos que financia y en la que se establecen determinadas normas sobre procedimientos de adjudicación, los criterios de resolución y contenido del contrato. El *Standard Bidding Document Procurement of Plant Design, Supply and Installation* (2010) del Banco Mundial<sup>23</sup> y la *Guide to Procurement* (2011) del BEI<sup>24</sup>, son un buen ejemplo de esta tendencia. A ellos, hay que añadir los esfuerzos desempañados por la

<sup>19</sup> CEE de l'ONU, *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*, (U.N. Doc/ECE/Trade 117), Genève, 1973. Sobre esta guía, *vid.*, J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 22 y 23; G. WESTRING, «Turnkey Heavy Plant...», p. 239.

<sup>20</sup> UNIDO, *Model Form of Turnkey Lump-Sum Contract of a Fertilizer Plant*, (UNIDO/P.C. 25), Vienna, 1981. Este texto fue sometido a revisión el 1 de junio de 1983 incorporándose entoces, al mismo, en forma de anexo, otro documento de la UNCTC (Centro de las Naciones Unidas sobre corporaciones transnacionales) que tiene por objeto específico los contratos «llave en mano». *Vid.* UNIDO *Model Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant including Guidelines and Technical Annexures*, (UNIDO/ P.C. 25/ Rev. 1. 1983). Respecto al otro contrato-tipo elaborado por la mencionada organización en 1981, *vid.*, UNIDO, *Model Form of Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant*, (UNIDO/P.C. 26), Vienna, 1981. Texto que fue modificado, el 1 de marzo de 1984 (UNIDO/ P.C. 26/ Rev.2, 1984). Para un comentario general de la labor desarrollada por la UNIDO en esta materia, *vid.*, M. ABTAHI, «Les arrangements en vue de la construction d'usines d'engrais dans les pays en voie de développement. L'expérience de l'O.N.U.D.I.», *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 819 y ss.

<sup>21</sup> *Vid.* UNCITRAL, *Legal Guide on Drawing up International Contracts for Construction of Industrial Works*, (U.N./doc. A/C.N. 9/ SER. B), New York, 1988. Sobre ella, *vid.*, S. BASNAYAKE, «The work of UNCITRAL in the field of industrial contracts», *ICLR*, 1984, pp. 273 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, «The UNCITRAL Legal Guide on Industrial Works Contracts», *ICLR*, 1991, pp. 233 y ss.; S. M. FRANKLIN, «Critical Issues in Turnkey Contracts...», p. 271; G. WESTRING, «Turnkey Heavy Plant...», p. 239.

<sup>22</sup> *Vid.* G. WESTRING, *International Procurement: A Training Manual*, Washington, 1985; *íd.*, «Procurement of Contractors and Consultants - A World Bank Perspective», *Int. Bus. L.*, 1991, pp. 357 y ss.

<sup>23</sup> El Banco Mundial viene desempeñando desde la década de los noventa una importantísima, labor en la estandarización de los procedimientos de adjudicación. El Documento Estándar citado, no es el único, junto a él cabe mencionar, entre otros: *Standard Bidding Document Procurement of Works* (2012); *Guidelines: Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services under IBRD Loans and IDA Credits & Grants* (2011). Todos los documentos elaborados por el BM en este sector pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://go.worldbank.org/LLG7KORBF0>.

<sup>24</sup> Texto disponible en la página web del BEI, <http://www.eib.infocentre/publications/all/guide-to-procurement.htm>.

CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) que ha elaborado también una ley-modelo sobre esta materia<sup>25</sup>.

26. Estos documentos, a pesar de su diferente alcance y valor jurídico y contrariamente a lo que cabría pensar, han contribuido a crear una cierta uniformidad y unificación jurídica en la regulación de los *procedimientos de adjudicación* de los contratos internacionales de construcción basándose en la utilización de dos principios fundamentales: el principio de concurrencia y el principio de publicidad. En base a los mismos, puede establecerse de forma general, como se analizará más adelante, una clasificación de los distintos tipos de procedimientos y de criterios de adjudicación<sup>26</sup>.

27. A este proceso de unificación de la fase de negociación del contrato, hay que unir la importante armonización que sobre esta materia se ha llevado a cabo a nivel regional en el ámbito de la Unión Europea de la que es consecuencia directa nuestra nueva Ley de Contratos del Sector Público<sup>27</sup>. No obstante, conviene tener en cuenta que en determinados supuestos esta normativa sólo afecta a la fase de formación del contrato pero no a su contenido.

## B) La labor desarrollada por las asociaciones de profesionales

28. De entre todas las asociaciones de profesionales implicadas en el sector de la construcción internacional, destacan por la importante labor que vienen desempeñando en la estandarización de los contratos internacionales de construcción, la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*) y la ENAA (*Engineering Advancement Association of Japan*).

29. La acogida y la utilización de la que vienen siendo objeto entre los operadores comerciales tanto las condiciones generales de la FIDIC como los formularios de la ENAA junto a la constante labor que viene desempeñando instituciones como la CCI en la revisión de sus aspectos más polémicos, han provocado el surgimiento y formación de verdaderos usos internacionales en esta materia<sup>28</sup>.

### a) Las condiciones generales FIDIC

30. La FIDIC, fundada en 1913, tiene entre sus funciones la de recopilar a través de condiciones generales y contratos-tipo los usos y prácticas más habituales en materia de construcción internacional

<sup>25</sup> Vid. CNUDMI, *Ley Modelo sobre la Contratación Pública*, 1 de julio de 2011. Dicha Ley reemplaza a la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994. El texto de la Ley Modelo así como la Guía para la incorporación al Derecho interno pueden consultarse en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>26</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 48 y 49.

<sup>27</sup> Vid. RDL 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 14 de noviembre de 2011. El TRLCSP recoge en esencia la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, junto con las sucesivas modificaciones operadas en la misma como consecuencia de la necesidad de trasponer la Directiva (CE) 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Dicho régimen jurídico se completa con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (que traspone la Directiva (CE) 2004/17, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales); y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

En la actualidad, la UE tiene entre sus objetivos la revisión de las Directivas existentes sobre esta materia. Vid.: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, 20.12.2011, COM (2011) 592 final; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 20.12.2011, COM (2011) 896 final. De igual forma, y en el ámbito de la colaboración público-privado, vid.: Proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la atribución de contratos de concesión, 20.12.2011, COM (2011) 897 final.

El 19 de noviembre de 2013, el Parlamento Europeo otorgó su autorización para firmar el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, Comisión Europea-MEMO/13/1016. Se trata del principal acuerdo multilateral en el que se fijan las reglas básicas de las licitaciones internacionales. Puede consultarse el texto de dicho acuerdo en: <http://www.wto.org>.

<sup>28</sup> En cualquier caso, la CCI también ha elaborado dos modelos de contratos: ICC *Model Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract* (2003); ICC *Model Turnkey Contract for Major Projects* (2007).

con el fin de velar, siempre, por los intereses de sus miembros y agilizar, así, las relaciones comerciales. La prolífica labor de la FIDIC no sólo ha tenido por objeto los contratos de construcción propiamente dichos sino que, también, se ha extendido a otros aspectos colaterales de esta operación<sup>29</sup>.

**31.** Tras la elaboración de las *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey* (1ª ed., Lausanne, 1995), conocido como el *Libro naranja*<sup>30</sup>, la FIDIC consideró que debía actualizar el Libro Rojo y el Libro Amarillo, y designó un Grupo de Trabajo a tal efecto. Tras años de trabajo se publicaron en 1999, cuatro nuevos modelos de contratos: *Conditions of Contract for Construction for Building and engineering Works Designed by Employer* (1ª ed. 1999), conocido como Libro Rojo; *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and engineering Works, Designed by the Contractor* (1ª ed. 1999), conocido como Libro Amarillo; *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects* (1ª ed. 1999), conocido como el Libro Plateado y; *Short Form of Contract* (1ª ed. 1999), conocida como el Libro Verde<sup>31</sup>. Este “arcoiris” de Condiciones generales, se completó en 2008 con la publicación del Libro Dorado: *Conditions of Contract for design, Build and Operate Projects*<sup>32</sup>.

**32.** De esta colección revisada de contratos-tipo de la FIDIC, baste destacar: a) que el Libro Amarillo se configura como una actualización del Libro Naranja destinado a contratos «*Design-Build*» y «*Turnkey*»/«Llave en mano»; b) El Libro Plateado y el Libro Dorado están específicamente diseñados para ser utilizados en el ámbito de Proyectos BOT.

**33.** En el año 2005, la FIDIC elaboró una edición especial del Libro Rojo para ser utilizada por los MDB<sup>33</sup>. Y recientemente ha publicado un nuevo contrato tipo: *Conditions of Subcontract* (2011)<sup>34</sup>.

#### b) El contrato-tipo ENAA

**34.** Junto al papel desarrollado por la FIDIC en la recopilación de usos y prácticas de la construcción internacional, destaca el de otra asociación de profesionales en este sector, la ENAA (*The Engineering Advancement Association of Japan*) que, pese a no ser tan conocida como la anterior, no deja por ello de ser menos importante. La ENAA fue creada en Marzo de 1978 con el fin de promocionar y desarrollar la industria de la construcción y los servicios de ingeniería ante la creciente participación de Japón en proyectos internacionales de construcción.

**35.** Desde que iniciase su actividad, la ENAA mostró un especial interés por la elaboración de un contrato-tipo que supliere las insuficiencias de los existentes hasta ese momento, especialmente, en espec-

<sup>29</sup> Los dos modelos FIDIC más difundidos en el ámbito internacional fueron hasta su modificación en 1999: el *FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* (4ª ed., Lausanne, 1987), más conocido como el Libro rojo y el *FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works* (3ª ed., Lausanne, 1987), conocido como el Libro amarillo.

<sup>30</sup> Con la elaboración de este documento, la FIDIC contribuyó a colmar una importante laguna existente en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, concretamente, en torno a los contratos «llave en mano» que, hasta el momento, y a excepción del contrato-tipo ENAA, se encontraban carentes de una regulación que contemplase sus problemas más específicos. Vid. B. DE CAZALET/R.REECE, “Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main”, *Rev. dr. aff. int.*, 1996, pp. 279 y ss.; J. A. HUSE, “Use of FIDIC Orange Book in the Context of a BOT Project”, *ICLR*, 1996, pp. 434 y ss.; G. L. JAYNES, “The New Colour in FIDIC’s Rainbow: The Trial Edition of the «Orange Book»”, *ICLR*, 1995, pp. 367 y ss.

<sup>31</sup> Vid. P. L. BOOEN, “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next century: 1998 Test Editions: 1999”, *ICLR*, 1999, pp. 5-26; E. CORBETT, “FIDIC’s New Rainbow – An Overview of the red, Yellow, Silver and Green test editions”, *ICLR*, 1999, pp. 39-46; J. A. HUSE/J. KAY HOYLE, “FIDIC Design-Build, Turnkey and EPC Contracts”, *ICLR*, 1999, pp. 27-37.

<sup>32</sup> Vid. S. LANDSBERRY, “FIDIC Design Build Operate- Glitter or Gold?”, *ICLR*, 2008, pp. 156-189; A.-V. JAEGER, “FIDIC Conditions of Contract for design, Build and Operate Projects, first edition 2008 – A New Approach”, *ICLR*, 2010, pp. 36-76.

<sup>33</sup> *FIDIC Conditions of Contracts for Construction Multilateral Developments Bank Harmonised Edition* (1ª ed. 2005, última revisión 2010). Vid. M. BELL, “Will the Silver Book Become the World Bank’s New Gold Standard?. The interrelationship between the World Bank’s Infrastructure Procurement policies and FIDIC’s Construction Contracts”, *ICLR*, 2004; pp. 164-188; G.-S. HÖK, “Relationship between FIDIC Conditions and Public Procurement Law – Reliability of Tender Documents”, *ICLR*, 2009, pp. 23-56.

<sup>34</sup> Vid. E. KRATOCHVILOVA/M. MENDELBLAT, “The FIDIC Subcontract, First Edition”, *ICLR*, 2012, pp. 104-110.

tos tan importantes como la transferencia de tecnología y las garantías de buena ejecución. Así, comenzaron los trabajos de un Grupo de Expertos que culminaron con la publicación en 1986 de un contrato modelo: el *ENAA Model Form of International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis)* (1ª ed., Japan, 1986), que estaba integrado por tres volúmenes: *Form of Agreement & General Conditions* (volumen 1), *Samples of Attachments to the Agreement* (volumen 2) y *Guide Notes* (volumen 3)<sup>35</sup>. En su segunda edición de 1992, además de incorporarse un nuevo volumen al modelo anterior -*Work procedures* (volumen 4)- que tiene por objeto regular entre otros aspectos las formas de pago, las inspecciones, procedimientos de adjudicación y la realización de determinadas pruebas de rendimiento y funcionamiento, se incluye un modelo alternativo para aquellos supuestos en los que no se transfiera tecnología o ésta sea suministrada por el cliente -*ENAA Model Form International Contract. Alternative Form for Industrial Plant*, (volumen 5)-<sup>36</sup>. La ENAA publicó en marzo de 2010, la tercera edición de este contrato-tipo.

**36.** La ENAA ha elaborado también otro modelo de contrato «llave en mano» -el *ENAA Model Form International Contract for Power Plant Construction*-, que inspirándose en el anterior, intenta ofrecer una regulación específica a las peculiares características que, en el ámbito internacional, presentan aquellos proyectos que tienen por objeto la construcción de centrales energéticas<sup>37</sup>.

**37.** Estos documentos de la ENAA despiertan un especial interés no sólo porque han sido los pioneros en ofrecer a nivel internacional una *regulación detallada* sobre los contratos «llave en mano» sino, también, porque presentan aspectos innovadores respecto a las condiciones FIDIC. Tal hecho explica que el Banco Mundial, recomiende la utilización de dicho contrato-tipo en sus *Standards Bidding Documents for Plant Procurement*.<sup>38</sup>

## II. Concepto, Características y naturaleza jurídica de los contratos internacionales de construcción «llave en mano»

### 1. Delimitación conceptual

#### A) Definición de los contratos “llave en mano”

**38.** El hecho de que no exista una definición universalmente aceptada de los contratos internacionales de construcción «llave en mano» unido a la constante incertidumbre que, desde sus orígenes, les ha venido rodeando dificultan cualquier intento de llevar a cabo una delimitación conceptual de los

<sup>35</sup> Vid. N. GOULD, “Some Comments on the Policies and Drafting of the ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction”, *ICLR*, 1988, pp. 205 y ss.; T. SASAKI, “ENAA Model Form of Contract”, *ICLR*, 1987, pp. 93 y ss.; G. WESTRING, “Turnkey Heavy Plant Contracts from the Owner’s Point of View”, *ICLR*, 1990, pp. 240 y ss.

<sup>36</sup> Vid. K. FURUYA, “ENAA Revised Model Form of Contract (1992 Edition)”, *ICLR*, 1993, pp. 5 y ss.; N. GOULD, “Comments on the ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction (Revised 1992)”, *ICLR*, 1994, pp. 498 y ss.; G. L. JAYNES, “Turnkey Contracts: Japan’s Model Forms”, *ICLR*, 1993, pp. 251 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, “A Brief Review of the 1992 Edition of the ENAA Model Form, International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lumpsum Basis)”, *ICLR*, 1994, pp. 526 y ss.; N. WAKAME, “An Overview of Major Issues on ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction, 1992 Edition. A Drafter’s View”, *ICLR*, 1995, pp. 98 y ss.

<sup>37</sup> En efecto, la ENAA consciente del considerable incremento del que estaban siendo objeto en el ámbito internacional este tipo de proyectos, de su importancia en la infraestructura de un país -especialmente de aquellos en vías de desarrollo-, y de sus características específicas que, precisamente, les distancian de los contratos de construcción de instalaciones industriales (*Process Plant*), -por ejemplo, instalaciones fertilizantes, petrolíferas, de acero, de cemento, etc.-, y justifican una regulación adecuada, publicó en julio de 1996, un contrato modelo a tal efecto. Sobre éste, *vid.*, H. HOSHI, “ENAA Model Form of Contract for Power Plant Construction”, *ICLR*, 1997, pp. 61 y ss.; T. OMOTO, “A Comparative Study of British and Japanese Construction Contracts. The New ENAA Model Form of Contract”, *ICLR*, 1996, pp. 482 y ss.; T. WIWEN-NILSSON, “The 1996 Edition of the ENAA Model Form. International Contract for Power Plant Construction. A Brief Review”, *ICLR*, 1997, pp. 273 y ss.

<sup>38</sup> Vid. A. R. MARSHALL, “Process Plant Construction: The ENAA Model Form of contract (2010 edition) –Comments and Comparisons”, *ICLR*, 2011, pp. 138-171.

mismos<sup>39</sup>. De ahí que sea conveniente comenzar haciendo una referencia a las causas que explican esta falta de precisión jurídica para pasar, seguidamente, a determinar las características fundamentales que constituyen su verdadera esencia.

**39.** Que no exista una definición universalmente reconocida de los contratos internacionales de construcción «llave en mano» se debe a razones de diversa índole. Por una parte, son contratos que han sido creados en la práctica negocial por las necesidades de los propios comerciantes y que, por tanto, están estrechamente vinculados a las particularidades de la concreta transacción que tienen por objeto. Esto explica, a su vez, que la configuración de algunas de sus disposiciones contractuales quede a merced de factores tales como el nivel de desarrollo tecnológico de las partes contratantes, las características técnicas del sector industrial implicado o la política económica del país donde ha de ser ejecutada la obra y que, pese a responder a una estructura común, presenten importantes variaciones de unos a otros, que hacen casi imposible cualquier intento de extraer una noción abstracta de los mismos. Por otra parte, el concepto «llave en mano», desde que surgió a principios del siglo XX en Estados Unidos entre los productores de bienes de equipo de la industria del gas y del petróleo, ha sido objeto de múltiples aplicaciones prácticas tanto a nivel nacional, -especialmente en el sector inmobiliario-, como a nivel internacional, -especialmente en el suministro de bienes de equipo-. Esta difusa utilización del concepto, que no hace más que aportar confusión jurídica, no ha impedido, sin embargo, que en el ámbito de la construcción internacional, el contrato «llave en mano», también conocido como *contrat «clé en main»*; *Turnkey Contract* o, más recientemente, *EPC (Engineering, Procurement and Construction)* haya adquirido sustantividad propia<sup>40</sup>. Finalmente, otro factor que también ha contribuido a crear cierta imprecisión jurídica ha sido, sin lugar a dudas, la laguna legal existente entorno a esta figura<sup>41</sup>.

**40.** Todas estas circunstancias han provocado una inevitable incertidumbre, que se ha visto incrementada por la insistente tendencia doctrinal observada tanto en los países del *Common Law* como en los países de *Derecho civil*, a considerar como contratos «llave en mano» aquellos en los que el contratista se obliga frente al cliente a entregar un obra completa y lista para ser usada<sup>42</sup>. Sin embargo,

<sup>39</sup> Los contratos «llave en mano» surgieron en Estados Unidos hace más de medio siglo entre los productores de bienes de equipo que, ante la escasa demanda, idearon esta fórmula contractual con el fin de aumentar sus ventas. El éxito de esta operación aparecida originariamente en la construcción y en la industria del gas y del petróleo, hizo que se extendiera pronto a otras ramas industriales e, incluso, a las transacciones internacionales. En este último ámbito, los contratos «llave en mano» fueron frecuentemente utilizados, en los años sesenta, en el marco de las relaciones comerciales mantenidas con los países del Este pero recibieron su mayor impulso en la década de los 70 al ser concebidos por los países del Tercer Mundo, especialmente por los países de la O.P.E.P., como el instrumento jurídico idóneo para conseguir sus objetivos económicos -producción autónoma y capacidad tecnológica-. Desde esta última perspectiva, se ha llegado a decir que los contratos «llave en mano» son el medio para establecer los cimientos de una infraestructura industrial en un país en vías de desarrollo sin que éste, esté obligado, a dominar inmediatamente las técnicas de concepción y de realización (vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 361). Sobre el origen de los contratos «llave en mano», vid., J.- A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, p. 15; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, p. 14, nota 1; P. JUDET/J. PERRIN, “Du «clé en main» au «produit en main»”, *Mondes en développement*, 1976, pp. 395 y ss.; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p.46; M. E. SCHNEIDER, “Turnkey Contracts...”, p. 338; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 270.

<sup>40</sup> Aunque este es el término más arraigado en el ámbito del comercio internacional para referirse a este tipo de contratos, también reciben otras denominaciones como: «*Package Contract*», «*Design and Build*», «*Single Responsibility*» o «*Design Contractor*», en los países anglosajones; en Francia, «*clé en main*» o «*ensemblé*» o en Alemania, «*Schlüsselfertig*», «*Totalunternehmer*» y «*Objektvertrag*». Dato éste que, lejos de ser vanal, ha contribuido durante algún tiempo ha crear cierta confusión jurídica puesto que en determinados supuestos alguna de las nomenclaturas mencionadas posee connotaciones propias. Vid. M. SCHNEIDER, “Turnkey contracts...”, p. 336.

<sup>41</sup> Vid. L. COSTET, “Les contrats de réalisation...”, p. 560; S. M. FRANCKLIN, “Critical issues in Turnkey Contracts...”, p. 272; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p.46.

<sup>42</sup> Debe tenerse en cuenta que esta concepción de los contratos «llave en mano», que hoy en día puede considerarse totalmente superada, fue la que imperó entre la doctrina en aquella época -década de los setenta y ochenta- en la que estos contratos se concibieron como instrumentos jurídicos de transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo. Desde esta perspectiva, resulta lógico que, desde el punto de vista jurídico, se centrara la atención en el resultado final que se pretendía alcanzar a través de los contratos «llave en mano»: la entrega de un complejo industrial en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento apto para proporcionar a la otra parte contratante, el adquirente, la capacidad de producción acordada. Esta concepción, indudablemente, influyó en la propia calificación del contrato, siendo, en este sentido, habitual que se considerase como un

cabe afirmar que no hay nada de específico o particular en esta definición que diferencie a los contratos «llave en mano» del resto de los contratos de construcción, en tanto que en todos ellos se persigue como resultado final la entrega de una obra que pueda ser destinada al fin para el que ha sido concebida<sup>43</sup>.

**41.** Lo que realmente define y caracteriza a los contratos internacionales de construcción «llave en mano», siendo éste el único aspecto en el que existe un cierto consenso generalizado, es, precisamente, junto a la combinación de otras obligaciones, la *asunción de responsabilidad del contratista por la realización completa del proyecto*. En este sentido, el contrato «llave en mano» o *Turnkey Contract* puede definirse como aquel en el que el contratista (*Contractor*) se obliga frente al cliente (*Client/Owner*) a cambio de un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contratos, el énfasis recae en la *responsabilidad global* que asume el contratista frente al cliente<sup>44</sup>. Esto no significa, sin embargo, que el contratista asuma todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto. Cuestion esta que dependerá en cada caso concreto de factores de diversa índole –tipo de financiación, obra, injerencia del cliente en la ejecución del proyecto, etc...-.

**42.** Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos «llave en mano», formando parte de la obligación global del contratista, son: a) el suministro de materiales y maquinaria; b) el transporte de los mismos; c) la realización de las obras civiles; d) la instalación y montaje; y e) la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contratos otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica. Éstas, sin embargo, a diferencia de las anteriores no llegan a formar parte de la obligación global del contratista sino que, generalmente, quedan configuradas como simples obligaciones accesorias.

**43.** Aunque los contratos internacionales de construcción «llave en mano» pueden tener por objeto tanto la realización de obras inmobiliarias (*Building Works*) -hospitales, hoteles, escuelas-, como la construcción de obras de ingeniería civil (*Civil Engineering Works*) -puentes, carreteras, túneles-, están siendo, sin embargo, cada vez más utilizados en el ámbito de la construcción de plantas industriales. Generalmente, la construcción de una planta industrial requiere la utilización de un proceso de fabricación (*Process Plant*), que no siempre va a estar al alcance de todos. Es más, en la mayor parte de los casos, la exclusividad y especialidad del componente tecnológico así como el *know-how* y la experiencia profesional que exigen las características del proyecto, se va a encontrar sólo en poder de unas pocas empresas especializadas que, dados los intereses en juego, sólo estarán dispuestas a suministrar su tecnología si son ellas mismas las que se encargan de concebir, construir y poner en funcionamiento la planta o instalación implicada. En tales supuestos, es fácil entender que la elección de un contrato «llave en mano» sea lo más probable si no la única opción posible para el cliente<sup>45</sup>.

---

contrato de compraventa o suministro. *Vid., ad. ex.*, V. DELAPORTE, “La détermination du Droit applicable au contrat d’ouvrage clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 755 y ss., esp. p. 756; B. FORET, “Réflexions sur les contrats clé en main aux États-Unis et en Louisiana et sur la Législation afférente a ces contrats”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 574 y ss., esp. p. 576; O. GOHIN, “La responsabilité du fournisseur dans le contrat clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 677 y ss., esp. pp. 678 y 679; J. JEHL, *Le commerce international de technologie...*, pp. 435 y ss.; PH. KAHN, “L’essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi”, *L’hypothèse du non-droit, XXXe Séminaire organisé a Liège les 21 et 22 Octobre 1977*, Liège, 1978, pp. 231 y ss., esp. p. 240; *id.*, “L’interprétation des contrats internationaux”, *JDI*, 1981, pp. 5 y ss., esp. p. 11; H. KRISTENSEN, “Correspondence”, *ICLR*, 1986, p. 217; B. MERCADAL, “L’arbitrage, mode de règlement du contentieux relatif aux contrats de livraison d’ouvrages clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 793 y ss., esp. pp. 793 y 794; M. SALEM/ M. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 156.

<sup>43</sup> *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 433.

<sup>44</sup> Tal y como pone de manifiesto I. N. DUNCAN WALLACE, “Turnkey is used to describe a contract where the essential design emanates from, or is supplied by, the contractor and not the owner, so that the legal responsibility for the design, suitability and performance of the work after completion will be made to rest in varying degrees with the contractor” (“Contracts for Industrial Plant...”, p. 322. En este mismo sentido, *vid.*, I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung...*, pp. 9 y 10; P. MANKOWSKY, *Der Bauvertrag...*, pp. 41-43; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 242 y ss.; M. E. SCHNEIDER, “Turnkey Contracts...”, pp. 338-340; T. WIWEN-NILSON, “Supply of Technology...”, pp. 282 y 283.

<sup>45</sup> *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 434; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 243 y 244.

## B) Clasificación de los contratos «llave en mano»

### a) Contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano*

44. La doctrina, basándose en la experiencia observada en la práctica, ha propuesto distintas clasificaciones de los contratos «llave en mano». Una de ellas es la que, atendiendo al uso habitual de utilizar distintos tipos de contratos para la realización de un mismo proyecto, distingue entre: contratos «llave en mano» *mixtos*, contratos «llave en mano» *parciales* y contratos *semi-llave en mano*<sup>46</sup>.

45. Así, cuando el cliente celebra un contrato tradicional de construcción para la realización de una parte del proyecto (cimientos y sub-estructura) y un contrato «llave en mano» para el resto de la obra, tiene lugar lo que en el sector industrial se conoce con el nombre de contratos «llave en mano» *mixtos* o *mixed-turnkey contracts*. Por otra parte, puede suceder, y de hecho es la situación más frecuente, que se utilice un contrato tradicional para la ejecución de la obra en su conjunto pero, sin embargo, sea conveniente recurrir para determinadas partes especializadas, como los sistemas de aire acondicionado y la ventilación, a un contratista «llave en mano» que, a su vez, puede haber sido o bien contratado directamente por el cliente, o bien subcontratado por el contratista principal, correspondiendo la coordinación del contrato «llave en mano» al cliente o a su ingeniero, o al contratista principal, respectivamente. En tales casos, se habla de contratos «llave en mano» *parciales* o *part-turnkey contracts*. Finalmente, cuando en la realización de un proyecto el cliente concluye diferentes clases de contratos, entre ellos uno «llave en mano» y encarga al contratista de este último la coordinación de los demás contratos separados celebrados sobre una base tradicional, se habla de contratos *semi-llave en mano* o *semi-turnkey contracts*.

### b) Contratos «llave en mano» *simples* o *parciales*, contratos «llave en mano» *completos* o *clásicos* y contratos «llave en mano» *amplios*

46. Otra clasificación propuesta por la doctrina, que no hace más que reflejar el diferente contenido que, en la práctica, presentan estos contratos, es la que distingue entre: los contratos «llave en mano» *simples* o *parciales*, los contratos «llave en mano» *completos* o *clásicos* y los contratos «llave en mano» *amplios*<sup>47</sup>.

47. Los contratos «llave en mano» *simples* o *contrat clé en main «léger»*, frecuentemente utilizados en las relaciones comerciales con los países del Este y entre agentes económicos de igual desarrollo tecnológico, son aquellos en los que el contratista se obliga a concebir la obra, suministrar los bienes de equipo y materiales y poner en funcionamiento la planta industrial conforme a las estipulaciones contractuales, mientras que corre a cargo del cliente el montaje de la instalación, bajo la supervisión y asistencia técnica del primero, siendo a su vez posible que también se obligue a suministrar todos o parte de los bienes de equipo. En los contratos «llave en mano» *clásicos* o *contrat clé en main «classique»*, el cliente se limita, sin embargo, a pagar un precio al contratista a cambio de la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de la instalación industrial, mientras que en los contratos «llave en mano» *amplios* o *contrat clé en main «lourd»*, el contratista, junto a las prestaciones derivadas del contrato clásico -concepción, realización y puesta en funcionamiento de la obra-, asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación de personal local y asistencia técnica necesaria para la explotación de la instalación pero que, en ningún caso, llegan a formar parte de su obligación global de resultado<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Vid. I. N. DUNCAN WALACE, *Construction Contracts...*, pp. 365 y 366 y pp. 401 y 402.

<sup>47</sup> Vid. J. JEHL, *Le commerce international...* pp. 437-442; PH. KAHN, "État du droit...", p. 107; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 105 y 106; M. SALEM/M.- A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 47.

<sup>48</sup> Otra clasificación de los contratos «llave en mano» es la propuesta por M. BLAKENEY, que atendiendo al grado de implicación del suministrador de tecnología en la elaboración de los planos y en la construcción y puesta en funcionamiento del complejo industrial correspondiente distingue las siguientes cinco categorías: a) *Turnkey Contract*; b) *Semi-Turnkey Contract*; c) *Product in Hand Contract*; d) *Comprehensive Contract* y; e) contratos separados. En los *Turnkey Contracts*, el contratista se compromete a construir y poner en funcionamiento un complejo industrial conforme a los planos y tecnología incorporada que

48. Conviene precisar que las diferentes formas contractuales que se observan en la práctica y que sirven de sustento a las distintas clasificaciones doctrinales, en ningún caso alteran ni las características esenciales del contrato «llave en mano», ni su denominador común: la responsabilidad global asumida por el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento un determinado proyecto, generalmente, una planta industrial<sup>49</sup>.

### C) Distinción de figuras afines

49. La realización de un proyecto se sustenta básicamente sobre dos operaciones: por una parte, la concepción de la obra y por otra, su ejecución. Desde un punto de vista jurídico, estas dos funciones pueden atribuirse o bien a personas distintas a través de contratos separados, o bien a una sola persona mediante la celebración de un único contrato. Los diferentes métodos de realización de proyectos que, junto al «llave en mano», han surgido en la práctica del comercio internacional descansan sobre esta distribución de misiones. Así, cuando lo que se pretende es que estas dos prestaciones esenciales a todo proceso de construcción queden separadas, se recurrirá a distintas fórmulas contractuales como el contrato «*design then bid*» o el *proceso acelerado de construcción*. Por el contrario, si lo que se desea es concluir un sólo contrato en el que ambas prestaciones queden a cargo de una sola parte contratante, se podrá optar por un contrato «*design & build*» o un contrato «llave en mano», entre otros. No obstante, conviene tener en cuenta dos aspectos importantes: de un lado, que la elección entre una fórmula contractual u otra recae siempre sobre el cliente pues es quién ha de barajar de entre todas ellas, cuál es la que mejor se adapta a sus propias necesidades e intereses, y a las características del proyecto que pretende realizar, y por otra, que la realización de un proyecto implica frecuentemente, en la práctica, la celebración de distintas clases de contratos<sup>50</sup>.

Entre las diferentes fórmulas contractuales, a las que seguidamente se hará referencia, ocupan un lugar destacado los denominados proyectos BOT (*Build Operate and Transfer*) que, como se verá más adelante, albergan generalmente en su seno un contrato «llave en mano».

#### a) El contrato tradicional o «*design then bid*»

50. El método tradicional o convencional de construcción, también conocido por la expresión anglosajona «*design then bid*» -primero se proyecta, luego se licita- es aquel que implica la participación de al menos tres personas en la realización de un proyecto: cliente, ingeniero y contratista. Desde el punto de vista jurídico, el método tradicional se estructura sobre la celebración de dos contratos: uno, entre el cliente y el ingeniero y otro, entre el cliente y el contratista. A través del primero, el ingeniero se compromete a elaborar los planos y especificaciones técnicas de la obra e, incluso, será lo más habitual, se encargará de preparar la licitación, asesorando en este sentido al cliente sobre la elección del contratista. Mediante el segundo, -el contrato de construcción-, el contratista se obliga frente al cliente a ejecutar la obra conforme a los planos y especificaciones suministrados por el ingeniero, quién a su vez supervisará y controlará la realización de los trabajos<sup>51</sup>.

---

el mismo ha seleccionado y suministrado. Cuando determinadas prestaciones del contrato corren a cargo del cliente o adquirente o de los subcontratistas, estamos en presencia de un Semi-Turnkey contract. Si el contratista «llave en mano» se compromete a alcanzar determinados resultados de producción con personal del cliente, se celebra un contrato «producto en mano». Por otra parte, si es el adquirente el que selecciona el proceso tecnológico a incorporar a las obras proyectadas, construídas y coordinadas por el contratista, se habla de Comprehensive Contract. Finalmente, se negocian contratos separados cuando se recurre a varios contratistas para ejecutar diferentes partes de la obra bajo la supervisión del cliente (*Legal Aspects...*, p. 44).

<sup>49</sup> Vid. L. COSTET, «Les contrats de réalisation d'ensembles...», pp. 562-566.

<sup>50</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 267.

<sup>51</sup> En este sentido, son muy gráficas las palabras de M. F. LUNCH al comparar el método tradicional de construcción con un banquillo de tres patas: cliente, arquitecto/ingeniero y contratista. El cliente es quién proporciona el esbozo de la instalación o edificación que necesita y suministra el dinero necesario; el arquitecto y/o ingeniero expresa aquel deseo en el proyecto y en el pliego de condiciones y, finalmente, el contratista ejecuta las obras siguiendo el proyecto y el pliego de condiciones («New Construction Methods and New Roles for Engineers», *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 83 y ss., esp. p. 83). Vid., también, P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 268-277.

**51.** Entre las *ventajas* que reporta la utilización del método tradicional cabe citar: a) la posibilidad de establecer un claro reparto de funciones y de responsabilidades entre las partes participantes, y ello, pese al elemento de complejidad que supone la interferencia del ingeniero en el contrato de construcción; b) la intervención del cliente a través del ingeniero en el desarrollo del proyecto; c) la elaboración completa, o lo más completa posible, del proyecto antes de la licitación y de la conclusión del contrato de construcción, lo que implica, respectivamente, una mayor competitividad entre los licitadores y una disminución de los problemas surgidos en la fase de ejecución en torno al desarrollo de los planos; y d) finalmente, se evita el posible conflicto de intereses entre el cliente y el ingeniero al ser este último independiente y, por tanto, no tener ninguna participación en la ejecución de la obra.

b) El proceso acelerado de construcción o «*fast track construction*»

**52.** Este método de la construcción permite, a diferencia del anterior, comenzar con los trabajos de ejecución de una obra antes de que haya sido elaborado el proyecto en su conjunto. Implica, por tanto, una fragmentación del proyecto en distintas fases o segmentos individualizados cuya concreta realización se hace depender de su previa concepción detallada. El *proceso fast track construction*, en definitiva, ofrece al cliente la posibilidad de iniciar la construcción de una obra mientras que se ultima la elaboración de los planos y especificaciones correspondientes a cada una de las partes en que queda fraccionado el proyecto<sup>52</sup>.

**53.** Aunque en el proceso tradicional o convencional la realización del proyecto de construcción debe de preceder siempre a la fase de licitación, en la práctica, suele ser habitual que éste quede completamente acabado durante la fase de construcción de la obra. En este sentido, se podría pensar que el proceso tradicional es también un proceso *fast track construction*. Pero, tal y como ha puesto de manifiesto, acertadamente, P. GLAVINIS: en el proceso tradicional, “a diferencia del proceso acelerado, esta situación es más el resultado de una transformación de hecho del proceso «*design then bid*» inicialmente elegido, que el producto de una elección deliberada”.<sup>53</sup>

**54.** Entre las razones que justifican la elección del proceso *fast track construction* por parte el cliente, destacan la reducción de costes que de él se derivan por la inevitable disminución del tiempo transcurrido entre la fase de concepción y de ejecución, así como la posibilidad de incorporar al proyecto los últimos avances tecnológicos sin que esto origine, como sucede en el proceso convencional, la necesidad de introducir modificaciones en los planos y especificaciones con el consiguiente aumento de costes y retrasos en la ejecución<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Vid. S. D. BYNUM, “Construction Management and Design-Build/Fast Track Construction from the Perspective of a General Contractor”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 25 y ss., esp. p. 34; F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects to Minimise Risk and Maintain the Commercial Edge”, *I.C.L.R.*, 1990, pp. 210 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 277-281; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade The Law and Practice of International Trade*, 9ª ed., London, 1990, p. 745; W.R. SQUIRES/M. J. MURPHY, “The Impact of Fast Track Construction and Construction Management on Subcontractors”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 55 y ss., esp. p. 56; J. B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management and The Specialty Trade (Prime) Contractors”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 39 y ss., esp. p. 44.

<sup>53</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 278. En efecto, la ejecución de un proyecto en la práctica lleva aparejada, frecuentemente, la combinación de ambos métodos: un proceso tradicional y un proceso acelerado de construcción. Pero, a pesar de que hoy en día sea habitual que la concepción de una obra en el marco de un proceso tradicional finalice durante la fase de ejecución, existe un aspecto que le distancia del proceso acelerado de construcción y es que este último es el resultado de una elección deliberada mientras que el primero es el resultado de una transformación *de facto*, que no hace más que reflejar la diferencia generalmente existente en los contratos de construcción por su larga duración, entre lo que se ha venido a denominar contrato escrito y contrato realmente vivido. Vid., en este sentido, P. LEVEL, “La négociation du contrat international de sous-traitance”, *Rev. dr. aff. int.*, 1985, pp. 147 y ss.; *id.*, “Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction”, *Rev. dr. aff. int.*, 1987, pp. 385 y ss.

<sup>54</sup> Vid. S. D. BYNUM, “Construction Management and Design-Build/Fast Track Construction...”, p. 34; F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects ...”, p. 210; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 278; J. J. GOUDSMIT, “Frame Contract and the Closing of the Eastern Scheldt”, *ICLR*, 1986, pp. 117 y ss., esp. pp. 119 y 120.

Por su parte, los contratistas y/o subcontratistas también se benefician de las innegables ventajas derivadas de una concepción completa y detallada de aquella parte de obra que les corresponde ejecutar tales como: una mayor calidad en la confección de los planos, una mejor determinación del ámbito de los trabajos que se comprometen a realizar, y una mayor posibilidad de poder corregir determinados defectos y omisiones de los planos y especificaciones en el momento de la licitación, ventajas todas ellas que se traducen en términos de mayor beneficio<sup>55</sup>.

**55.** Aunque esta forma de organizar y ejecutar el proyecto no plantea problemas nuevos en el sector de la construcción, la práctica se ha encargado de poner de manifiesto que algunos de ellos, especialmente las modificaciones y revisiones de las obras, los retrasos en la ejecución y la falta de coordinación, pueden verse considerablemente incrementados como consecuencia de una entrega precipitada de los planos y especificaciones correspondientes a cada fase del proyecto. Esta imprecisión de los documentos técnicos dará lugar, inevitablemente, a modificaciones pero con el inconveniente añadido en el proceso acelerado de construcción de saber si los planos completos constituyen una determinación de los originalmente ofrecidos y, por tanto, no dan derecho al contratista a recibir una compensación a cambio, o si, por el contrario, son una modificación de los mismos. Generalmente, esta situación provoca a su vez un retraso encadenado en la entrega de los correspondientes tramos de obra, pudiéndose hablar en este sentido de un «efecto dominó», que se traduce en un aumento inevitable de costes. Pero, tal vez, el problema más acuciante del *fast track construction* sea el de la falta de coordinación de las distintas partes del proyecto que, en caso extremo, lleva aparejada la existencia de lagunas y omisiones entre las distintas partes de la obra que hacen que la suma de todas ellas no constituya un proyecto completo<sup>56</sup>.

**56.** Desde el punto de vista jurídico, el proceso acelerado de construcción puede quedar estructurado sobre la base de: a) *contratos separados*, celebrados directamente por el cliente con cada una de las partes implicadas en la proyección y en la ejecución de la obra; b) *un contrato tradicional de construcción*, siendo en este caso lo más frecuente que el contratista principal recurra a la subcontratación; c) *un contrato design & build*, en cuyo caso será el contratista el que responda de la concepción y de la construcción del proyecto; o d) finalmente, un contrato de *Construction Management* o *Project Management*. De todas estas fórmulas contractuales, las que mejor se adaptan al proceso acelerado de

<sup>55</sup> Vid. J.B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management...”, p. 45.

<sup>56</sup> Tal y como ponen de manifiesto W.R. SQUIRES/M.J. MURPHY: “La experiencia hasta el momento con el *fast track construction* y el *construction management* (...) indica que ninguno de estos dos enfoques crea intrínsecamente problemas nuevos para el sector de la construcción. Más bien, estos planteamientos añaden simplemente nuevos actores -o varían los nombres de los ya existentes-, cambian el contexto en el que aparecen los problemas más tradicionales y, posiblemente, incrementan el volumen de ciertos tipos de problemas”, (“The Impact of Fast Track Construction...”, pp. 55 y 58). En este sentido, la práctica contractual, especialmente norteamericana, ha puesto de manifiesto que los problemas fundamentales que se derivan del *fast track construction* encuentran su denominador común en la presentación y entrega precipitada, por parte del cliente, *Project Manager*, ingeniero/arquitecto o empresario «llave en mano», según los casos, de los planos y especificaciones correspondientes a cada parte del proyecto. De este hecho, se derivan nefastas consecuencias, entre ellas: el incremento indiscriminado de modificaciones que, en determinados supuestos, conduce a cuestionarse, desde un punto de vista jurídico, si estamos ante una novación del objeto del contrato -lo que en Derecho norteamericano se conoce con el término de «*cardinal changes*» y que dan derecho a una de las partes, generalmente el contratista, a resolver el contrato- y, en otros, dejan completamente desprotegido al contratista o a los subcontratistas -según los casos- que, ante el cúmulo de modificaciones ordenadas, se ven en la imposibilidad de solicitar la necesaria autorización del cliente a tal efecto, al menos, si desean cumplir con los plazos establecidos, debiendo entonces sobreentender que existe una renuncia implícita al respecto por parte del cliente, con la consiguiente incerteza e inseguridad jurídica y económica que tal situación conlleva puesto que, en cualquier momento, el cliente puede alegar su falta de consentimiento, en cuyo caso, corren a cargo del contratista o subcontratistas los costes de las modificaciones. Otro inconveniente de los procesos acelerados de construcción observado en la práctica es la existencia de lagunas una vez unidos todos los proyectos parciales. En definitiva, todo ello repercute, inevitablemente, en una prolongación de los plazos inicialmente previstos y en un incremento del precio, fracasando de esta forma los objetivos perseguidos a través de este nuevo método o técnica de la construcción. No obstante, todos estos inconvenientes pueden en cierta medida quedar amortiguados si se prevén en el contrato correspondiente mecanismos de información rápida en caso de omisión o errores en los planos y de cooperación entre todas las partes implicadas. Vid. F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects...”, pp. 216-220; W. R. SQUIRES/M. J. MURPHY, “The Impact of Fast Track Construction...”, pp. 58-64; J. B. TIEDER/R.K. COX, “Construction Management...”, pp. 51-53

construcción, teniendo en cuenta que éste requiere una fragmentación del proyecto en fases con el fin de permitir el inicio de las obras conforme se termina la elaboración de los planos correspondientes a cada sección, son sin lugar a dudas las dos últimas, esto es, el contrato *design & build* y el contrato de *Project Manangement*<sup>57</sup>.

**57.** Pero, también, cabe recurrir a otro tipo de contrato especialmente idóneo para estructurar jurídicamente el método acelerado de construcción, el denominado *Frame Contract* o *contrato marco*. Éste, tradicionalmente utilizado en Holanda para la realización de grandes proyectos, permite a las partes, aunque el proyecto en su conjunto esté elaborado de forma vaga y genérica, establecer de forma detallada y precisa el mecanismo contractual,- en el que se incluye como parte esencial el sistema de determinación de precios-, al que deben ajustarse los demás contratos sucesivos que, posteriormente, se celebren para la ejecución de las distintas partes en las que ha quedado fraccionado el proyecto<sup>58</sup>.

**58.** No obstante, cuando el cliente decide utilizar el proceso acelerado de construcción, recurre generalmente a un contrato *design & build* en tanto que a través de éste se atribuye la responsabilidad por la concepción y la construcción de la obra así como la coordinación de todos los trabajos a una sola persona, evitándose de esta manera “la verdadera complicación de las relaciones contractuales (...) que (...) resulta de la atribución de las misiones de concepción y de ejecución a distintos participantes, unidos al cliente a través de contratos separados”.<sup>59</sup> Pero también sucede a la inversa, es decir, generalmente, el método *design & build* implica la utilización por parte del contratista del proceso acelerado de construcción por el control que éste ejerce sobre los planos y especificaciones de la obra. Tanto uno como otro son métodos de construcción por etapas o *Forms of Phased Construction*, también denominados, *Phased Delivery Strategy*, algo que explica su especial vinculación<sup>60</sup>.

### c) Project Management

**59.** Otro método al que puede recurrir el cliente, especialmente cuando decide realizar un proyecto complejo y de grandes dimensiones, es al denominado *Project Management*. Esta técnica, surgida en Estados Unidos en la década de los sesenta acuciada por la crisis sentida en el sector de la construcción y por la confianza que ya por entonces se profesaba a los métodos de dirección estrechamente vinculados a la Harvard Business School, ha sido objeto, al igual que otros métodos de construcción no convencionales, de transposición al ámbito del comercio internacional<sup>61</sup>.

**60.** El *Project Management* ofrece al cliente la posibilidad de atribuir las funciones de supervisión, dirección y coordinación del proyecto en su conjunto a una entidad, denominada *Project Manager*, que a través de sus servicios tiende a conseguir el máximo control y una consecuente reducción del tiempo y de los costes implicados en la ejecución de la obra. A través de este método, el cliente conser-

<sup>57</sup> Vid. F. CAHILL, “Drafting Contracts for Fast Track Projects...”, pp. 211 y 212.

<sup>58</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 280 y 281; J. J. GOUDSMIT, “Frame Contracts...”, pp.117 y 118.

<sup>59</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 279.

<sup>60</sup> Vid. R. D.CONNER, “Contracting for Construction Management Services”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 5 y ss., esp. p. 11; J. B. TIEDER/R. K. COX, “Construction Management...”, p. 44.

<sup>61</sup> Esta figura de origen norteamericano surgió en la década de los sesenta teniendo como telón de fondo un periodo de inflación persistente. Al igual que otros nuevos métodos organizativos de la construcción, entre los que se encuentra el sistema «*design & build*» o el «llave en mano», el *Project Management* vio condicionada su aparición por la necesidad imperante sentida en el sector de la construcción de adaptarse a las nuevas características del mercado, especialmente, a la naturaleza cada vez más amplia y compleja de los proyectos que quedaba automáticamente reflejada en un incremento inevitable del tiempo requerido para su ejecución y, consecuentemente, en un aumento del precio que quedaba a merced de los adversos efectos de la inflación y de los cambios fluctuantes de los tipos de interés. De ahí que todos estos métodos hayan surgido como métodos alternativos al sistema tradicional o convencional de construcción. Vid. M. F. LUNCH, “New Construction Methods...”, pp. 87 y 88; J. SWEET, “The Architectural Profession responds to Construction Management and Design-Build: The Spotlight on AIA Documents”, *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp.69 y ss.

va el control necesario sobre el proyecto pero limitando a su vez, y esta es la ventaja que le reporta, su participación diaria en el mismo<sup>62</sup>.

**61.** En relación al método tradicional o convencional, el *Project Management* supone la participación en el proceso de construcción de una cuarta persona, el *Project Manager*, que asume determinadas funciones que, habitualmente, se atribuyen, según los casos, al cliente, al ingeniero y/o al contratista. En este sentido, cabe afirmar que lo realmente novedoso de este método, no es tanto la misión que desempeña el *Project Manager* sino, más bien, la fusión de funciones en una sola persona que a través del mismo tiene lugar<sup>63</sup>.

**62.** En la práctica, son empresas especializadas de ingenieros consultores integradas por un equipo multidisciplinar las que generalmente actúan como *Projects Managers* gestionando el proyecto conforme a los plazos, calidad y costes exigidos por el cliente. En EE.UU, sin embargo, también pueden prestar este tipo de servicios los contratistas, los ingenieros e, incluso, el propio personal del cliente. En tales casos, debe prestarse especial atención no sólo al grado de especialización y cualificación requerida para actuar en calidad de *Project Manager* sino también a los posibles conflictos de intereses que pueden surgir como consecuencia de la asunción por una misma persona (ingeniero/arquitecto o contratista) de dos funciones distintas dentro de un mismo proyecto<sup>64</sup>. Esta misma situación explica que, en aquel país, existan, en función del sector profesional implicado, diferentes términos para designar este método de realización de proyectos. Aunque la expresión más arraigada sea la de *Construction Management*, frecuentemente, se utiliza también como sinónima la de *Project Management*, especialmente, cuando son los ingenieros los que prestan los mencionados servicios<sup>65</sup>. Sin embargo, en la *praxis* del comercio internacional no cabe establecer esta similitud por la mayor amplitud con la que ha quedado configurado el concepto de *Project Management*.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Vid. W R. SQUIRES/M.J. MURPHY, "The Impact of Fast Track Construction and Construction Management...", p. 65.

Bajo el término de *Project Management* se engloba una gama de servicios dirigidos, básicamente, a proporcionar una mayor eficacia organizativa al sector de la construcción. Ahora bien, la aparente claridad de este concepto resulta engañosa puesto que las diversas aplicaciones que éste recibe en la práctica, si bien confieren una amplia flexibilidad a esta figura, hacen muy difícil, por no decir imposible, la tarea de ofrecer una definición general y universalmente aceptada como tal. A ello contribuyen el hecho de que no exista una regulación legal al respecto ni unas condiciones generales aceptadas por los profesionales del sector y que, en la práctica, las partes implicadas desarrollen, frecuentemente, sus propios conceptos conforme negocian el contrato en función de las características del proyecto y de las necesidades del cliente que, generalmente, se traducen en parámetros tales como la finalidad del proyecto, el coste, la calidad y el tiempo. Sobre la inexistencia de una definición unánime coinciden la mayoría de los autores, *vid.*, *ad ex.*, R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", pp. 5 y 6 y pp. 9 y 11; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 416; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 83. Este último autor expresa muy gráficamente la falta de consenso en torno a la definición de esta figura al decir que: "*The one, and probably only, area of agreement regarding construction management is that there is no consensus as to what it is, what it ought to be, and how it should be applied*".

<sup>63</sup> Vid. S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 26; R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", p. 5; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. -391.

<sup>64</sup> En efecto, en EE.UU no existe una determinación definitiva sobre quién pueda ofertar este tipo de servicios. De tal forma que, en principio, estos pueden ser prestados indistintamente por el cliente, por el arquitecto o ingeniero o por empresas constructoras. En este sentido, cabe señalar que la ejecución de tales servicios por el cliente será un planteamiento muy deseable si éste tiene la organización y el personal con la experiencia necesaria. Por el contrario, cuando es un arquitecto, ingeniero o contratista el que actúa como *Project Manager*, el cliente deberá considerar cuidadosamente la capacidad de estos profesionales para proporcionar tales servicios junto a sus servicios normales de elaboración de planos, ingeniería o construcción, respectivamente, puesto que puede ser que un simple arquitecto, ingeniero o contratista no posea la pericia necesaria para suministrar de forma efectiva la actividad que implica el *Project Management*. De ahí que estén siendo las empresas especializadas en este sector, generalmente integradas por ingenieros consultores, las que de forma más fiable y con un mayor grado de profesionalidad y pericia en la materia, ofrezcan este tipo de servicios destinados a gestionar y controlar el desarrollo de todas o algunas de las fases del proyecto. *Vid.* S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 27; R. D. CONNER, "Contracting for Construction Management...", p. 8; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", pp. 86-91.

<sup>65</sup> Vid. M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 84.

<sup>66</sup> Teniendo en cuenta que esta figura surge como alternativa al tradicional contrato de construcción en el que las funciones de supervisión, coordinación, dirección y control son asumidas por los distintas partes implicadas en la construcción -el comitente o su representante, el arquitecto o ingeniero y, respecto a la subcontrata, generalmente, el contratista-, cabe afirmar que la novedad de la misma no estriba tanto en su contenido sino más bien en la atribución de esas funciones a una única y sola entidad, persona física

**63.** Bajo el término de *Project Management*, se engloba una gama muy variada de servicios dirigidos a proporcionar un mayor control sobre cada una de las fases del proyecto desde su inicio hasta su ejecución final. Aunque éstos pueden variar de un caso a otro, dependiendo de las características del proyecto en cuestión y de las necesidades concretas del cliente, cabe afirmar que el *Project Manager* asume siempre *dos funciones básicas*: por una parte, programar y gestionar el proyecto y por otra, coordinar todos los trabajos implicados en la realización de la obra *sin asumir ninguna participación en la ejecución material* de la misma. Junto a éstas, dentro del *Project Management* quedan incluidos otros servicios como: a) los *servicios de ingeniería* (realización de estudios de viabilidad económica, de financiación, de impacto medioambiental y/o de mercado, establecimiento de un sistema de control de mano de obra-programas-presupuesto-planos); b) la *tramitación del proyecto* (solicitud de autorizaciones administrativas necesarias para la construcción, preparación de los documentos de licitación y, en su caso, contratación en nombre y por cuenta del cliente de los contratistas especializados, control de materiales); c) *servicios de vigilancia y supervisión técnica* (valoración de los trabajos conforme a los planos, la mano de obra y los materiales, examen continuo de la calidad y cantidad de los trabajos y certificación de los mismos); d) de gestión de la construcción o *project construction management* (dirección de los trabajos de los contratistas, mediciones, control de materiales, protección y seguridad en el trabajo); y e) finalmente, también pueden proporcionarse *servicios de asistencia técnica* (formación de personal, asistencia en la puesta en funcionamiento).<sup>67</sup>

Aunque el *Project Manager* puede encargarse también de la concepción del proyecto, lo más habitual es que ésta corra a cargo de un ingeniero independiente que, entonces, actuará bajo las órdenes del primero, viendo así reducidas considerablemente sus funciones habituales. En tales casos, se requiere la colaboración de ambos tanto en la elaboración de la ingeniería de detalle (*value engineering*) como en la posible fragmentación del proyecto en fases (*fast track construction*).<sup>68</sup>

---

o jurídica, que intervendrá en todas o algunas de las fases del proyecto, asumiendo en cada una de ellas distintas obligaciones entre las que se encuentran las que, desde la antigüedad, integran lo que en un sentido estricto se denomina *construction management* o dirección de obra. Sobre esta distinción que diferencia los términos de *Project Manager* y *Construction Management*, *vid., ad ex.*, R. CONNER, "Contracting for Construction...", p. 5; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 391.

Conviene tener en cuenta, además, que al llevarse a cabo la transposición de esta figura en el ámbito del comercio internacional, se ha preferido el concepto de *Project Management* por ser empresas de ingenieros consultores o consejeros la que, principalmente, ofrecen estos servicios. Por eso, no es de extrañar que ni la escasa doctrina ni los contratos-tipo que existen al respecto no hagan referencia al término de *Construction Management* sino al de *Project Management*. *Id., ad ex.*, I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 416 y 417; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 389 y ss.

<sup>67</sup> Entre las funciones básicas que puede asumir el *Project Manager* en las distintas fases del proyecto cabe citar las siguientes:

A) *Fase del ante-proyecto*. En ésta, el *Project Manager* ofrece los servicios de un ingeniero consultor, es decir: a) realización de estudios de viabilidad económica (definición del proyecto, análisis del impacto medioambiental, comparación de sistemas alternativos para la fabricación de un determinado producto teniendo en cuenta el coste del proyecto y el del producto en el mercado, comparación de métodos de construcción así como de materiales de construcción que permitan una gran calidad al menor tiempo, etc...); b) asesoramiento en materia financiera en función de la complejidad del proyecto, fluctuaciones de los sistemas monetarios internacionales, inflación etc...; c) asesoramiento y consejo al cliente en la selección de los planos en caso de no ser proporcionados por el *Project Manager*, teniendo en cuenta la ingeniería conceptual o de base; d) obtención de información y, dado el caso, solicitud de las autorizaciones, que eventualmente puedan ser necesarias para la ejecución del contrato o contratos, a los órganos administrativos correspondientes.

B) Una vez aprobado el proyecto, se procede a la elaboración de la *ingeniería de detalle*, es decir a la división del proyecto en distintas áreas o partes especializadas (electricidad, aire acondicionado, sanitarios, etc...). Aquí la función del *Project Manager* es la de coordinar todos estos planos y la de realizar todos los actos inherentes a todo proceso de adjudicación pasando, finalmente, a la celebración de los contratos correspondientes, bien en su nombre y por cuenta propia, bien en nombre y por cuenta del cliente.

C) *En la fase de ejecución*, sus funciones serán las de elaboración del *planning*, coordinación de los trabajos de las demás partes contratantes, supervisión de las obras, certificaciones de pago, ordenes de modificación, etc...

D) Finalmente, puede también intervenir en la *fase de puesta en funcionamiento y mantenimiento del proyecto construido*, ofreciendo servicios de asistencia técnica tales como: preparación de manuales, selección del personal local, impartición de seminarios destinados a la formación del mismo etc.... A través de estas prestaciones, puede tener lugar una verdadera transferencia de tecnología, lo que entre otras razones, hace a esta figura muy atractiva para la realización de grandes proyectos en países en vías de desarrollo. Para una información más detallada sobre las funciones que puede desempeñar el *Project Manager* en las distintas fases del proyecto, *vid., ad ex.*, R.D. CONNER, "Contracting for Construction ...", pp. 6-8 y pp. 20 y 21; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", pp. 83-86; S. D. BYNUM, "Construction Management...", pp. 26 y 27.

<sup>68</sup> El *Project Manager*, como ya se ha señalado, centra su actividad generalmente en torno a proyectos complejos y de larga duración en los que asume, básicamente, las funciones u obligaciones de gestión, dirección, supervisión y coordinación

**64.** Desde el punto de vista jurídico, el *Project Management* implica generalmente la celebración de contratos separados entre el cliente y cada uno de los sujetos que intervienen en la ejecución del proyecto, -*Project Manager*, ingeniero, en su caso, y demás contratistas especializados-. No obstante, también cabe la posibilidad de que el cliente celebre un contrato con el *Project Manager* y, en su caso, otro con el ingeniero, delegando al primero la facultad de contratar a los contratistas necesarios para la fase de construcción de la obra.

En cualquier caso, mediante el *Project Management* el proyecto queda dividido en segmentos especializados, algo que unido a la estructura jurídica sobre la que descansa facilita el recurso al proceso acelerado o *fast track construction*.<sup>69</sup>

**65.** En virtud del contrato que le vincula al cliente, el *Project Manager* se obliga a prestar por cuenta o encargo de éste, todos o parte de los servicios anteriormente mencionados relativos a la gestión y coordinación del proyecto. Éste, además, está facultado generalmente para contratar en nombre y por cuenta del cliente todos los contratos necesarios para la ejecución de la obra (suministro de materiales, utillaje, construcción, etc...), siendo necesaria en estos casos la previa autorización escrita del cliente.

Es importante tener en cuenta que, el *Project Manager* no asume responsabilidad alguna frente al cliente por las partes de obra que no hayan sido proyectadas por él o bajo su responsabilidad, salvo que ésta se derive, claro está, de las decisiones adoptadas y las instrucciones dadas por éste en la ejecución de sus propios servicios. Precisamente es esta limitación de responsabilidad, la que permite distinguir al *Project Manager*, cuando asume junto a sus funciones de gestión, dirección y coordinación, la concepción de la obra y se encarga de contratar a los contratistas especializados, del contratista «llave en mano». A diferencia de éste último, el *Project Manager* no actúa como contratista sino como mandatario del cliente (*agent*), y no asume, en ningún caso, la responsabilidad global inherente a todo contrato de construcción «llave en mano». La mayor garantía que en la práctica ofrece el *project manager* al cliente es la denominada *guaranteed maximum price* (GMP), es decir, aquella en virtud de la cual éste se compromete a que el coste del proyecto no sobrepase la cantidad determinada inicialmente en el contrato, siendo responsable de cualquier exceso de la mencionada cantidad.<sup>70</sup>

d) Los contratos «*design & build*», «producto en mano» y «mercado en mano».

**66.** Los agentes económicos implicados en el sector de la construcción internacional, haciendo uso de la libertad de contratación, han ido creando y adaptando a sus propias necesidades diferentes fórmulas contractuales que, aunque difieren en cuanto a su contenido, tienen como punto en común fusionar en una sola persona las prestaciones inherentes a toda operación de construcción, -la concepción y la ejecución de la obra-, a través de un único contrato. Dentro de estas figuras contractuales, se incluyen, entre otras, los contratos «*design & build*», los contratos «llave en mano», los contratos «producto en mano» y los contratos «mercado en mano», que en este mismo orden sucesivo suponen una ampliación progresiva de las obligaciones asumidas por el contratista.

---

de todos los trabajos implicados en la construcción desde la fase inicial hasta la final. De esta manera, se consigue un mayor control y una consiguiente reducción del tiempo y de los costes en beneficio, siempre, del cliente. De ahí que no sea aconsejable su participación en la concepción, especialmente en la elaboración de los planos, ni en la ejecución ni en el suministro de materiales y/o equipos, por el conflicto de intereses que podría originarse así como por la extensión de responsabilidad que tales tareas llevaría consigo. Basta pensar en el supuesto en que el *Product Manager* que ha intervenido en la fase del ante-proyecto y elaboración de los planos, participe también en la ejecución de parte de las obras, para darse cuenta de la relativa imparcialidad con la que desempeñaría su deber de diligencia y consejo técnico. Vid. M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 88.

<sup>69</sup> Vid. S. D. BYNUM, "Construction Management...", p. 26

<sup>70</sup> Generalmente, los servicios del *Project Manager* se remuneran a través de un honorario o cuota fija, algo que, en cierta medida influye en la calificación jurídica de su contrato con el cliente como un contrato de mandato. No obstante, cabe la posibilidad de que el PM además de recibir a cambio de sus servicios un honorario, se comprometa a garantizar que el coste del proyecto no excederá de una determinada cantidad respondiendo, en su caso, de los costes sobrepasados. En este sentido, incluso se ha llegado a establecer una clasificación de los contratos de *Project Management* según incorporen o no una *Guaranteed Maximum Price*. Vid. R. D. CONNER, "Contracting for Construction...", p. 9; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 399; M. F. LUNCH, "New Construction Methods...", p. 85.

67. Así, mediante el contrato «*design & build*», que del Derecho anglosajón ha pasado a adquirir en el ámbito internacional sustantividad propia, el contratista se obliga a concebir y ejecutar el proyecto industrial conforme a las necesidades y exigencias del cliente. Las prestaciones que se derivan, por tanto, de este contrato se circunscriben a la operación de construcción propiamente dicha. No se incluyen dentro de su contenido, como en el caso de los contratos «llave en mano», obligaciones ajenas a la misma como la puesta en funcionamiento de la instalación o la formación de personal. Partiendo de esta diferencia de contenido existente entre ambos contratos, cabe afirmar que mientras un contrato «*design & build*» no puede equipararse nunca a un contrato «llave en mano», éste sin embargo engloba siempre las obligaciones derivadas del primero<sup>71</sup>. Algo que, por otra parte, es lógico si se tiene en cuenta que, en el ámbito internacional, el contrato «*design & build*» ha servido de base a la configuración de los contratos internacionales de construcción «llave en mano», al igual que éstos han sido el punto de referencia para la creación de otras figuras contractuales como son el contrato «producto en mano» y el contrato «mercado en mano».

68. Estos dos últimos contratos, surgidos también en la práctica comercial, han sido especialmente promovidos por los países en vías de desarrollo ante la sentida necesidad de paliar las deficiencias derivadas de los contratos «llave en mano» como instrumento puesto al servicio del desarrollo. En efecto, en la década de los setenta y teniendo como telón de fondo el *Nuevo Orden Económico Internacional*, determinados países vieron en los contratos «llave en mano» un medio jurídico idóneo para establecer los cimientos de una infraestructura industrial sin que fuese necesario a tal fin poseer previamente unos conocimientos y una capacidad técnica determinada<sup>72</sup>.

69. No obstante, la práctica y la experiencia se han encargado de poner en evidencia, con el paso del tiempo, que la falta de desarrollo tecnológico por parte del cliente impide alcanzar este objetivo a través de los contratos «llave en mano». Algo que, por otra parte, no debe sorprender si se tiene en cuenta que el verdadero objeto de los contratos «llave en mano» no es la iniciación tecnológica o industrial del cliente sino la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una planta industrial determinada, y ello, con independencia de que el contrato contenga obligaciones sobre asistencia técnica y/o de formación de personal puesto que, en ningún caso, se garantiza un resultado sobre las mismas<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 284-293.

<sup>72</sup> Vid. G. FEUER/H. HASSAN, *Droit international...*, p. 361.

<sup>73</sup> El fracaso de los contratos «llave en mano» en la consecución de este concreto objetivo de los países en vías de desarrollo -adquisición de una capacidad tecnológica propia- se ha observado tanto en los denominados por la doctrina contratos «llave en mano» clásicos como en los contratos «llave en mano» amplios. En los primeros, la transferencia de tecnología puede tener lugar en tres momentos de la vida del contrato: 1º) en la fase de concepción del proyecto, puesto que los conocimientos técnicos transmitidos al receptor a través de una serie de documentos (planos, instrucciones, dibujos, etc...) pueden serle de una gran utilidad para proyectos futuros, siempre y cuando, este último esté en condiciones de poder explotarlos, circunstancia esta que habitualmente no reúnen los países en vías de desarrollo; 2º) antes de la recepción provisional de la obra, en tanto que el contratista se compromete a garantizar al cliente a través de la realización de una serie de pruebas tanto la calidad de los bienes de equipo y maquinaria antes de ser expedidos como su correcto funcionamiento a pie de obra, y asimismo, se compromete, durante un lapso de tiempo que suele cambiar de un contrato a otro, a garantizar que la planta industrial construida puede producir efectivamente las cantidades y calidades previstas en el contrato; 3º) desde la recepción provisional hasta la definitiva, el contratista se limita a ofrecer una garantía mecánica de la planta construida, de tal forma que cabe considerar legítimamente que el contratista «llave en mano» cumple con sus obligaciones contractuales incluso si al día siguiente de la recepción provisional, el cliente es incapaz de explotar su fábrica. En los denominados contratos «llave en mano» amplios, en los que se incorpora una obligación de asistencia técnica en materia de formación de personal y explotación de la planta industrial o fábrica correspondiente, el mecanismo de garantías del contratista frente al cliente permanece inalterado, y ello, por la simple razón de que estas prestaciones inmateriales ocupan un lugar marginal en el contrato. En efecto, su ejecución tiene lugar tras la recepción provisional, momento éste en que el contratista no ofrece ninguna garantía de resultado sino que se limita a cumplir con el número de horas previsto según el programa preestablecido en el contrato. Además, el precio de las mismas no se incluye en el precio alzado del contrato. De ahí que pueda afirmarse que la presencia de prestaciones de asistencia técnica no altera la concepción tradicional del contrato «llave en mano» y que en los casos de incompetencia técnica del cliente, estos contratos resultan inadecuados para alcanzar los objetivos de los países en vías de desarrollo. Vid. J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 439-442; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 107 y 108; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 57-60.

70. Ahora bien, esto no significa que a través de los contratos «llave en mano» no se transfiera tecnología, -ésta tiene lugar a través de la elaboración de la ingeniería de base y de detalle, la documentación técnica necesaria para el funcionamiento de la instalación y, en su caso, a través de la formación del personal local *in situ* o en el establecimiento del contratista-, sino más bien que éstos resultan inadecuados en los casos de incompetencia tecnológica del receptor, pudiéndose afirmar en este sentido, que “sólo las empresas que están en posición de asimilar la tecnología incluida en la operación pueden hacer de este tipo de contratos un medio de adquisición del *savoir technique*”<sup>74</sup>. De ahí que, los países en vías de desarrollo, en su afán por alcanzar sus objetivos económicos, hayan ideado otras fórmulas contractuales como el «producto en mano» y el «mercado en mano», tomando como referencia el contrato «llave en mano» pero adaptándolo a sus propias necesidades.

71. De los contratos «*producto en mano*», que surgen en el contexto internacional como una concretización del *Nuevo Orden Económico Internacional*, se ha llegado a decir que representan “una reivindicación política de una transferencia completa y efectiva de tecnología”<sup>75</sup>. Esto explica que su objeto principal sea la transferencia de los conocimientos y de la capacidad técnica necesaria para explotar una unidad industrial<sup>76</sup>.

A través de ellos, el contratista se obliga frente al cliente no sólo a concebir, ejecutar y entregar en funcionamiento una determinada instalación industrial sino también a garantizar una producción específica, en cantidad, precio y calidad, con personal local que él mismo previamente ha formado. El contrato «producto en mano» engloba, por tanto, dos operaciones esenciales: por una parte, la concepción y construcción de una unidad industrial, y por otra, la transferencia de la capacidad tecnológica necesaria para su explotación<sup>77</sup>.

72. Es, precisamente, esta responsabilidad del contratista por alcanzar una determinada producción con dotación local, la que los diferencia de los contratos «llave en mano» en tanto que ésta sólo se extingue cuando la instalación se hace operativa con personal local del cliente. En el contrato «producto en mano», las prestaciones específicas de asistencia técnica y formación de personal quedan configuradas como verdaderas obligaciones principales, razón que explica que éstos se adapten mejor que los contratos «llave en mano» a las necesidades de los países en vías de desarrollo<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Vid. J. JEHL, *Le commerce international...*, p. 442.

<sup>75</sup> Vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, pp. 362 y 363; PH. KAHN, “L’essor du non-droit...”, p. 242; *id.*, “État du droit...”, p. 107; J. JEHL, *Le commerce international...*, p. 443.

<sup>76</sup> Vid. R. BERMEJO, *Vers un nouvel ordre...*, p. 370; J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 442-444.

<sup>77</sup> Vid. M. BUBISSON, *La négociation des marches...*, p. 176; I. DÜNNWEBER, *Vertrag zur Erstellung einer Schlüsselfertigen Industrieanlage...*, p. 11; J. JEHL, *Le commerce international...*, p. 445; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 83; J. SCHAPIRA, “Les contrats internationaux...”, p. 34.

<sup>78</sup> En los contratos «producto en mano», la transferencia de tecnología tiene lugar a través de tres fases sucesivas: en el momento de la recepción definitiva, en el periodo de gestión inicial y en la fase de recepción de fin de gestión. A diferencia de lo que sucede en los contratos «llave en mano», la recepción provisional deja de ser el momento en que se aprecia el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en su lugar, se comprueba, por parte del personal del contratista, la capacidad técnica y mecánica de la fábrica construida. El momento más importante en los contratos «producto en mano», a efectos de responsabilidad jurídica, es el de la recepción definitiva pues en él se verifica la capacidad de funcionamiento de la unidad industrial con personal local y, además, se inicia el periodo de garantía de la obligación de formación y asistencia técnica asumida por el contratista. Durante el periodo de gestión inicial, cuya duración varía de unos contratos a otros, el personal del cliente ha de alcanzar los resultados acordados contractualmente. Finalmente, la fase de recepción de fin de gestión tiene lugar cuando el personal local puede por sí mismo asegurar el funcionamiento de la fábrica, verificándose de esta manera, que ha tenido lugar una efectiva transmisión de la capacidad tecnológica necesaria para la explotación de la unidad industrial correspondiente.

Los contratos «producto en mano» aportan, indudablemente, a los países en vías de desarrollo mayores garantías de producción y formación de personal que los contratos «llave en mano», pero encuentran también mayores obstáculos en la práctica para poder llevarse a cabo. Baste pensar en la dificultad de encontrar, en la actualidad, una empresa que pueda asumir obligaciones de tan magna amplitud y relevancia, y, aunque fuese así, resulta cuanto menos legítimo dudar de que la celebración de este tipo de contratos fuese compatible con cualquier política empresarial. Esto explica que, en la práctica, este tipo de contratos estén siendo utilizados en el ámbito de tecnologías de base -cementos, confituras, etc...- pero no, en el de tecnologías avanzadas. Vid. J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 442-448; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, pp. 108-110; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 45 y pp. 60-70; J. SHAPIRA, “Les contrats internationaux...”, pp. 32-37.

73. No obstante, los considerables riesgos que bajo los contratos «producto en mano» ha de asumir el contratista, entre ellos, no sólo los derivados de sus propios conocimientos técnicos sino también los derivados de los conocimientos técnicos del cliente, conducen en la práctica o bien a limitar su utilización al ámbito de tecnologías poco sofisticadas, o bien a ser utilizados por grandes empresas multinacionales con el riesgo añadido, en este último caso, de que éstos se conviertan en un instrumento de integración empresarial, algo que, por lo demás, truncaría el objeto principal del contrato «producto en mano»: la adquisición de independencia tecnológica<sup>79</sup>.

74. Finalmente, existen también otro tipo de contratos, los contratos «mercado en mano», en los que el contratista «llave en mano» asume, a su vez, la obligación o de comercializar los productos derivados de la instalación industrial o de comprar todos o parte de los mismos<sup>80</sup>.

75. Estos contratos forman parte del denominado comercio compensatorio o *countertrade*. Bajo esté término se engloba en el ámbito internacional toda una gama de actividades de comercio recíproco que tienen en común vincular dos transacciones comerciales: una, de exportación y otra, de importación en las que cada una de las partes en ellas implicadas actúa tanto de comprador como de vendedor. Una de las finalidades fundamentales que persigue el *countertrade* es la de permitir a determinados países, especialmente, aquellos en vías de desarrollo con monedas no convertibles, escasez de divisas y considerablemente endeudados, que financien sus importaciones a través de exportaciones y mantengan equilibrada, de esta forma, su balanza de pagos<sup>81</sup>.

76. Entre las principales formas de compensación internacional cabe citar las siguientes: a) La *permuta* o *barter*, que se presenta como la forma más sencilla de comercio de compensación puesto que ambas transacciones, de exportación e importación, se contienen en un único contrato de ejecución simultánea sin que intervenga, por tanto, ninguna cantidad de dinero efectivo. Ésta fórmula es de gran utilidad para aquellos países que hayan agotado su reserva de divisas y que no tengan acceso a facilidades de crédito. No obstante, este tipo de operación sólo se podrá llevar a cabo cuando coincidan en calidad y cantidad los productos ofertados y demandados por cada una de las partes contratantes. b) La *compra-compensatoria* o *counter-purchase*. En este tipo de acuerdos, el exportador vende productos o suministra servicios y accede mediante otro contrato a realizar compras recíprocas en un país determinado. Consiste, por tanto, en dos contratos paralelos pero separados, uno de venta y otro de compra, vinculados por un protocolo y sometidos a condición suspensiva. A diferencia de la compensación industrial y la «recompra», las mercancías intercambiadas en virtud de esta dos operaciones no tienen por que guardar ninguna relación. c) La *compensación industrial* o *buy-back*, se utiliza generalmente, en la realización de proyectos a gran escala -transferencia de tecnología o construcción de plantas industriales-, e implican la obligación por parte del vendedor o suministrador de comprar parte de los productos resultantes. Suelen concluirse sobre la base de contratos «llave en mano» y «producto en mano». d) La *contrapartida* u *offset*, en la que se incluyen los *contratos de co-producción* en virtud de los cuales una empresa privada participa en la realización de un proyecto industrial en un país determinado, bien suministrando bienes que tendrán que ser incorporados en el producto final vendido al país comprador (empresa privada), o bien colaborando en la fabricación y *marketing* de los productos, algunos de los cuales serán vendidos a la empresa participante. En este tipo de acuerdos es frecuente la creación de una *joint-venture* o empresa conjunta. También forman parte de este tipo de compensación, los denominados *clearings* y *switches*.

<sup>79</sup> Vid. G. FEUER/H. CASSAN, *Droit international...*, p. 363; J. JEHL, *Le commerce international...*, p. 448.

<sup>80</sup> Vid. J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, p. 48; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'endebles industriels...*, p. 113; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, p. 275.

<sup>81</sup> Vid. R. F. BERTRANS, "Countertrade and the Third World", en Aa.Vv., *International Law and Development*, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 213 y ss.; J. DELACOLLETTE, *Les contrats...*, pp. 82-84; A. FRIGNANI, "Countertrade", en *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-Out, Hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-How*, Torino, 1993, pp. 429 y ss.; M<sup>a</sup> J. MENENDEZ ARIAS, "El comercio compensatorio internacional (countertrade)", *Derecho de los Negocios*, 1994, pp. 25 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, "Countertrade", *J. Bus. L.*, 1985, pp. 115 y ss; S. YOUNG y otros, *Penetración y desarrollo...*, pp. 314-326.

Los primeros son aquellos acuerdos bilaterales intergubernamentales que tienden a mantener equilibrada tanto la balanza bilateral comercial como la balanza de pagos, evitando el uso de moneda extranjera. Los segundos, son fruto de acuerdos bilaterales desequilibrados, cuyos excedentes van a ser compensados a través del recurso del exportador-comprador (deudor en la primera relación, acreedor en la segunda) contra un tercer país deudor de similares o iguales mercancías, en base a otro acuerdo *clearing*.

77. Los inconvenientes que en la práctica encuentran los contratos «mercado en mano», especialmente, la negativa de las compañías de seguros a la exportación de financiar operaciones no pagadas por completo en divisas o la dificultad de distribución de los productos por falta de especialización en la materia y, consecuentemente, el consiguiente recurso a una empresa especializada, hacen más aconsejable la celebración de dos contratos separados: un contrato «llave en mano» para la construcción de la instalación industrial y otro para la comercialización de los productos de ella derivados que, generalmente, adquirirá la forma de un acuerdo de compensación industrial o *buy-back*<sup>82</sup>.

e) La cláusula «llave en mano»

78. En el *Common Law*, a diferencia de lo que sucede en el Derecho continental, se desconoce la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Este hecho unido a la innegable influencia ejercida por el Derecho anglosajón en la configuración de los contratos internacionales de construcción, explica que sea frecuente encontrar en éstos una cláusula, denominada cláusula «llave en mano»<sup>83</sup>, que tiene por objeto establecer que el contratista se compromete frente al cliente a alcanzar un resultado determinado y que, por tanto, está obligado a realizar todo lo que sea necesario aunque no esté expresamente indicado en el contrato<sup>84</sup>.

79. En los contratos «llave en mano» este tipo de cláusulas, que pese a su denominación no son exclusivas de los contratos «llave en mano», cumplen además una función complementaria: sirven para precisar la descripción tan genérica que del proyecto presenta el contratista al cliente al iniciarse el contrato<sup>85</sup>. De esta manera, se intentan evitar los posibles litigios que puedan derivarse de la asunción o no por parte del contratista de determinadas obligaciones cuyo carácter no siempre va a estar muy claro<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 115.

<sup>83</sup> La cláusula «llave en mano» puede encontrarse en algunos contratos redactada bajo la siguiente forma: "Contractor's obligations under this contract shall be performed on a turnkey basis. Consequently all items of the works, equipment and plant not expressly provided in the contractual documents and specifications, but which are required for an appropriate, efficient, stable and/or safe erection, operation and maintenance of the works, the fulfillment of the contractor's guarantees, and/or other undertakings shall be executed by contractor, and be considered as included and covered by the lump sum price, as though same have been expressly stated in the contract", (vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 85).

<sup>84</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 85-87; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 282 y 283.

<sup>85</sup> En este sentido, la *Guía Jurídica CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* establece que: "en el caso de un contrato «llave en mano» (...) la descripción general del objetivo de la construcción puede complementarse con una disposición contractual adicional que obligue al contratista a efectuar cualquier prestación relacionada con la construcción que, aunque no se haya descrito concretamente, resulte necesaria o habitual, teniendo en cuenta la capacidad de producción de la instalación que se haya convenido" (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Jurídica...*, New York, 1988. p. 57).

<sup>86</sup> Del contrato «llave en mano» se deriva para el contratista una obligación de resultado que tiene por objeto la coordinación y ejecución global del conjunto de prestaciones que hagan posible su consecución -la instalación y puesta en funcionamiento de la instalación industrial-, y que es consecuencia de la calidad de proyectista asumida por el mismo en este tipo de contratos (vid. L. COSTET, "Les contrats...", p. 562). No obstante, conviene precisar que estamos en presencia de un contrato atípico, cuyo régimen jurídico deberá ser determinado teniendo en cuenta no sólo las particularidades del mismo -aspectos financieros, económicos y políticos- sino también la regulación legal de las figuras contractuales a las que se aproxima -básicamente, contrato de ingeniería (engineering)/contrato de obra o empresa-. De igual modo y con el mismo fin, sería conveniente no perder de vista la distinción doctrinal, respaldada hoy en día jurisprudencialmente por la mayoría de los sistemas de Derecho civil comparado, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, dadas sus importantes consecuencias en materia de imputación de responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación así como respecto a la carga de la prueba, y que encuentra en este terreno, esto es, en la determinación del régimen jurídico de los contratos atípicos, un ámbito de aplicación potencial.

**80.** Aunque esta cláusula «llave en mano» no puede considerarse como un elemento esencial del contrato, es aconsejable su inclusión en el mismo por proporcionar un mayor grado de seguridad y certeza jurídica tanto a las partes contratantes como a los órganos jurisdiccionales o arbitrales encargados de resolver las posibles controversias derivadas del contrato<sup>87</sup>.

#### f) Los proyectos BOT

**81.** La fórmula BOT (*Build-Operate and Transfer*) también conocida con las siglas BOOT (*Build-Own-Operate and Transfer*), es una nueva técnica de financiación de proyectos (*Project Financing*), especialmente de infraestructuras u obras públicas -puentes, túneles, autopistas, etc...- a través de la cual el sector público, desde no hace mucho tiempo a esta parte, viene desplazando hacia el sector privado una actividad de la que tradicionalmente venía haciéndose cargo recurriendo a sus propios fondos. Esta privatización se ha visto potenciada por la recesión económica iniciada ya en la década de los ochenta así como por la consecuente necesidad de los distintos Estados de reducir el déficit público y la dificultad de reactivar el sector de la construcción<sup>88</sup>.

A diferencia de las financiaciones clásicas de inversión, en las que la realización de la operación se aprecia respecto a la solvencia y a la salud financiera de la empresa beneficiaria del crédito, los proyectos BOT constituyen “una operación en la que los créditos y el conjunto de los recursos negociados están asegurados por los *cash flows* derivados del mismo proyecto”<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> El contrato «llave en mano» es uno de esos contratos en los que, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia francesa, junto a las obligaciones principales -en este caso, las de concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una determinada instalación industrial- pueden distinguirse obligaciones accesorias de medios y/o de resultado, que complementan el contenido contractual expresamente pactado. Afirmación esta que no sería más que una consecuencia lógica de la aplicación, en el caso del Derecho español, del art. 1258 Cc., y por citar otro ejemplo, el de su homólogo francés, el art. 1.135 *Code Civile*. En este sentido, puede afirmarse que la cláusula «llave en mano» vendría por una parte, a reflejar expresamente en el contrato esta prolongación de su contenido, por lo demás, prevista en los textos legales, y por otra, a reforzar la naturaleza de la obligación global de resultado asumida por el contratista dependiendo, en última instancia, su inclusión en el contrato del posible ejercicio que hagan las partes de la autonomía de la voluntad.

En los sistemas de Derecho anglosajón, sin embargo, la introducción en el contrato de una cláusula «llave en mano» tiene por objetivo principal establecer de manera expresa, ante la ausencia de una categoría jurídica similar a una obligación de resultado, todas las prestaciones y responsabilidades a las que queda sometido el contratista puesto que, en su defecto, sólo queda el recurso a la interpretación de la voluntad de las partes (*vid. A. BRABANT, Le contrat international...*, pp. 86 y 87). Esto explica, como ya ha señalado parte de la doctrina, que la cláusula «llave en mano» pueda encontrarse en cualquier contrato de construcción que no sea necesariamente un contrato «llave en mano» puesto que, en última instancia, a lo que se hace referencia es a una obligación de resultado. *Vid. P. GLAVINIS, Le contrat international ...*, p. 282.

<sup>88</sup> Entre los factores que han influido en este proceso de privatización y, consecuentemente, en la creación de esta nueva técnica de financiación de proyectos cabe señalar: la crisis generalizada del sector de la construcción y del mercado de los bienes de equipo como consecuencia de la recesión económica iniciada en la década de los ochenta; la dificultad de los gobiernos de atender las demandas de su industria local y el deseo de los mismos de hacer partícipes en la financiación de tales proyectos al sector privado, algo que ya venía siendo frecuente en los países anglosajones, especialmente, en U.S.A. y Reino Unido. Por otro lado, también ha influido en la evolución y multiplicación de este tipo de financiación de proyectos la mejora experimentada por determinados países en desarrollo, como Asia y Latinoamérica, cuyo incremento en la calidad del nivel de vida ha ido aparejado de un aumento de las necesidades en materia de infraestructuras.

Sobre los proyectos BOT, *vid.*, J. D. APPIAH, “Infrastructure Projects: BOT Projects Developed Country Structuring”, *Int. Bus. Law.*, 1991, pp. 206 y ss.; E. COULOMB, “Financement de projets: le vent en poupe”, *Banque*, 1995, pp. 64 y ss.; U. DRAETTA, “Il Project Financing nella prassi del commercio internazionale”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 495 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 252 y ss.; D. LAMETHE, “Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d’investissement”, *JDI*, 1998, pp.45 y ss.; A. MERNA/H. PAYNE/N. J. SMITH, “Benefits of a Structure Concession Agreement for Build-Own-Operate-Transfer («BOOT») Projects”, *ICLR*, 1990, pp. 32 y ss.; F. NICKLISCH, “The BOT Model-The Contractors Role as Builder-Contract Structure, Risk Allocation and Risk Management”, *ICLR*, 1992, pp. 425 y ss.; K. R. NIELSEN, “Trends and Evolving Risks in Design-Build, BOT and BOOT Projects”, *ICLR*, 1997, pp. 188 y ss.; N. PRITCHRD, “Operating and Maintenance Agreements - The Poor Relation Amongst Project”, *ICLR*, 1996, pp. 291 y ss.; J. SCRIVEN, “A Banking Perspective on Construction Risks in BOT Schemes”, *ICLR*, 1994, pp. 313 y ss.; S.W. STEIN, “Build-Operate-Transfer (BOT). A Re-evaluation” *ICLR*, 1994, pp. 101 y ss.; P. TERRILE, “L’azione dell’UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer Project Financing”, *Dir. com. int.*, 1995, pp. 361 y ss.; G. VERVENIOTIS, “The Concession Agreement (BOT) Legislation-Recent Developments”, *ICLR*, 1994, pp. 55 y ss.; G. VINTER, *Project Finance*, 2ª ed., London, 1997; CL. VISCO, “Il Project Finance e le convenzioni arbitrali”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 131 y ss.; CH. WALKER/A. SMITH, *Privatised infrastructure: the BOT approach*, London, 1995; G. WESTRING, “Arlandabanan-A Swedish Experiment in Selecting a BOT Contractor Using Public Procurement Procedures”, *ICLR*, 1997, pp. 151 y ss.

<sup>89</sup> *Vid. E. COULOMB, “Financement de projets...”* p. 65.

**82.** Esta nueva técnica de financiación está siendo utilizada básicamente para la realización de *proyectos de naturaleza comercial o proyectos productivos*, es decir, aquellos cuya financiación recae en última instancia sobre los destinatarios finales de los mismos, que pueden ser o bien los consumidores del producto derivado de la unidad industrial, o bien los usuarios del servicio ofrecido por el complejo construido<sup>90</sup>.

**83.** Aunque el BOT está adquiriendo una gran difusión en el ámbito de los *proyectos de infraestructuras*, sobre todo en los países industrializados, concretamente entre los países miembros de la OCDE -baste citar, como ejemplos, el canal del Danubio, el *Great Belt Bridge* de Dinamarca, los túneles a través de los Alpes Suizos o el túnel bajo el Canal de la Mancha- no se limita exclusivamente a los mismos sino que se extiende también a los *proyectos de ingeniería industrial y de servicios públicos* -alcantarillado, instalaciones de gas, etc...- encontrando en el comercio internacional como utilitarios potenciales a los países menos desarrollados y muy especialmente a los «renovados» países del Este<sup>91</sup>.

**84.** La compleja y sofisticada estructura jurídica de los proyectos BOT se sustenta sobre dos pilares básicos: por una parte, la creación *ex novo* de una entidad, denominada *Project Company* y por otra, la celebración de un contrato de concesión (*Implementation Agreement o Concession Agreement*).

- a) *La constitución de la Project Company* tiene lugar una vez que el Estado interesado en la realización de un proyecto BOT, ha seleccionado a través de un concurso público a las empresas cuyas ofertas sobre financiación, construcción y explotación han resultado ser las más ventajosas. En el capital de esta nueva empresa, generalmente una empresa conjunta, que goza de personalidad jurídica propia y que actúa como concesionaria, suelen participar otros sujetos como inversores independientes, organizaciones internacionales de desarrollo e, incluso, el mismo Estado, si bien es cierto que la aportación de éste último suele ser minoritaria.
- b) A través del *contrato de concesión*, la entidad concesionaria se obliga a financiar, construir y explotar la obra durante el periodo de concesión acordado, que ha de ser el suficiente para cubrir costes y beneficios, y finalmente transferirla al beneficiario final, esto es, al Estado. Este acuerdo de concesión constituye la pieza clave de los proyectos BOT puesto que, en él, no sólo se establecen las relaciones de base entre la entidad concedente y la entidad concesionaria, -tales como la duración de la concesión, el precio y el método de determinar el pago de los productos finales, las condiciones relativas a las modalidades de gestión, explotación y manutención así como las condiciones relativas a la transferencia de propiedad-, sino que también se perfila el marco jurídico en el que deberán desenvolverse el resto de las relaciones jurídicas consecuencia de su propia aplicación, especialmente, los acuerdos de financiación y los contratos de construcción y explotación<sup>92</sup>.

**85.** Esto explica que cierto sector de la doctrina haya propuesto la elaboración de un contrato modelo o *standard* relativo al acuerdo de concesión sobre el que se basa todo proyecto BOT<sup>93</sup>. Haciéndose eco de estas propuestas, la UNIDO (*United Nations Industrial Development Organization*) ha elaborado una guía, *Guidelines for the Development, Negotiating and Contracting of BOT Projects* (1996). Pero, su carácter tan general ha alentado en el seno de otra organización internacional, la UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), el desarrollo de otros trabajos complementarios que contemplan aspectos más específicos y problemáticos de los proyectos BOT. De ahí que la atención se haya centrado en aspectos tales como los parámetros generales que deben de inspirar las legislaciones nacionales sobre la materia, los procedimientos de adjudicación de la concesión y la negociación de los instrumentos contractuales que integran esta compleja operación, con especial referencia al contrato o acuerdo de concesión<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Vid. J. D. APPIAH, "Infraestructure Projects...", p. 206; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 256 y 257.

<sup>91</sup> Vid. R. A. SHADBOLT, "Contracting for construction projects with the U.S.S.R.", *ICLR*, 1990, pp. 379 y ss., esp. p. 385.

<sup>92</sup> Vid. C. VISCO, "Il Project Finance...", pp. 133-141.

<sup>93</sup> Vid. A. MERNA/H. PAYNE/N.J. SMITH, "Benefits of a structured Concession Agreement...", pp.33 y ss.

<sup>94</sup> Vid. UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, 2001.

**86.** En determinadas ocasiones, cuando son varios los Estados interesados o al menos implicados en la realización de una obra ubicada en una zona transfronteriza, se hace necesaria, como requisito previo a la conclusión del contrato de concesión, la celebración de un tratado internacional de carácter bilateral o multilateral, según el número de Estados implicados, en el que éstos manifiesten su autorización y su voluntad de cooperar en la ejecución del proyecto en cuestión y en el que se establezca un régimen jurídico básico en materia de competencia territorial. Por regla general, estos convenios prevén la creación de un órgano intergubernamental al que se le confiere la misión de velar por el buen desarrollo de la operación<sup>95</sup>. Como ejemplos, cabe citar el Tratado de 1986 celebrado entre Francia y Gran Bretaña relativo a la construcción del Túnel bajo el Canal de la Mancha<sup>96</sup> o, el Acuerdo entre España y Francia para la construcción de un puente sobre el río Major<sup>97</sup>.

**87.** Una vez celebrado el contrato de concesión, la empresa concesionaria ha de hacer frente a cuatro operaciones esenciales en todo proyecto BOT. Por una parte, ha de buscar *financiación con cargo al proyecto*, es decir, aquella que se concierta con las entidades bancarias con el objeto de cubrir los gastos de construcción de la obra y realizar la inversión necesaria para iniciar la explotación. Se trata de una financiación limitada que en ningún caso cubre todo el proyecto y cuya concesión ésta condicionada por la capacidad de autofinanciación y rentabilidad de la obra a realizar, capacidad que debe quedar debidamente justificada en los estudios de viabilidad económica y financiera presentados por la entidad concesionaria a la entidad bancaria correspondiente<sup>98</sup>. Por otra parte, debe hacerse cargo de la *construcción* de la obra, de su *explotación* y, finalmente, de la *transferencia de la propiedad*, que no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del periodo de concesión sino que puede tener lugar con anterioridad al mismo<sup>99</sup>.

**88.** En los proyectos BOT, la construcción de la obra se lleva a cabo generalmente sobre la base de un contrato «llave en mano» a precio alzado, en virtud del cual el contratista responde frente al cliente de la concepción, la ejecución y la puesta en funcionamiento de la obra en cuestión. No obstante, el hecho de quedar integrado en un proyecto heterogéneo mucho más amplio le confiere al contrato «llave en mano» unas *características peculiares*. Así, respecto a las partes contratantes intervienen de un lado, como cliente, la entidad concesionaria y, de otro, el contratista, generalmente un grupo de empresas extranjeras y locales con participación en el capital de la primera. Ahora bien, esta doble condición del contratista «llave en mano» -de contratista y de cliente al mismo tiempo- lleva aparejado un inevitable conflicto de intereses, cuya falta de previsión está predestinado a crear ineludibles litigios, especialmente en materia de responsabilidad por costes adicionales<sup>100</sup>. Por otra parte, y respecto al objeto del contrato, éste debe de adaptarse a

<sup>95</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 435 y ss., esp. pp. 438-443.

<sup>96</sup> Vid. *Traité entre la République Française et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-manche*, JDI, 1988, pp. 207 y ss.

<sup>97</sup> Vid. Acuerdo relativo a la construcción de una nueva vía fronteriza entre Massenet de Cabrenys (España) y Coustouges (Francia) con un paso superior sobre el río Major entre el département des Pyrénées-Orientales et la Généralité de Catalogne, *BOE*, núm. 274, de 16 de noviembre de 1994.

<sup>98</sup> Junto a ésta, otra fuente de financiación en los proyectos BOT es la que procede del capital aportado a la empresa conjunta como entidad concesionaria por parte de los distintos sujetos interesados en la realización del proyecto, principalmente: los promotores, cuya participación suele ser mayoritaria; el Estado que, a diferencia de los anteriores, realiza generalmente una aportación mínima; frecuentemente, aunque no necesariamente, las distintas empresas que participan en la ejecución del proyecto -constructores, suministradores de equipos, sociedad gestora, etc...-; aquellos inversores públicos o privados interesados en la realización del proyecto en cuestión; y, en última instancia, aunque no es muy usual puesto que se limitan generalmente a intervenir como prestamistas de los demás miembros de la entidad concesionaria, los Bancos.

<sup>99</sup> Vid. J. D. APPIAH, "Infraestructure Projects...", p. 207; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 253.

<sup>100</sup> En los proyectos BOT, los contratos «llave en mano», por sus especiales características, se adjudican generalmente, aunque no siempre, de forma directa, es decir, sin necesidad de acudir a un concurso público de ofertas. Esta regla general queda confirmada cuando la empresa constructora es, a su vez, miembro de la empresa conjunta que actúa de comitente o dueña de la obra. En estos casos, el contratista «llave en mano» es a su vez cliente, lo que hará surgir determinados conflictos de intereses puesto que su objetivo principal como contratista será la realización de la obra proyectada según precio, calidad y tiempo, pero como cliente, por tanto como inversor del proyecto, buscará, ante todo, que la obra se ejecute dentro del presupuesto acordado previamente y que responda a la calidad requerida para su rentabilidad. Este problema surge especialmente en los supuestos en los que la empresa constructora no está muy vinculada con la empresa conjunta y en los que por determinadas circunstancias se incurre en gastos adicionales -como, por ejemplo, los derivados de la fuerza mayor; de las ordenes de modificación de los

los términos y condiciones del contrato de concesión, circunstancia ésta que va a repercutir inevitablemente en la concreta concepción, ejecución y, en su caso, calidad de la obra en tanto que ésta deberá ceñirse estrictamente a los términos de la financiación que previamente se hayan acordado. Finalmente, otro rasgo característico del contrato «llave en mano» cuando forma parte de un proyecto BOT, lo constituye el hecho de que el Estado o Estados implicados se reserven determinados derechos de supervisión y control sobre las obras, de tal forma que sin llegar a convertirse en verdadero cliente, permanece en la sombra, llegando a intervenir incluso en el momento determinante de la recepción. Algo, por otra parte, lógico si se tiene en cuenta que el Estado en cuestión será el propietario final<sup>101</sup>.

**89.** En los proyectos BOT, el contrato de construcción «llave en mano» no se presenta como el contrato principal sino que éste, siempre a la luz del contrato de concesión, y junto a otras prestaciones de no menos importancia, como las de financiación y explotación, forma parte de un conglomerado jurídico mucho más amplio y complejo del que se ha llegado a decir que “es la mejor demostración de una operación compleja que reúne en un sólo conjunto las operaciones, estrechamente ligadas, de financiación, de construcción y de explotación de un gran proyecto de infraestructura”<sup>102</sup>.

#### f) Los contratos de *engineering*

**90.** Finalmente, también existe un sector de la doctrina que tiende a incluir los contratos «llave en mano» entre los contratos de «*engineering*». No obstante, para poder enjuiciar lo acertado o desacertado de esta apreciación, es necesario hacer una referencia, aunque de forma somera, al concepto, características y clases de esta última tipología contractual.

**91.** Los contratos de «*engineering*», cuya denominación evidencia su origen, han sido objeto en los últimos años de una extendida utilización en el ámbito del comercio internacional y de una adaptación a otros ordenamientos jurídicos nacionales<sup>103</sup>. La explicación de esta rápida difusión se encuentra en la combinación de dos factores estrechamente interrelacionados: por una parte, la creciente complejidad y heterogeneidad de los proyectos industriales y por otra, la creación y expansión de las denominadas empresas de ingeniería<sup>104</sup>.

---

trabajos; por retrasos causados por litigios relativos a la construcción, etc...-. La cuestión principal que surge, entonces, es la de determinar quién responde de tales gastos. De ahí que para evitar este conflicto en los proyectos BOT, sea conveniente la mayor vinculación posible entre la persona que construye y el cliente. En aquellos casos, en los que ésta no sea posible, habrá que acudir a la negociación entre las partes implicadas, tan habitual en materia de construcción, al menos, hasta que no se ofrezca una mejor solución al problema a través fundamentalmente de la previsión contractual.

<sup>101</sup> Es característico en los proyectos BOT, que en el contrato de concesión y no en el de construcción, se prevea la creación de un órgano de aceptación o Acceptance Committee para la recepción de la obra. Vid. J. D. APPIAH, “Infrastructure Projects...”, p. 207; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 262-265.

<sup>102</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 231.

<sup>103</sup> Sobre los contratos de *engineering*, vid., ad ex., G. ALPA, “I contratti di «engineering»”, en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, vol.11-IV, Torino, 1984, pp. 71 y ss.; R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992; Commission Economique pour l’Europe, *Guide pour la rédaction des contrats internationaux d’ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d’assistance technique*, Nations Unies, (ECE/TRADE/145, núm. venta: F.83.II.E.3), New York, 1983; A. CRIVELLARO, “Appalti internazionali: Il ruolo dell’engineer”, *Dir. com. int.*, 1987, pp. 201 y ss., esp. 234 y ss.; J. HOFFMANN/G. WILLMA, “Les contrats internationaux en matière d’ingénierie-conseil”, *Rev. dr. aff. int.*, 1985, pp. 721 y ss.; A. HUBERT, *Le contrat d’ingénierie conseil*, 2ª ed., Paris, 1984; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 309 y ss.; I. REIG FABADO, *El contrato internacional de ingeniería*, Valencia, 2008.

<sup>104</sup> La evolución que, desde sus orígenes, ha experimentado el sector industrial, concretamente en lo que a la instalación de fábricas se refiere, ha tenido un fiel reflejo en los propios servicios ofertados por los profesionales de la ingeniería. Desde el siglo XVII hasta nuestros días, la construcción de instalaciones industriales ha experimentado, como cualquier otro sector de la economía, un notable desarrollo. Baste recordar que las primeras fábricas no eran más que el resultado de la elaboración de un proyecto, la erección de la correspondiente edificación y, finalmente, de la instalación de la correspondiente maquinaria necesaria para su puesta en funcionamiento. Pero, la proyección industrial ha ido haciéndose cada vez más compleja en la medida en que han aparecido en el mercado nuevos procesos de producción y nuevas tecnologías, y correlativamente, han ido haciéndose cada vez más necesarios un mayor número de conocimientos técnicos de diversa naturaleza.

Las propias exigencias del mercado han provocado de un lado, la ampliación de las funciones tradicionales del ingeniero -concepción, supervisión y dirección del proyecto- a otras como la realización de estudios de financiación, mercado, rentabili-

En el desarrollo de su actividad empresarial, estas sociedades ofertan una gama variada de servicios entre los que se incluyen el asesoramiento y consejo en materia de ingeniería, la elaboración de estudios de factibilidad o pre-inversión y la realización de proyectos sobre instalación y organización de empresas industriales. En cualquier caso, la puesta en práctica de todas o algunas de estas operaciones lleva aparejado un inevitable y variado despliegue contractual puesto que la distinta naturaleza de estas prestaciones conduce a celebrar diferentes clases de contratos.

**92.** En este contexto, se sitúan como una nueva técnica comercial los contratos de *engineering*<sup>105</sup>. A través de ellos, una parte (la empresa de ingeniería) se compromete frente a otra (denominada cliente) a elaborar, dirigir y supervisar un proyecto, e, incluso, si así se ha pactado, a ejecutar la obra proyectada, pudiendo asumir, en determinadas ocasiones, junto a las demás obligaciones, las de mantenimiento y gestión de la obra ejecutada<sup>106</sup>. A pesar de que en la práctica comercial, los contratos de *engineering* pueden llegar a presentar un contenido distinto, se observa un *denominador común*: de todos ellos se deriva una obligación de resultado, -ya sea simple o global, ya consista en la elaboración de un proyecto y/o en su ejecución-, cuyo cumplimiento corre a cargo de una entidad empresarial dentro de la cual la actividad del profesional individual se despersonaliza<sup>107</sup>.

**93.** Dentro de esta categoría contractual, la doctrina, recogiendo los usos y prácticas comerciales, suele distinguir dos subespecies: los contratos de *consulting-engineering* y los contratos de *commercial-engineering*<sup>108</sup>.

**94.** Mediante los contratos de *consulting-engineering*, la empresa de ingeniería consultora se obliga frente al cliente a actuar como consejera técnica “para establecer los planos y especificaciones del proyecto, examinar las propuestas de los empresarios y suministradores que ejecutarán los trabajos, así como para inspeccionar y supervisar esos trabajos”, todo ello, a cambio de un precio. El objeto tí-

---

dad y organización empresarial, y de otro, el desbordamiento de la capacidad del especialista individual para hacer frente a un determinado tipo de proyectos, así como el surgimiento de las denominadas empresas de ingeniería que agrupan en su seno a diferentes especialistas en este sector. Vid. TH. HASSLER, *Les contrats internationaux de construction...*, p. 11.

<sup>105</sup> En estas páginas, se mantiene el término anglosajón de *engineering* de un lado porque en este sector concreto del comercio internacional, el inglés se considera la lengua oficial y auténtica, y de otro, porque es, precisamente, este ámbito el que aquí se analiza. Todo ello, sin perjuicio, de que en esa adaptación que de dicho contrato se ha operado en distintos ordenamientos nacionales, se haya optado por traducirlo al idioma correspondiente.

<sup>106</sup> Vid. G. ALPA, “Il contratti...”, p. 72.

<sup>107</sup> La doctrina coincide en señalar que los contratos de *engineering* son aquellos que tienen por objeto una obligación de resultado, que puede consistir en la simple elaboración de un proyecto o cualquier otra obra de carácter inmaterial o, incluso, en la ejecución material del mismo proyecto, que, a su vez, es asumida por una empresa de ingeniería, en la que prevalecen el carácter organizativo e industrial sobre el trabajo personal del especialista individual. Vid., ad ex.: G. ALPA, “Il contratti...”, p. 72; A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 171 y 172; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, p. 12.

<sup>108</sup> Esta clasificación no es más que un fiel reflejo de la propia evolución de la que ha sido objeto la noción de *engineering*, que se ha visto ampliada considerablemente en los últimos años. Si en sus orígenes, con este término se hacía referencia a prestaciones de carácter intelectual -concepción, asesoramiento, suministro de ideas- fundadas en un estudio general y un estudio detallado de un proyecto, posteriormente, y al menos en lo que concierne a los contratos de construcción de instalaciones industriales, se han abarcado otras prestaciones como el control y la supervisión de la obra proyectada hasta llegar a comprender otras prestaciones materiales como la ejecución de la obra y el suministro de materiales. Sobre esta evolución del concepto de ingeniería, vid.: G. ALPA, “Il contratti...”, p. 73; J. HANSENNE, “De l’*engineering* à la fourniture de complexes clé sur porte”, en *Les contrats d’*engineering**, Liège, 1964, p. 21; P. LÉBOULANGER, *Les contrats...*, p. 17.

En este sentido y atendiendo a las funciones que la ingeniería puede cumplir, se distingue entre: ingeniería consultora o simple que comprende todas aquellas actividades destinadas a la realización de estudios, informes, proyectos técnicos u organizativos, así como la supervisión y dirección de las obras, con exclusión de todo suministro de materiales y/o equipos y de toda participación en la ejecución de la obra, y de ingeniería comercial o compleja, que implica junto a las demás prestaciones, una participación en la fase de ejecución del proyecto, bien a través del suministro de materiales, bien a través de la construcción de la obra previamente proyectada. Vid. TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, pp. 23-28. Por su parte, J. DELACOLLETTE, siguiendo el mismo criterio de distinción, menciona otro tipo de ingeniería: ingeniería de procedimiento (*process engineering*), que hace referencia a la elaboración tecnológica de un procedimiento de producción (*Les contrats...*, p. 71).

Desde el punto de vista jurídico, es importante no confundir entre la actividad social de las empresas de ingeniería en cualquiera de sus modalidades (ingeniería consultora, comercial o de procedimiento), los servicios que abarca cada una de ellas y los contratos utilizados para dar cumplimiento a los mismos.

pico de estos contratos es, sin lugar a dudas, la elaboración completa de un proyecto, lo que implica la realización de las diversas prestaciones correspondientes a las distintas fases en las que se subdivide el proyecto por parte de la empresa de ingeniería. El hecho de que a estos contratos se les denomine contratos de ingeniería consultora, no debe sin embargo inducir a pensar que todos los contratos celebrados por una empresa de ingeniería consultora pueden ser calificados como tales, y tampoco debe conducir a la consideración de que todos ellos son, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, contratos de servicios o de asistencia.

95. Por su parte, los denominados contratos de *commercial-engineering* tienen por objeto junto a la realización de una obra inmaterial típicamente intelectual, otras prestaciones materiales como el suministro de materiales y equipos y /o la ejecución de la obra proyectada<sup>109</sup>. No obstante, es necesario matizar que esta última clase de contratos surge en un contexto muy delimitado, esto es, en aquellos supuestos en los que la sociedad de ingeniería forma parte de un grupo de empresas dentro del cual existe, a su vez, una empresa constructora o de suministros de materiales, que será la que realmente realice las prestaciones materiales.

96. Cuando esta situación tiene lugar, es decir, cuando las empresas de ingeniería actúan en el ámbito de la ingeniería comercial, suelen instrumentalizar jurídicamente las operaciones que la integran a través de contratos «llave en mano». En este supuesto, se hace muy difícil, si no imposible, distinguir entre la actividad empresarial que se pretende desarrollar y la propia naturaleza del contrato puesto que ambas coinciden<sup>110</sup>. Sólo en este sentido, cabe hablar de contratos «llave en mano» como contratos de *engineering*, sin que ello signifique hacer una equiparación jurídica de los mismos. No se puede olvidar que la esencia de los contratos «llave en mano», no reside en la cualidad de las partes contratantes sino en la obligación global (de concebir, ejecutar y dejar en funcionamiento la obra proyectada) que es asumida por una de ellas, ya sea una empresa de ingeniería o una empresa constructora, ya sea una empresa pública o privada.

## 2. Características

97. En el comercio internacional, los contratos de construcción gozan de unas características específicas y singulares que fundamentan su propia sustantividad jurídica y les distancian de cualquier concepción tradicional de Derecho interno. Se trata de una serie de rasgos que justifican su peculiar régimen jurídico y que, a pesar de la heterogeneidad y diversidad de formas contractuales que existen en la práctica, están presentes en todas y cada una de ellas.

### A) Características de los contratos internacionales de construcción en general

98. De estos rasgos generales y comunes a todo contrato internacional de construcción, destaca, en primer lugar, el factor de *internacionalidad*. En efecto, el hecho de que la obra tenga que ser ejecutada en un país distinto de aquel al que pertenece la empresa constructora incide ya no sólo sobre el Derecho aplicable, -autonomía conflictual-, o sobre el mecanismo de resolución de litigios, -generalmente, ADR (*Alternative Dispute Resolution*) y el arbitraje comercial internacional-, sino también sobre el propio

<sup>109</sup> Vid. G. ALPA, "I contratti...", p. 73. No obstante, existen algunos autores que consideran que cuando una empresa de ingeniería se compromete a participar en la construcción del proyecto, ésta se guía más por intereses comerciales que profesionales, excluyendo por tanto esta clase de operaciones del concepto de la ingeniería propiamente dicha. En este sentido, vid. P. LÉBOULANGER, *Les contrats...*, p. 17 y bibliografía allí citada. Dejando a un lado estas disquisiciones terminológicas, lo cierto es que, inevitablemente, la obligación asumida por parte de la sociedad de ingeniería de ejecutar materialmente los trabajos de construcción, por sí o por un tercero y/o de suministrar los materiales y equipos, influye en la misma naturaleza del contrato convirtiéndose respecto al simple contrato de *engineering* en un contrato complejo integrado por prestaciones de diversa naturaleza, en el que predomina lógicamente, el carácter comercial. Aún así, la obligación principal que se deriva del contrato sigue siendo de resultado.

<sup>110</sup> Incluso, hay quienes utilizan el término de *engineering* «clé sur porte» o *engineering* «clé en main», para referirse al contenido del contrato de *engineering*, concretamente a las obligaciones que puede asumir el ingeniero. Vid. G. ALPA, "II contratti...", p. 82; A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 172.

contenido del contrato en el que se incluyen una serie de prestaciones como, por ejemplo, el transporte internacional o la transferencia de divisas que, sin embargo, no forman parte del régimen jurídico de los contratos de construcción de Derecho interno.

99. En segundo lugar, y respecto a los sujetos que intervienen en los contratos internacionales de construcción como partes principales, cabe afirmar que éstos son, básicamente, dos: el cliente, generalmente, un *Estado o empresa pública*, y el contratista. Ahora bien, en el ámbito internacional, factores tales como la complejidad técnica de los proyectos, el gran coste de su financiación y la propia competencia y concurrencia entre las diversas empresas constructoras, hacen casi inevitable la constitución de grupos de empresas o *joint ventures*<sup>111</sup> así como el recurso a la subcontratación<sup>112</sup>.

100. En este último contexto, es muy habitual, además, la presencia de los denominados *nominated-subcontractors*, esto es, subcontratistas designados o impuestos por el cliente al contratista para la realización de determinadas prestaciones contractuales<sup>113</sup>. Aunque en un principio, este tipo de sub-

<sup>111</sup> La decisión que conduce a dos o más empresas a constituir de forma momentánea un grupo o consortium de empresas con el fin de reunir los medios necesarios que les permitan responder a la invitación de ofertas y, consecuentemente, realizar en las mejores condiciones un proyecto de construcción específico, puede estar presidida por criterios técnicos, -complejidad del proyecto-, comerciales, -eliminación de la concurrencia-, o legales, -política restrictiva del país dónde se ejecuta la obra frente a inversores extranjeros-, lo que conduce a la inevitable asociación con empresas locales-. Generalmente, la constitución del grupo de empresas tiene lugar con anterioridad a la sumisión de presentación de ofertas, siendo entonces habitual que a la constitución propiamente dicha del grupo preceda la celebración de un acuerdo preliminar entre las empresas interesadas que, habitualmente, contiene la mayoría de las cláusulas que, posteriormente, en caso de que sea aceptada la oferta, se introducirán en el acuerdo definitivo. No obstante, puede tener lugar, también, en el momento de concluir el contrato o, incluso, ser posterior al mismo. En cualquier caso, la constitución de un grupo de empresas implica la existencia de dos contratos: el que rige las relaciones internas del grupo y el que rige las relaciones entre el grupo y el cliente, y que no es otro sino el contrato de construcción. En el primero, -convención del grupo-, se determina la naturaleza y objeto del grupo; se establece la organización y funcionamiento de la nueva entidad y se fijan las modalidades de repartición de responsabilidades entre los miembros. En este sentido, cabe señalar que los grupos de empresas constructoras persiguen un objeto limitado en el tiempo puesto que su razón de ser desaparece una vez construida la obra. De ahí que, habitualmente, se recurra a formas estatutarias sin personalidad moral. Por otra parte, también es frecuente que queden constituidos como grupos de empresas horizontales y que entre todas las empresas sea nombrada una como jefa del grupo para que actúe como mandataria frente al cliente.

Finalmente, en materia de responsabilidad cabe afirmar, de forma general, que en sus relaciones internas los miembros del grupo de empresas responden personalmente mientras que frente al cliente, el grupo asume una responsabilidad solidaria. *Vid.* J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 40 y 41; R. H. GARB, "Practical Considerations in International Construction Joint Venturing for the Practitioner", *ICLR*, 1988, pp. 248 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 340-355; E. HERZFELD, "Co-operation Agreements in Corporate Joint Ventures", *J. Bus. L.*, 1983, pp. 121 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 198-201; W. LLOYD-SCHUT, "Construction Joint Ventures: EEC Competition Aspects", *ICLR*, 1992, pp. 3 y ss.; H. MÜNCH, "Betriebsstättenbegründung durch Überwachung von Bau- und Montagetätigkeiten", *RIW*, 1995, pp. 930 y ss.; M. STRAUBE, "Joint-Venture Groups", *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 131 y ss.

<sup>112</sup> En los contratos internacionales de construcción, el recurso casi inevitable a la subcontratación está justificado doblemente: de un lado, por la complejidad técnica de la obra; de otro, porque la financiación requerida sobrepasa, generalmente, la capacidad de una sola empresa. Es más, incluso, si ésta tiene capacidad financiera para asegurar la ejecución del proyecto intentará buscar otras empresas con las que compartir los riesgos.

En un principio, el contratista, sea individual o sea un grupo de empresas, es totalmente libre para confiar las prestaciones contractuales que estime convenientes a uno o varios subcontratistas siempre y cuando estos estén presentes, ya, en la fase de sumisión de ofertas. En el caso contrario, es práctica habitual que el contratista obtenga el consentimiento o autorización del cliente. En determinados contratos-tipo, como por ejemplo el *Libro rojo* (1999) de la FIDIC, el incumplimiento de esta obligación por parte del contratista, fundamentada en última instancia en el carácter *intuitu personae* del contrato principal, puede dar lugar a la rescisión unilateral del contrato (*vid.* sub-cláusula 4.4, cláusula 5 y sub-cláusula 15.2); en otros, sin embargo, simplemente se prevé la obligación del contratista de informar al cliente de los subcontratos celebrados.

<sup>113</sup> Los denominados *Nominated sub-contracts* son un método para la selección de subcontratistas por parte del cliente, propio del Reino Unido y de determinados países de la *Commonwealth*, que está siendo utilizado, también, en el ámbito del comercio internacional. En su concepción originaria, y según una abundante jurisprudencia que desde el siglo XIX existe en torno a esta figura, el contratista una vez que ha aceptado al subcontratista designado por el cliente responde de igual forma que si se tratase de cualquier otro subcontratista. Sin embargo, en determinados contratos-tipo y condiciones generales del Reino Unido, desde hace algún tiempo, se viene desplazando del contratista al cliente la responsabilidad por los retrasos causados por los subcontratistas designados en la ejecución de la obra así como los costes derivados de la restitución de los mismos. Tendencia ésta que se ha visto respaldada por la jurisprudencia anglosajona a partir de dos célebres casos: *Jarvis c. City of Westminster* y *Bickerton c. North West Metropolitan Hospital Board*. En el primero de ellos, la *House of Lords* admitió una extensión del plazo de ejecución al contratista como consecuencia de los retrasos causados por los *nominated sub-contractors*; en

contratación tan habitual en los contratos internacionales de construcción, no limita la responsabilidad del contratista, -ya sea éste un contratista general o un contratista «llave en mano»-, se viene observando en el comercio internacional una tendencia, cada vez más acentuada, a introducir en los contratos cláusulas de salvaguarda que tienen por objeto trasladar al cliente los riesgos derivados de un cumplimiento defectuoso o moroso de las obligaciones asumidas por los subcontratistas designados<sup>114</sup>.

**101.** Por otra parte, y en tercer lugar, estamos ante contratos de *larga duración* tanto en la fase previa a su realización como en la fase de su ejecución. Tal es así que, a veces, el valor económico y, en algunos casos, socio-político que los rodea, da lugar a prolongadas negociaciones cuya duración puede ser superior a un año. En cuanto a su ejecución diferida en el tiempo, se debe, principalmente, a las propias características del proyecto, por regla general, de grandes dimensiones y complejo. En determinados supuestos, especialmente, cuando el cliente es un país en vías de desarrollo, puede prolongarse intencionadamente la duración del contrato como un medio de solventar determinados problemas de política de empleo. En cualquier caso, la larga duración de los contratos internacionales de construcción hace que, en ellos, sea necesaria una estrecha *colaboración y cooperación* entre las partes, no sólo en la determinación de los planos y especificaciones técnicas del proyecto sino también en la solución de los distintos problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato. Este mismo factor temporal explica la presencia de diversos mecanismos contractuales -como, *ad exemplum*, cláusulas de revisión de precios, cláusulas de *hardship*, cláusulas de fuerza mayor, etc...-, cuyo fin, en términos generales, no es otro sino el de salvaguardar el equilibrio de las prestaciones de las partes ante el surgimiento de nuevas circunstancias.

**102.** Finalmente, los contratos internacionales de construcción son *contratos complejos*, no sólo por su objeto sino, también, por el número de sujetos que intervienen en su ejecución en la que, generalmente, participan los Estados implicados o sus órganos públicos bien como parte en el contrato o bien, a través de diferentes actos como la concesión de autorizaciones administrativas, créditos a la exportación

---

el segundo, se sostuvo que el cliente estaba obligado a designar un segundo sustituto en caso de destitución de un nominated sub-contractor por parte del contratista, y a correr con los gastos. Este último principio, ha sido seguido, también, por la jurisprudencia australiana en el asunto *Jennings Industries Ltd. c. City of Adelaide*, en sentencia de 1983, de la *Full Court of South Australia (Australian Construction Law Reporter, 1984, pp. 2 y ss.)*. Esta misma tendencia es la que se observa en el ámbito del comercio internacional. *Vid.* I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 317 y ss.; J. UFF, *Construction Law*, 6ª ed., London, 1996, pp. 100 y 271 y ss.

En este último contexto, las razones que justifican el recurso a los nominated subcontractors son, fundamentalmente, dos: o bien la especialización técnica o profesional de una determinada empresa para ejecutar determinados trabajos o bien la intención del cliente de impulsar a las empresas locales. Los rasgos característicos a los que responde de esta figura son, en lo esencial, los siguientes: a) una vez que han sido aceptados por el contratista, se asimilan a cualquier otro subcontratista, es decir, el contratista responde frente al cliente de todas las prestaciones asumidas, hayan sido ejecutadas por él o por cualquier subcontratista designado o no; b) entre el cliente y los subcontratistas por él designados, no existe vinculación contractual alguna; y c) el pago de tales servicios corre a cargo del contratista, si bien, éste recibe del cliente una remuneración mayor como consecuencia de su labor de coordinación y de gestión. No obstante, si el contratista incumple injustificadamente su obligación de pago, el cliente podrá efectuar directamente el pago, deduciéndose el importe correspondiente de las cantidades debidas por el cliente al contratista. Conviene señalar que este pago directo queda configurado como una facultad del cliente y no como un derecho y que, en determinadas ocasiones, no se prevé en interés de los nominated sub-contractors sino por simples razones fiscales, especialmente, cuando en el país dónde se ejecuta la obra no existe un sistema de impuestos sobre el valor añadido, lo que elevaría, indudablemente, el precio global del contrato. Sobre los *nominated-subcontractors*, *vid.*, U. DRAETTA, "Il Subcontratto internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, pp. 641 y ss., esp. pp. 658 y 659; O. HALD, "Main-Contractor's Liability for Nominated Sub-Contractors and/or Nominated Products in Danish Law", *ICLR*, 1985, pp. 123 y ss.; E. HERZFELD, "Sub-contracts in Long-term Construction Projects", *J. Bus. L.*, 1984, pp. 226 y ss.; *id.*, "Nominated Subcontractors", *J. Bus. L.*, 1985, pp. 386 y ss.; E. JAYME, "Subunternehmervertrag und Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ)", en *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986, pp. 371 y ss.; D.S. JONES, "Nominated Sub-Contractors. Application of the Bickerton Principle in Australia", *ICLR*, 1985, pp. 366 y ss.; F. NICKLISCH, "Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft", *NJW*, 1985, pp. 2361 y ss.; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 304-308; H. VAN HOUTE, "International Subcontracting", *ICLR*, 1991, pp. 301 y ss.; E. VETTER, "Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagen-geschäft", *RIW*, 1986, pp. 81 y ss.

<sup>114</sup> En efecto, en el ámbito internacional, esta limitación de responsabilidad del contratista frente al cliente por las obras, suministros o prestaciones de los subcontratistas designados está, cuanto menos, justificada en contratos como los contratos «llave en mano», en los que el contratista responde globalmente del rendimiento y funcionamiento de una instalación determinada.

o acuerdos de cooperación económica; instituciones internacionales de financiación -tales como, el Banco Mundial o el BEI.-; compañías aseguradoras así como subcontratistas y mano de obra<sup>115</sup>.

### B) Características específicas de los contratos «llave en mano»

**103.** No obstante, los dos rasgos esenciales de los contratos «llave en mano», de un lado la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona y la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una fábrica completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, dotan a estos contratos de unas características particulares<sup>116</sup>.

**104.** En primer lugar, conviene precisar que el contrato «llave en mano», a diferencia del contrato tradicional, implica la celebración de *un sólo y único contrato*, el concluido entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la elección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.

**105.** El hecho de que en los contratos «llave en mano», el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona no sólo el procedimiento de *adjudicación* del contrato, -generalmente, un *procedimiento restringido o negociado*-, sino también la determinación del objeto, que tiene lugar una vez celebrado el contrato, y la función del cliente y la del ingeniero. En efecto, a diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos «llave en mano» la *elaboración detallada del proyecto* tiene lugar *una vez concluido el contrato*, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos a su propio coste y riesgo, y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados, -calidad, cantidad de materias primas, rendimientos, etc...-, sin que sea necesaria a tal efecto la previa aprobación del cliente. Esta estructura sobre la que descansa el contrato «llave en mano», que ha venido a revolucionar ciertamente la industria de la construcción, implica, a su vez, una *pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente* y una *reducción considerable en las funciones del ingeniero* que en este tipo de contratos actúa, generalmente, como representante del cliente o como subcontratista de la empresa constructora.

**106.** Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos «llave en mano» para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio que no puede ser, como se verá más adelante, más que un *precio alzado*<sup>117</sup>. También es frecuente que, en este tipo de contratos, el contratista ofrezca financiación al cliente, algo que, generalmente, es factible a través de instituciones nacionales de crédito a la exportación o de los MDB.

### 3. Naturaleza jurídica

**107.** Uno de los aspectos más oscuros y controvertidos de los contratos «llave en mano» es, precisamente, su naturaleza jurídica. La relativa novedad de este tipo de contratos unido a la laguna legal existente en torno a los mismos, son factores que, sin lugar a dudas, fomentan esta confusión jurídica.

<sup>115</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 65-95, esp. pp. 77-84; J.-M. DELEUZE/C. WEIL, "Coopération entre fournisseurs de procédés industriels et firmes d'ingénierie", *Dr. prat. com. int.*, 1977, pp. 305 y ss.; E. JAYME, "Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht", *IPRax*, 1987, pp. 63 y ss.; F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen von Bau- und Anlagenverträge", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau*, München, 1984, pp. 9 y ss., esp. pp. 10 y 11; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 285-288.

<sup>116</sup> Vid. en las Condiciones FIDIC, cláusula 4 del *Libro Amarillo* (1999), *Libro Plateado* (1999) y *Libro Dorado* (2008).

<sup>117</sup> Vid. P. Glavinis, *Le contrat international...*, pp. 283-293, esp. pp. 288 y 289.

**108.** Que el contrato «llave en mano» sea un contrato complejo y atípico, es algo que no se discute y que encuentra su más sólido fundamento en las distintas prestaciones que integran su contenido. Pero, esta misma complejidad y atipicidad han dado lugar a diversas opiniones doctrinales respecto a su naturaleza jurídica. En este sentido, se observan en el Derecho comparado tres posiciones doctrinales claramente diferenciadas: a) por una parte, la que defiende una *calificación múltiple* del contrato «llave en mano»; b) por otra, aquella que tiende hacia una *calificación única o global*; y c) finalmente, la que basándose en las características del contrato «llave en mano» y teniendo en cuenta el contexto jurídico en el que surge y se desenvuelve, propugna una *calificación autónoma*<sup>118</sup>.

### A) Teoría de la calificación múltiple

**109.** Los autores que defiende esta teoría parten del carácter complejo del contrato «llave en mano» para pasar seguidamente a considerar que la unidad externa del mismo no impide, con vistas a su calificación jurídica, su fragmentación en tantas categorías jurídicas como prestaciones integran su contenido. De esta forma, el contrato «llave en mano» quedaría sometido a una calificación múltiple o mixta basada en la naturaleza jurídica de cada uno de sus elementos constitutivos, generalmente, uno o varios contratos de venta, de empresa y de servicios, que conservaría su correspondiente régimen jurídico<sup>119</sup>.

**110.** Para este concreto sector de la doctrina, el contrato «llave en mano» vendría a ser el resultado de una yuxtaposición de varios contratos, -contrato de venta de mercancías y de equipos, de construcción, de concepción de obra, de transferencia de procesos tecnológicos, de asistencia técnica, etc...-, diferentes entre sí y con individualidad jurídica propia, al que no se debe otorgar, por tanto, un tratamiento jurídico unitario. Más bien, el contrato «llave en mano» quedaría sometido a un régimen jurídico complejo, obtenido mediante la combinación de las distintas normas que regulan cada una de sus prestaciones. En realidad, este planteamiento no hace más que trasponer a los contratos internacionales de construcción «llave en mano» la denominada teoría de la combinación, propuesta por la doctrina en el Derecho interno frente a la teoría de la absorción para resolver el problema suscitado en torno al régimen aplicable a los contratos mixtos o complejos, esto es, aquellos que agrupan en su seno prestaciones de diversos contratos típicos<sup>120</sup>.

**111.** La teoría de la calificación múltiple que ha sido mantenida por los Tribunales franceses en diversas ocasiones<sup>121</sup>, hoy en día, puede considerarse superada. Tres son, en lo esencial, las críticas que

<sup>118</sup> Vid. A. HUBERT, *Le contrat...*, pp. 44-47; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 115-117.

<sup>119</sup> Vid. J. FOURNIER, "Engineering", *Obligations et Contrats, Recueil Dalloz de Droit Commercial*, p. 1, cit. por A. HUBERT, *Le contrat...*, p. 44; E. GAILLARD, "Précautions à prendre dans les contrats clé en main", *Rev. jur. pol. indep. et. coop.*, 1988, pp. 810 y ss., esp. p. 816; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 117.

<sup>120</sup> De forma muy general, cabe afirmar que la teoría de la combinación consiste en aplicar a cada una de las prestaciones que configuran el contrato su propio régimen jurídico, mientras que la teoría de la absorción supone buscar el elemento principal dentro del complejo contractual con el fin de aplicar su régimen jurídico al contrato en su conjunto. Supuesto distinto al de un contrato atípico que contiene diversas prestaciones reguladas en distintos contratos típicos, es el de la coexistencia de varios contratos diferentes entre sí aunque ligados por determinadas razones, lo que la doctrina denomina un grupo de contratos. El único criterio general aceptable para distinguir cuando estamos ante un contrato unitario o un grupo de contratos es el de la causa. Así, cuando haya una pluralidad de causas, existirán varios contratos mientras que cuando sólo haya una, aunque mixta o compleja, estaremos ante un único contrato. Sobre los grupos de contratos, *vid.*, B. TEYSSIÉ, *Les groupes des contrats*, Paris, 1975.

<sup>121</sup> *Vid.*, en este sentido, la sentencia de la *Cour de cassation*, de 16 de marzo de 1977, en el asunto *Tunzini Entreprise c/ Les Papeteries de France et autres* (JCP, 1978.II. p. 18913, nota TH. HASSLER). En este litigio, el alto Tribunal consideró que el contrato en virtud del cual una empresa se comprometía frente a otra a proyectar y a construir una central térmica, era un contrato complejo que albergaba en su contenido un contrato de arrendamiento de obras y una venta de materiales. Una solución similar fue adoptada en la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 26 noviembre 1980, en el asunto *Sté Ingenjorsfirman Nils Weilbull ABN. Industriagatan c/ Centrale Coopérative bretonne*, (JDI, 1981, pp. 355 y ss., nota PH. KAHN). Se trataba, en este caso, de un contrato celebrado entre la sociedad sueca *Ingenjorsfirman Nils Weilbull ABN. Industriagatan* y la *Centrale Coopérative bretonne* (C.E.C.A.B.), en virtud del cual la primera se comprometía a proyectar y construir un silo, suministrando la maquinaria necesaria a tal efecto y a entregarlo en perfecto estado de funcionamiento. La *Cour de Cassation* estimó que esta operación comprendía entre otras prestaciones: un suministro de materiales y un contrato de construcción, por lo que procedió a la aplicación de las normas reguladoras de estos contratos para solucionar las pretensiones correspondientes planteadas por las partes.

se dirigen a este planteamiento: en primer lugar, la teoría de la calificación múltiple suscita la dificultad de determinar el Derecho aplicable al contrato en su conjunto; en segundo lugar, induce a negar la causa del contrato «llave en mano», que aunque compleja o global no deja de ser única; y, finalmente, no tiene en cuenta la voluntad de las partes que, en contratos como el que nos ocupa, esto es, en contratos atípicos, juega un papel determinante tanto en la interpretación como en la regulación de los mismos.

## B) Teoría de la calificación global

**112.** Otra forma de abordar la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos «llave en mano», tal vez, la más frecuente y extendida, sea aquella que tomando como punto de partida los diferentes prestaciones que lo integran busca entre todas ellas la más importante con el fin de aplicar su régimen jurídico a la totalidad del contrato. Según este planteamiento, el contrato «llave en mano» quedaría sometido, pese a su carácter complejo, a un régimen jurídico unitario. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal respecto a cual deba ser la concreta calificación jurídica del contrato. De ahí que sea frecuente encontrarlo subsumido en categorías jurídicas tan dispares como el contrato de compraventa, el contrato de transferencia de tecnología o los contratos entre Estados y empresas privadas extranjeras según se haya primado, en cada caso, la entrega de la cosa, la transmisión de conocimientos técnicos o la cualidad de los sujetos contratantes, respectivamente<sup>122</sup>.

**113.** Uno de los inconvenientes que presenta esta teoría se encuentra, precisamente, en la necesidad de interpretar la intención de las partes como único medio para determinar la prestación preponderante del contrato. Algo que no sólo da lugar a una ineludible diversidad de opiniones doctrinales, que lejos de disipar la incertidumbre existente en torno a este tipo de contratos la aumenta, sino que también conduce a afirmar que, siguiendo la intención de las partes, el contrato «llave en mano» tendría una naturaleza jurídica variable según el momento contractual considerado<sup>123</sup>.

En cualquier caso, la teoría de la calificación global no tiene en cuenta la finalidad del contrato «llave en mano», que no es otra más que otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja como es la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una instalación industrial determinada. Además, establecer una jerarquía entre las distintas prestaciones que se derivan del contrato resulta cuanto menos difícil, especialmente, si se tiene en cuenta que todas ellas forman parte, por igual, de la obligación global de resultado que constituye, en definitiva, la verdadera esencia del contrato «llave en mano».

**114.** Respecto a las diferentes categorías jurídicas en las que, frecuentemente, queda subsumido el contrato «llave en mano», cabe señalar que no todas ellas pueden considerarse elementos esenciales del mismo. Así, por ejemplo, el hecho de que sea frecuente que en este tipo de contratos intervenga un Estado o un órgano público del mismo, no legitima para calificar genéricamente a todos los contratos «llave en mano» como contratos de Estado (*State contracts*) porque éstos existen incluso cuando las partes contratantes son dos empresas privadas. Cuestión distinta es que, cuando intervenga un Estado, la formación y el contenido del contrato queden sujetos a determinadas formalidades. Además, resulta difícil tipificar un contrato como el que nos ocupa, surgido en la práctica del comercio internacional por las propias necesidades de los agentes económicos, en categorías jurídicas tradicionales, -bien de Derecho interno, bien de Derecho internacional-, que han sido creadas para regular otro tipo de relaciones contractuales. De ahí que éstas resulten, por esta misma razón y de forma inevitable, inapropiadas e insuficientes cuando se intentan aplicar a supuestos de hecho muy distintos de aquellos para los que fueron creadas.

**115.** Si bien es cierto que, desde un punto de vista funcional, el contrato «llave en mano» puede descomponerse en diferentes categorías jurídicas, no lo es menos que, desde el punto de vista de su na-

<sup>122</sup> En este sentido, *vid., ad ex.*, F. CAPORALE, “Il trasferimento di tecnologia: brevi commenti ad un contratto”, *Dir. com. int.*, 1993, pp. 89 y ss.; Ph. LÉBOULANGER, *Les contrats...*, p. 16; E. PETERSEN, “Vente d’ensembles industriels et Conditions FIDIC (génie civil)”, *Dr. prat. com. int.*, 1978, pp. 221 y ss.; R. SAINT-ALARY, *Nouvelles techniques contractuelles*, Paris, 1971, pp. 110-112; P. WEIL, “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier”, *RCADI*, 1969-III, t. 128, pp. 95 y ss., esp. p.110.

<sup>123</sup> *Vid.* V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, pp. 116 y 117.

turalidad jurídica, éste constituye un único acto jurídico, y que, como tal, no admite fraccionamiento al menos si se respeta su finalidad y su propia esencia<sup>124</sup>.

### C) Teoría de la calificación autónoma

**116.** Según esta teoría, los contratos «llave en mano» al igual que otros contratos surgidos en el ámbito internacional, escapan a cualquier calificación jurídica tradicional. Más bien, son contratos *sui generis* que, pese a combinar en su seno los elementos de diversos contratos típicos, poseen unas características y un régimen jurídico propio, que se ha ido forjando paulatinamente en un contexto peculiar, -el comercio internacional-, según las necesidades de los agentes económicos<sup>125</sup>.

**117.** A diferencia de cualquier otro contrato complejo, en los contratos «llave en mano» las diferentes prestaciones que lo integran forman parte de una *única obligación global de resultado*, que no hace más que reflejar la intención de las partes de otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja. De ahí que descomponer abstractamente el contrato «llave en mano» con vistas a su calificación jurídica en diversas categorías contractuales, suponga desconocer no sólo la intención de las partes sino también, tal y como se ha indicado más arriba, la propia finalidad y esencia del contrato<sup>126</sup>.

**118.** Así mismo, conviene tener en cuenta que en la reglamentación de los contratos «llave en mano» ha jugado un papel fundamental el poder autonormativo de los particulares, que ante las inadecuadas regulaciones nacionales, han ido forjando conforme a sus propias necesidades el contenido de los mismos. Esta cierta uniformidad jurídica que se ha ido creando en el comercio internacional en torno a los contratos de construcción «llave en mano» se ha visto favorecida por la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales de asociaciones profesionales y de organismos internacionales, así como por el recurso constante al arbitraje internacional. Con este telón de fondo, cabe afirmar que estamos ante una manifestación del denominado *Derecho autónomo del comercio internacional* que, junto al Derecho sustancialmente uniforme, ha favorecido la unificación del *Derecho mercantil internacional* en general<sup>127</sup>.

Es, por tanto, desde esta perspectiva, desde la que deben ser analizados los contratos internacionales de construcción «llave en mano», es decir, teniendo en cuenta el contexto en el que éstos han surgido y en el que se desenvuelven.

## III. Contenido de los contratos internacionales de construcción «llave en mano»

### 1. Obligaciones de las partes

**119.** La elaboración de un proyecto técnico implica siempre, desde su inicio hasta su completa finalización, un largo proceso que evoluciona gradualmente a través de diversas etapas en las que surgen diferentes obligaciones para los diversos sujetos implicados en su ejecución.

**120.** Si bien es cierto que el número de fases en las que éste puede quedar estructurado varía de un país a otro<sup>128</sup>, no lo es menos que en el ámbito internacional cabe distinguir, tomando como referencia el

<sup>124</sup> Vid. S. M. FRANCKLIN, "Critical Issues...", p. 272; J.-P. RÉMERY, "Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d'immeubles", *DS*, 1985, pp. 255 y ss., esp. p. 256.

<sup>125</sup> Vid. B. BLAGOJEVIC, "Quelques caractéristiques...", p. 292; J.-M. DELEUZE, *Nouvelles techniques...*, pp. 79 y ss., esp. p. 82; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio y de 1 de octubre de 1973", *REDI*, 1976, pp. 206 y ss.; A. HUBERT, *Le contrat...*, p. 45; F. NICKLISH, "Sales Contract against Coonstruction Contract. Their Similarities and Differences in Civil Law", *Int. Bus. L.*, 1988, pp. 253 y ss.

<sup>126</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 283; M. MARTINEK, *Moderne...*, pp. 249 y ss., esp. pp. 252 y 253.

<sup>127</sup> Sobre la configuración de esta nueva categoría jurídica, *vid. per omniam*, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho...*, pp. 25 y ss., esp. 46-59.

<sup>128</sup> Así, por ejemplo, en EE.UU. la elaboración de un proyecto se divide, generalmente, en cinco fases: *Schematic Design Phase, Design Development Phase, Construction Documents Phase, Bidding or Negotiating Phase* y *Construction Phase*; en

contrato de construcción, -núcleo esencial de la realización de todo proyecto-, fundamentalmente, dos: la *fase de preparación del contrato*, en la que se determinan los objetivos del cliente, se selecciona al contratista y se negocia con él los términos contractuales y la *fase de ejecución*, que comprende el comienzo de los trabajos, el desarrollo progresivo de la obra y su completa realización, funcionamiento y aceptación<sup>129</sup>.

### A) Fase de preparación del contrato

**121.** Generalmente, la fase de preparación comienza con la elaboración por parte del cliente de los análisis de pre-inversión (*Pre-Investment Analysis*) que tienen por objeto definir los objetivos del proyecto mediante el examen de sus aspectos sociales, económicos y financieros. La importancia de estos análisis es capital no sólo porque ayudan al cliente a tomar una decisión acertada respecto a la viabilidad o no del proyecto sino también porque en gran medida depende de ellos que determinadas entidades internacionales de financiación, como el Banco Mundial, concedan un crédito. Dentro de los análisis de pre-inversión pueden incluirse: a) los estudios de oportunidad que, teniendo en cuenta las necesidades que el cliente desea satisfacer, tienden a identificar los distintos sectores económicos y de mercado susceptibles de inversión; b) los estudios de impacto medioambiental; c) los estudios de viabilidad económica, dirigidos a determinar las posibilidades de realización del proyecto dentro de los límites presupuestarios del cliente; d) una estimación preliminar del coste y e) los estudios técnicos de base<sup>130</sup>.

**122.** De la realización de estos estudios, denominados también *estudios previos o preliminares*, puede hacerse cargo o bien el mismo cliente a través de su personal especializado, -algo que sucede especialmente cuando se trata de un órgano público-, o bien una empresa de ingeniería consultora independiente que, además de desarrollar los estudios indispensables para determinar la naturaleza y características del proyecto, se compromete, generalmente, a ofrecer al cliente el asesoramiento y consejo técnico necesario para que éste pueda adoptar la decisión correspondiente.

**123.** El resultado de los estudios previos puede inducir al cliente a iniciar la realización del proyecto. Si esto es así, el cliente debe, entonces, elegir el tipo o clase de contrato de construcción sobre el que quedará estructurado y organizado el proyecto.

**124.** Si se sigue el proceso tradicional, la fase inmediatamente posterior a la elaboración de los estudios preliminares, es la *concepción detallada del proyecto*. En ésta, adquiere un protagonismo estelar el papel desempeñado por el ingeniero o empresa de ingeniería consultora que puede ser o bien la misma que se ha encargado con anterioridad de confeccionar los estudios preliminares, o bien una distinta. En cualquier caso, es conveniente que se celebren contratos separados para cada una de estas etapas del proyecto no tanto por la posibilidad que, con ello, se ofrece al cliente de retener o rechazar a la empresa de ingeniería que interviene en un primer momento en función de la calidad del trabajo ejecutado sino, más bien, por el distinto ámbito de responsabilidad asumido por el ingeniero en cada una de estas fases. Concretamente, en esta etapa sus funciones se dirigen primordialmente a: a) elaborar de la forma más completa posible, desde el punto de vista técnico, los planos y especificaciones de la obra que se pretende realizar; b) preparar los documentos que se proporcionarán a los licitadores potenciales (documentos de solicitud de ofertas o *Tender Documents*); y c) asesorar al cliente en la selección del contratista. Junto a estas prestaciones asume, también, aunque para una fase posterior y en relación al contrato de construcción, otras obligaciones como la supervisión, dirección y control de las obras<sup>131</sup>.

---

Francia, en siete: *Études préliminaires, Avant-projet, Appel d'offres, Mise au point des marchés, Direction des travaux, Compatibilité des travaux y Réception des ouvrages*; y en España, en seis: Estudio previo, Anteproyecto, Proyecto, Tramitación, Ejecución y Recepción.

<sup>129</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 19.

<sup>130</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 105; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 20-24.

<sup>131</sup> Vid. World Bank, *Guidelines for Selection and employment of Consultants under IBRD loans and IBA Credits & Grants by World Bank Borrowers* (2011), <http://go.worldbank.org/U9IPSLUDC0>. Vid., también, A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 178 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 33-37; M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", pp. 294-301.

**125.** Sin embargo, cuando el cliente opta por el contrato «llave en mano», las *funciones del ingeniero* se ven considerablemente reducidas. En éste tipo de contratos, en los que la concepción del proyecto corresponde al contratista, el ingeniero se limita a preparar los documentos de invitación a la presentación de ofertas, a asesorar al cliente en la comparación y selección de de las mismas y, en determinados casos, a elaborar las especificaciones generales del proyecto, en las que se indica de forma vaga e imprecisa las condiciones técnicas exigidas por el cliente sin que ello suponga asumir responsabilidad alguna por la concepción detallada del mismo. También queda limitada su participación en la fase de ejecución del contrato porque aunque éste pueda ejercer, en determinados casos, poderes de supervisión, control y modificación de las obras, pierde el control sobre la concepción del proyecto<sup>132</sup>.

**126.** Este rasgo esencial de los contratos «llave en mano» -concepción del proyecto por parte del contratista-, incide también sobre el contenido de los documentos de solicitud de ofertas y sobre la selección del procedimiento de adjudicación del contrato.

**127.** a) A través de los *documentos de solicitud de ofertas (Enquiry Documents o Tender Documents)* se define la obra a construir y las condiciones exigidas para su realización. Su importancia es decisiva no sólo porque sobre ellos elaboran sus respectivas ofertas o proposiciones los contratistas potenciales sino también porque sirven de base al contrato que, posteriormente, será celebrado.

**128.** Estos documentos, generalmente, contienen: a') las *instrucciones* a seguir para la elaboración de la oferta o proposición (*Tender*); b') los *detalles técnicos* de la obra (planos, especificaciones técnicas, presupuesto cuantitativo y programa); c') información sobre el lugar dónde ha de ser construida la obra (*Site Data*) -como, por ejemplo, las características del subsuelo, las condiciones hidrológicas y los estudios medioambientales-; d') las *condiciones de financiación*; y e') las *condiciones contractuales*. En estos documentos de invitación a la presentación de ofertas, es frecuente que el cliente se reserve expresamente determinados derechos como el de solicitar aclaraciones a cualquier licitador sobre su correspondiente oferta, anular el contrato si se comprueba que el contratista está implicado en cualquier caso de corrupción en relación al mismo o a no quedar obligado por la oferta más baja, si bien en este último caso, es conveniente que se indiquen los criterios que regirán la valoración de ofertas<sup>133</sup>.

**129.** Ahora bien, la finalidad y el contenido de estos documentos en lo que se refiere, especialmente, a la *descripción técnica de la obra* quedan inevitablemente alterados cuando se utiliza el contrato «llave en mano» en tanto que en él la concepción de la obra corresponde al contratista. En efecto, en los contratos «llave en mano», las *especificaciones técnicas* o pliegos de base tienen por objeto establecer las condiciones funcionales de la planta industrial que ha de ser proyectada y construida, así como definir los límites de la responsabilidad global del contratista. Éstas contienen, generalmente: una descripción general de la planta en la que, a veces, es frecuente encontrar insertada una cláusula «llave en mano»; las condiciones a las que debe adaptarse el proyecto, -condiciones medioambientales, geológicas, sísmicas e incluso legales-, y, en su caso, los criterios o parámetros a tener en cuenta en la concepción de la obra -tales como, la vida útil de la planta y de los bienes de equipo o la calidad de los materiales-<sup>134</sup>.

**130.** Otra diferencia importante con los contratos convencionales es que, en los contratos «llave en mano», la *descripción detallada de la obra* tiene lugar durante la ejecución del contrato. De esta peculiaridad de los contratos «llave en mano» se derivan determinadas consecuencias jurídicas como: a) la indeterminación del objeto en el momento de concluir el contrato, algo que en la práctica intenta solucionarse mediante la referencia a un *standard*, es decir, a las características técnicas aplicadas a otra planta similar ya construida; b) los mayores derechos concedidos al contratista para modificar el

<sup>132</sup> Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 403.

<sup>133</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 37-46; C. MURRAY/D. HOLLOWAY/D. TIMSON-HUNT (eds), *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 608-609.

<sup>134</sup> Vid. T. WIWEN-NILSON, "Supply of Technology..." , pp. 287 y 288.

proyecto siempre y cuando se informe al cliente y, éste, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y las garantías de buena ejecución, algo que también es lógico, si se tiene en cuenta que corresponde al contratista elaborar las soluciones técnicas y la ingeniería de detalle, obligándose frente al cliente, además, a construir y a poner en funcionamiento la planta industrial correspondiente; y c) finalmente, también responde el contratista de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto. Como contrapartida, los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos, dando lugar, generalmente, a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista<sup>135</sup>.

**131.** b) Respecto a *los procedimientos de adjudicación del contrato*, cabe afirmar que en el ámbito internacional existen verdaderas fuentes de regulación que, pese a su diferente alcance y valor jurídico, permiten establecer a través de los principios de concurrencia y publicidad, en los que todas ellas se inspiran, una clasificación general de los mismos. Así, y según el grado de apertura a la concurrencia, cabe distinguir tres tipos de procedimientos: a') *procedimientos abiertos*, que son aquellos en los que todo contratista interesado puede presentar una oferta; b') *procedimientos restringidos*, en los que sólo pueden presentar ofertas los licitadores que, previamente, hayan sido seleccionados por el cliente a través de un anuncio público convocado a tal efecto; y c') *procedimientos negociados*, a través de los cuales el cliente tras haber convocado previamente la solicitud de candidatos negocia directamente el contrato con el contratista seleccionado. Cabe también la posibilidad, aunque en el ámbito internacional poco frecuente, de recurrir a la *contratación directa (marchés de gré à gré/single-source procurement)*. No obstante, cuando el cliente es un Estado o un órgano público este último procedimiento en tanto que constituye una excepción a los principios de concurrencia y publicidad, se limita a supuestos muy concretos como pueden ser la especificidad técnica del proyecto, una imperiosa urgencia derivada de acontecimientos imprevisibles que impida acudir a otro tipo de adjudicación o motivos de defensa nacional<sup>136</sup>.

**132.** Por otra parte, los criterios que han de regir la resolución de los procedimientos de adjudicación pueden reducirse, básicamente, a dos: o bien el precio, o bien el precio junto a otros factores como la capacidad técnica y financiera de la empresa, su experiencia o la mano de obra disponible.

**133.** La elección de un procedimiento de adjudicación u otro, va a depender de diferentes factores como el carácter público del cliente, -en cuyo caso, deberá atenerse a lo que dispongan las normas internas de su propio país sobre esta materia-, la naturaleza del proyecto y su complejidad técnica, así como el tipo de contrato de construcción utilizado<sup>137</sup>.

**134.** En cualquier caso, los procedimientos internacionales de adjudicación se caracterizan por tres rasgos fundamentales: a) el recurso constante a la convocatoria pública de ofertas (*appel d'offres / tendering or bidding procedure*); b) la utilización generalizada de un procedimiento de pre-calificación de empresas que tiene por objeto reducir al mínimo los riesgos de insolvencia, seleccionando previamente a los licitadores sobre la base de criterios rigurosos; y c) finalmente, una clara tendencia hacia la utilización del procedimiento restringido<sup>138</sup>.

**135.** Uno de los inconvenientes que presentan los contratos «llave en mano» es, precisamente, la dificultad de recurrir a procedimientos competitivos, no sólo por la ardua tarea de comparar proyectos dispares elaborados por los propios contratistas sino, también, por el riesgo de que las empresas

<sup>135</sup> Vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts for Heavy Plants...", pp. 108 y 109; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 286; T. WIWEN-NILSON, "Supply of Technology...", p. 286.

<sup>136</sup> Sobre las fuentes de regulación de los procedimientos de adjudicación en el ámbito internacional, *vid.*, G. ROSENBERG, "International Construction Procurement. The Developing Regulatory Framework", *ICLR*, 1997, pp. 168 y ss.

<sup>137</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 49 y 50.

<sup>138</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 105; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 50-54; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 732 y ss., esp. pp. 733-739.

más competentes se vean amenazadas por los bajos precios ofertados por empresas indebidamente cualificadas<sup>139</sup>.

**136.** Para superar estos obstáculos, se han propuesto diferentes procedimientos como el sistema de licitación en dos fases (*System of Two-Stage Bidding*). En la primera de ellas, se procede a una presentación de ofertas técnicas que sirven al cliente para poder elaborar unas prescripciones comunes que, posteriormente, en una segunda fase, son remitidas a los licitadores para que presenten de nuevo sus ofertas siendo, entonces, cuando se tiene en cuenta el precio. Este sistema que tiende a introducir en la medida de lo posible el principio de concurrencia y de publicidad en los contratos «llave en mano» encuentra, sin embargo, dos inconvenientes: por una parte, la negativa de los contratistas a ofrecer su tecnología o *know-how* y por otra, la posible incursión de responsabilidad en la concepción de la obra por parte del cliente<sup>140</sup>.

**137.** Dejando a un lado la contratación directa, cabe afirmar que el procedimiento restringido y el procedimiento negociado con publicidad son los que mejor se adaptan a las peculiaridades de los contratos «llave en mano».

**138.** Una vez adquiridos los documentos de licitación por parte de las empresas interesadas o previamente seleccionadas a través del procedimiento de precalificación, se procede a la *preparación y presentación de ofertas*. En el ámbito internacional, dada la magnitud y complejidad de los proyectos, es práctica habitual que se constituyan grupos de empresas, a tal efecto<sup>141</sup>.

**139.** En la oferta, generalmente, el empresario: a) manifiesta su intención de concluir un contrato con el cliente conforme a los documentos de licitación que, previamente, ha examinado y comprobado; b) determina los límites de su responsabilidad; c) propone un precio y d) asume el compromiso de quedar vinculado por su propuesta hasta el momento indicado por el cliente en el anuncio de licitación. Concretamente, los documentos FIDIC, en el formulario de oferta (*Letter of Tender*) que incluyen, limitan este derecho a retirar, modificar o completar la oferta a un periodo de tiempo que comprende desde la recepción por el cliente hasta una fecha previamente establecida, que suele ser la señalada para la adjudicación del contrato. Junto a estos elementos esenciales, la oferta, a la que generalmente se adjunta un anexo (*Appendix to Tender*), puede incluir: el programa de ejecución de la obra; los métodos de construcción a seguir; el personal y los materiales que serán utilizados e, incluso, si así lo solicita el cliente, algunas propuestas complementarias de financiación y modificaciones relativas a determinados aspectos del proyecto<sup>142</sup>.

**140.** En el ámbito de la construcción internacional, puede considerarse excepcional que la presentación de ofertas no vaya acompañada de la presentación de una garantía, la denominada garantía de licitación o *Tender Bond/Tender Security (Bietungsgarantie/garantie de soumission)*. Ésta garantía puede definirse como aquel compromiso asumido, generalmente, por un banco o compañía aseguradora (garante) de pagar una determinada cantidad de dinero al cliente (beneficiario), cuando el licitador incumpla las obligaciones que se derivan de su oferta, por ejemplo, cuando retire su proposición antes de que expire el plazo indicado, cuando se niegue a firmar el contrato que le ha sido adjudicado o, simplemente, no deposite la garantía de buena ejecución. También tiene por objeto asegurar al cliente de las proposiciones temerarias de aquellos empresarios que no tuvieran los medios técnicos o financieros necesarios para ejecutar el proyecto. Su montante se sitúa entre el 1 al 5% del valor de la oferta, pudiendo llegar, excepcionalmente, hasta el 10%. No obstante, cabe la posibilidad de que el cliente establezca

<sup>139</sup> Vid. A. COSSETTE, "Certaines difficultés de la phase précontractuelle dans les contrats internationaux clé en main", *Rev. jur. pol. indép et coop.*, 1988, pp. 499 y ss., esp. pp. 501 y 502; I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, pp. 408 y 409.

<sup>140</sup> Vid. G. WESTRING, "Turnkey Heavy Plant Contracts...", pp. 235 y 236.

<sup>141</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 107 y 108.

<sup>142</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, p. 109; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 53.

una cantidad fija para evitar las diferencias derivadas de los distintos precios propuestos siendo, a su vez, relativamente frecuente, -sobre todo cuando el cliente es una persona pública-, que se exija el pago a primera demanda<sup>143</sup>.

**141.** El plazo de validez de esta garantía se extiende o bien, hasta el momento en que el beneficiario acepta la oferta y se firma el contrato o bien, en caso de que no se formalice el contrato, hasta que sea entregada por el adjudicatario la garantía de buena ejecución, momento éste que se hace coincidir con la devolución de las demás garantías al resto de licitadores, en tanto que hasta entonces no media certeza alguna sobre la existencia del contrato.

**142.** Tras la *apertura de ofertas*, el cliente puede solicitar aclaraciones a cualquier licitador sobre determinados aspectos de su plica. Una vez seleccionada la oferta más ventajosa, el cliente notifica al empresario correspondiente la intención de aceptar su oferta a través de una carta de intención (*letter of intent*), documento precontractual por excelencia en el ámbito de la construcción internacional, que no tiene otro objeto sino el de preparar la *negociación del contrato*. Durante este periodo de tiempo, el cliente y el contratista discuten los aspectos sobre los que no exista acuerdo así como las posibles reservas que haya podido hacer éste último en su oferta respecto a determinados puntos de los documentos de licitación<sup>144</sup>.

**143.** También conviene incluir en la carta de intención determinadas cláusulas que, ante la prolongada duración de las negociaciones, a veces de 1 a 3 años, velen por los intereses del contratista como: la *cláusula de confidencialidad*, por la que el cliente se obliga a no comunicar, divulgar o explotar las informaciones técnicas suministradas durante las negociaciones o después de las mismas, si éstas fracasan, o la *cláusula de exclusividad*, en virtud de la cual el cliente se compromete a no mantener negociaciones paralelas con otros contratistas, y que no son más que una concretización de la obligación de negociar de buena fe. En este tipo de cláusulas es recomendable, para evitar o, en su caso, facilitar la resolución de posibles litigios, que se prevea una indemnización alzada en caso de incumplimiento como, también lo es, que se incluya un mecanismo alternativo de resolución de litigios o ADR.

**144.** La *conclusión del contrato* tiene lugar cuando el cliente, finalizadas las negociaciones, remite al contratista una carta de aceptación (*Letter of Acceptance*) sin que sea necesario, a tal efecto, que se formalice por escrito el acuerdo<sup>145</sup>. No obstante, cuando alguna de las partes contratantes lo solicite, puede formalizarse el acuerdo por escrito, algo que, generalmente, sucede cuando interviene un Estado o empresa pública; cuando el contratista solicita financiación a un órgano de crédito a la exportación, -en tanto que en este supuesto al igual que en el anterior, la existencia de un contrato formal se erige en un requisito indispensable para poder llevar a cabo una operación posterior<sup>146</sup>-; o simplemente, cuando se desee buscar una mayor seguridad y certeza jurídica. En cualquier caso, los gastos de preparación y elaboración de la formalización escrita del contrato -normalmente, un breve documento en el que se incorporan por referencia los documentos contractuales y se plasman las firmas de los sujetos contratantes-, por regla general, corren por cuenta del cliente<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne, 1986, esp. p. 36; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting...*, pp. 33 y 34; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 64-70, esp. p. 67.

En las Condiciones FIDIC, estas garantías quedan sujetas a las ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (ICC Pub. n° 458, 1ª ed. 1992). Este último documento ha sido revisado en 2010 (ICC Publ. N° 758). Dichas normas uniformes sobre garantías a demanda de la CCI también han sido incorporadas en sus documentos estándar por el Banco Mundial y por la UNCITRAL.

<sup>144</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 113-115; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 58 y ss., esp. pp. 61; E. HERZFELD/R. HADLEY, *Contracting and Subcontracting...*, p. 2; A. MARI/L. SIMONETTI, "Agreements to agree, agreements to negotiate ed obbligo precontrattuale di buona fede nel diritto inglese e nel diritto nord-americano. (Un'analisi comparativa alla luce di una recente sentenza della House of Lords)", *Dir. com. int.*, 1992, pp. 601 y ss.

<sup>145</sup> En este sentido, el formulario de oferta (Letter of Tender) contenido en los contratos-tipo de la FIDIC establece que: "Unless and until a formal Agreement is prepared and executed this Letter of Tender, together with your written acceptance thereof, shall constitute a binding contract between us".

<sup>146</sup> Vid. R. N. H. GOULD, "Construction Financing. Effects on Other Contractual Provisions", *Int. Bus. L.*, 1993, pp. 117 y ss.

<sup>147</sup> Vid. Sub-cláusula 1.6 de las Condiciones FIDIC (Libro Rojo, Libro Amarillo y Dorado) en la que se establece que: "The

**145.** Durante el periodo de tiempo comprendido desde la fecha de entrada en vigor del contrato hasta el inicio ejecución material del proyecto, se derivan del contrato una serie de obligaciones para cada una de las partes. Así, el cliente debe, generalmente: a) proporcionar la asistencia necesaria al contratista para la adquisición de los permisos, licencias o autorizaciones administrativas requeridas para la ejecución de las obras -los permisos de construcción, los permisos de entrada, residencia y salida del personal del contratista o las licencias de importación y exportación de los materiales y equipos-. En determinados casos, este deber de asistencia que se sustenta sobre el mejor conocimiento del Derecho local y de la prácticas administrativas por parte del cliente puede quedar supeditado, sin embargo, a la previa solicitud del contratista b) poner a disposición del contratista el lugar dónde han de ser ejecutadas las obras; y c) seleccionar al personal de explotación de la planta industrial correspondiente<sup>148</sup>.

**146.** Por su parte, el contratista antes de que se inicie la ejecución de las obras debe: a) obtener todos los permisos, autorizaciones o licencias exigidas por las autoridades públicas del país de ejecución<sup>149</sup> y b) elaborar y entregar al cliente o a su representante en la fecha que haya sido acordada en el documento de oferta, el *programa de ejecución*. En éste, normalmente, ha de indicarse el orden sucesivo en el que van a ser desarrolladas las obras, así como los aspectos y actividades más relevantes de los documentos necesarios para la ejecución del contrato. No obstante, cualquier alteración importante que efectúe el contratista en el programa durante la ejecución de las obras debe ser comunicada al cliente o a su representante<sup>150</sup>.

## B) Fase de ejecución del contrato

**147.** Durante esta fase, que comienza con la orden del cliente de ejecutar las obras y se prolonga hasta la recepción de las mismas, adquiere una especial relevancia el papel desempeñado por el contratista pues éste es, en definitiva, quién asume frente al cliente la obligación global que se deriva del contrato «llave en mano». No obstante, es habitual que, junto a él, intervengan también en la ejecución del contrato otros sujetos como los representantes de cada una de las partes y los subcontratistas.

**148.** De los contratos «llave en mano», pese a las diferencias que en la práctica puedan presentar, cabe afirmar que siempre se derivan unas obligaciones básicas y esenciales para cada una de las principales partes contratantes: el cliente y el contratista.

### a) Obligaciones del cliente

**149.** La obligación principal que asume el cliente en el contrato «llave en mano» es, sin lugar a dudas, el pago del precio.

**150.** Aunque en el ámbito de la construcción internacional, existen diferentes métodos para la fijación de precios, los más utilizados son: el precio alzado (*Lump-Sum*), el precio unitario o por unidad

---

Parties shall enter into a Contract Agreement, within 28 days after the Contractor receives the Letter of Acceptance, unless they agree otherwise. The Contract Agreement shall be based upon the form annexed to the Particular Conditions. The costs of stamp duties and similar charges (if any) imposed by law shall in connection with entry into the Contract Agreement shall be borne by the Employer". En el Libro Plateado de la FIDIC, la firma del acuerdo deviene obligatoria (sub-cláusula 1.6).

Por otra parte, conviene tener en cuenta que el contenido de los contratos internacionales de construcción no se limita a las condiciones generales que establecen los deberes y obligaciones de las partes sino que, junto a ellas, también integran el contrato, las especificaciones técnicas y financieras. No obstante, en la práctica, se observa como en numerosas ocasiones los asesores jurídicos -tal vez, guiados por su formación o deformación profesional-, centran su atención sólo y exclusivamente en las condiciones generales, descuidando, erróneamente, el resto de los documentos integrantes del contrato que, pese a su carácter técnico, pueden llegar a tener importantes efectos legales. Vid. M. E. SCHNEIDER, "International Construction...", p. 318.

<sup>148</sup> Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, p. 66; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 157 y 158.

<sup>149</sup> Vid. Sub-cláusula 1.13 de las Condiciones FIDIC.

<sup>150</sup> Dicha obligación va acompañada de una garantía de ejecución, vid. Sub-cláusula 4.2 Condiciones FIDIC.

de medida (*Unit-Price*) y el precio de margen fijo (*Cost-Reimbursable*). En este sentido, se habla de contratos a precio alzado (*Lump-Sum Contracts*) que son aquellos en los que la obra se realiza a cambio de un precio global, asumiendo el contratista el riesgo derivado de una valoración errónea de las cantidades de obra que resulten finalmente ejecutadas; contratos de precio unitario o por unidad de medida (*Unit-Price Contracts (U.S)/Measured or Schedule Contracts (U.K.)*), en los que se señala un precio por unidad de obra y, contratos de margen fijo (*Cost Reimbursable/Cost plus Fee/Prime-Cost* o *Cost-Fixed Contracts*) que implican una determinación del precio basada en los costes reales (*Cost*) más un honorario fijo (*Fee*) que cubre el beneficio y los gastos generales del contratista<sup>151</sup>.

**151.** En los *contratos de precio unitario o por unidad de medida* es esencial que el ingeniero realice una estimación aproximada de las cantidades necesarias para cada unidad de obra en las que se divide el proyecto, siendo ésta, posteriormente, remitida a los contratistas a través de un documento, denominado *Schedule or Bill of Quantities*, para que éstos propongan en sus respectivas ofertas un precio por unidad de obra. Durante la ejecución de las obras, las cantidades utilizadas se someten a medición, en determinadas ocasiones por verdaderos especialistas en la materia (*Quantity Surveyors*) y se calculan sobre la base de los precios unitarios propuestos por el contratista correspondiente. Por tanto, a través de este sistema de fijación de precios es el cliente quien asume el riesgo de una estimación errónea de las cantidades inicialmente previstas, pero en contrapartida éste paga siempre al contratista las cantidades de obra realmente ejecutadas o *as built*. Si en los contratos «llave en mano», en los que el proyecto es elaborado por el contratista, se utilizase este método para determinar el precio, el cliente se encontraría siempre con el problema de discernir si las cantidades inicialmente previstas responden a una estimación real o si, por el contrario, han sido subestimadas por el contratista para que le sea adjudicado el contrato. Además, en determinadas ocasiones, son las propias características de los proyectos industriales las que impiden su división en unidades con vistas a establecer un precio<sup>152</sup>.

**152.** Éste en los *contratos de margen fijo* se calcula después de la ejecución del contrato sobre la base de los costes reales (*Cost*) más el beneficio del contratista (*Fee*), generalmente, un tanto por ciento del coste final o una cantidad alzada. Para incentivar al contratista a trabajar de forma rápida y eficaz bajo este tipo de contratos, es frecuente establecer una cantidad fija en concepto de costes (*Target* o *Upset Cost*). En función de ésta, y en función de que los gastos finales sean inferiores o superiores a la misma, se concede o no un incremento de beneficio al contratista. No obstante, este sistema de fijación de precios requiere un especial control de los costes por parte del cliente que, difícilmente, puede ser ejercido cuando se trata de fijar el precio en los contratos «llave en mano» en tanto que una buena parte de los mismos se ejecuta en el país del contratista<sup>153</sup>.

**153.** Por tanto, cabe concluir que de estos tres métodos de fijación de precios, el que mejor se adapta a las características de los contratos «llave en mano» es el *precio alzado*. Ahora bien, que el pre-

<sup>151</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 125 y ss.; J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990; A. GIARDINA, "La determinazione del prezzo nei contratti internazionali", *Riv. dir. priv. proc.*, 1993, pp. 283 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 72 y ss., esp. pp. 76-81; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 143 y ss.

<sup>152</sup> Vid. I.N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contract...*, pp. 423 y ss.

<sup>153</sup> En los contratos de margen fijo o *Cost plus Fee*, a diferencia de lo que sucede en los contratos a precio alzado, el precio sólo se conoce una vez han sido ejecutadas las obligaciones. Entre los costes directos o *Cost*, se incluyen: los salarios reales de la mano de obra; los gastos de residencia y de viaje; los suministros de bienes y materiales, etc..., en definitiva, todos aquellos gastos relacionados directamente con la realización de la obra. Dentro del *Fee* u honorarios, se engloban: el beneficio del contratista; los servicios profesionales prestados por éste y por su personal ejecutivo, salvo que se relacionen directamente con la realización de la obra; así como todos los gastos generales de mantenimiento y organización. Una de las ventajas que se derivan de este tipo de contratos es que permiten llevar a cabo una adaptación permanente de los mismos ante el surgimiento de circunstancias imprevisibles -propias de la vida económica contemporánea- en tanto que las prestaciones monetarias se ajustan de forma real y efectiva a las prestaciones realmente ejecutadas. Sobre este tipo de contratos, vid. M. BOUHACENE, *Droit international de la coopération industrielle*, Paris, 1982, pp. 327 y ss.; I. N. DUNCAN WALLACE, "Contracts for industrial Plant Projects", *ICLR*, 1984, pp. 322 y ss., esp. pp. 345 y 346; *íd.*, *Construction Contract...*, p. 421; J. JEHL, *Le commerce international...*, pp. 448-451; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 80 y 81; A. MEZGHANI, "Le contrat cost + fee", *JDI*, 1984, pp. 241 y ss.

cio sea alzado no significa que no admita fraccionamiento. No obstante, para poder llevarlo a cabo, es necesario que se adjunte al contrato «llave en mano» un documento en el que se indiquen cada uno de los precios propuestos para las partes en la que ha quedado descompuesto el proyecto sin que sea necesario, a tal efecto, determinar -a diferencia del presupuesto detallado utilizado en el método de precios unitarios- las cantidades requeridas por unidad de obra. Con este fraccionamiento del precio, se consigue facilitar el pago a los distintos sujetos que, junto al contratista y pese a la responsabilidad global que éste asume bajo el contrato «llave en mano», intervienen en la ejecución de las prestaciones que lo integran, y se permite, a su vez, despejar las posibles incertidumbres que puedan existir respecto al tipo de moneda -local o extranjera- en la que deben ser remunerados determinados trabajos<sup>154</sup>.

**154.** El precio alzado en los contratos «llave en mano» puede combinarse con precios unitarios para determinados trabajos, siempre y cuando para estos últimos se prevea en el contrato un sistema de mediciones. También cabe la posibilidad, cada vez más frecuente en la práctica comercial, de efectuar pagos periódicos o fraccionados (*Interim Payment*) sólo que su determinación, a diferencia de la que se lleva a cabo en el sistema de precios unitarios a través de mediciones y cálculos, se basa en una valoración del desarrollo progresivo de las obras. Además, el precio alzado admite revisión, es decir, que no tiene por que ser un precio fijo (*Fixed Price*). En efecto, es práctica común no sólo en los contratos «llave en mano» sino también en el ámbito de la construcción internacional, en general, incluir determinadas cláusulas que tienen por objeto adaptar el precio a las posibles modificaciones que puedan sobrevenir en curso de ejecución, distintas a las derivadas de un error en la valoración de las partes. En este sentido, las cláusulas más habitualmente utilizadas son: las *fluctuations, variation of price or rise and fall clauses*, que tienen en cuenta las consecuencias y riesgos de la inflación sobre los costes de la mano de obra y los materiales transfiriéndolos, generalmente, al cliente; las *changes or variations clauses*, que prevén un incremento del precio como consecuencia del derecho del cliente a ordenar modificaciones en los trabajos; y las *hardship clauses*, que establecen un aumento de precio como consecuencia de acontecimientos imprevisibles que rompen el equilibrio contractual<sup>155</sup>.

**155.** Esto conduce a afirmar que incluso en los contratos de precio alzado, como generalmente son los contratos «llave en mano», tampoco existe certeza absoluta respecto a la determinación final del precio. De ahí que sea frecuente recurrir a determinados mecanismos de fijación como el sistema de precio máximo con bonificaciones y/o penalizaciones.

**156.** Por otra parte, es práctica común en el ámbito de la construcción internacional que, durante la ejecución de contrato, el cliente encargue a otra persona, generalmente, un ingeniero que le represente a pie de obra. Aunque los poderes que se le pueden conferir al representante del cliente (*Employer's Representative*) varían de un contrato a otro, normalmente éste puede ordenar determinadas modificaciones en las obras; dar instrucciones al contratista; verificar la calidad de los bienes de equipo y de los materiales que deben de ser incorporados a la obra; así como emitir las certificaciones de pago<sup>156</sup>.

#### b) Obligaciones del contratista

**157.** De forma general, cabe afirmar que el contratista en los contratos «llave en mano» asume frente al cliente *una obligación global de resultado*: la obligación de concebir, construir y poner en fun-

<sup>154</sup> Vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts...", pp. 110-112.

<sup>155</sup> Vid. I. N. DUNCAN WALLACE, *Construction Contracts...*, p. 431; J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats...*, pp. 73 y ss. y pp. 108 y ss.; S.A. SILARD, "Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales", *JDI*, 1972, pp. 213 y ss.

<sup>156</sup> En este sentido, *vid.* Cláusula 3 Condiciones FICIC. Llama, no obstante, la atención la función que, las citadas condiciones generales, atribuyen al representante del cliente en la resolución de los problemas que puedan suscitarse en torno a la determinación del valor, los costes o extensión del plazo contractual. Cuando éstos surgen, corresponde en un primer momento al representante del cliente intentar llegar a un acuerdo con el contratista, y en su defecto, adoptar una decisión justa, sin perjuicio del derecho del contratista a recurrir tal decisión a través de los mecanismos de resolución de litigios previstos en el contrato (*vid.* sub-cláusula 3.5 y cláusula 20).

cionamiento un proyecto determinado. Casi todos los contratos «llave en mano» contienen una cláusula, la denominada cláusula «llave en mano», en la que se especifica que, como consecuencia de esta obligación de resultado, el contratista no sólo está obligado a realizar lo expresamente pactado sino también todo lo que sea necesario para la efectiva ejecución del contrato<sup>157</sup>.

**158.** Pero esta obligación que asume el contratista en los contratos «llave en mano» es, a su vez, *una obligación compleja*, esto es, que está integrada por diversas prestaciones. De todas ellas, las que, generalmente, quedan reguladas de forma expresa en el contrato son las siguientes:

**159.** a) *La concepción detallada del proyecto (Design)*, que siempre tiene lugar, a diferencia de los contratos tradicionales de construcción, después de la conclusión del contrato, y la elaboración de todos los documentos que lo integran (*Construction Documents*), entre los que se incluyen los planos de ejecución de la obra, los dibujos, los cálculos, y los modelos o muestrarios. Según las Condiciones FIDIC, tanto uno como otros, deben de respetar la ley del lugar de ejecución de la obra y la legislación vigente en materia de normalización técnica, construcción, edificación y protección medioambiental<sup>158</sup>. No obstante, en la práctica, es habitual que el proyecto se legalice conforme a la normativa vigente en el país del contratista, algo que si bien resulta, en cierta medida, lógico ante el mayor conocimiento que el contratista posee de su propia ley, no deja de ser arriesgado e inadecuado para el cliente que ante el desconocimiento de la normativa extranjera, pierde el control sobre la calidad y seguridad del proyecto que se pretende construir. De ahí que, con el fin de evitar posibles abusos, sea conveniente que la legalización y el visado del proyecto y de los demás documentos necesarios para la ejecución de la obra se hagan conforme a la normativa local del cliente o, como mínimo, se lleve a cabo un control por parte de este último sobre este aspecto.

**160.** El hecho de que la concepción del proyecto corra a cargo del contratista, justifica que se le conceda a éste el derecho a introducir las modificaciones que estime oportunas, siempre y cuando se respeten las exigencias del cliente y los parámetros técnicos y funcionales garantizados. En contrapartida, es necesario que se mantenga al cliente informado al respecto, siendo habitual que, a tal efecto, se prevean en el contrato determinados procedimientos de revisión y aprobación (*Pre-Construction Review*) que tienen por objeto controlar el desarrollo progresivo de todos aquellos documentos necesarios para la construcción de la obra. En algunos casos, incluso, se establece en los contratos una distinción entre: a') documentos que han de ser presentados al cliente con el único fin de mantenerle informado -como, por ejemplo, los informes progresivos que mensualmente ha de presentar el contratista al cliente<sup>159</sup>-; b') documentos que pueden ser objeto de revisión cuando están siendo elaborados -como, por ejemplo, los documentos necesarios para la ejecución de la obra (planos, dibujos, muestras, etc...)-; y c') documentos que deben someterse a revisión y aprobación -como, por ejemplo, los documentos necesarios para la construcción de la obra antes de su utilización-<sup>160</sup>.

**161.** b) *El suministro de tecnología*, también, puede formar parte de la obligación global del contratista. Éste, generalmente, se compromete a ceder al cliente todos los derechos de propiedad industrial necesarios para la construcción y funcionamiento de la planta industrial proyectada. También, cabe la posibilidad de concluir un contrato separado a tal efecto. En cualquier caso, el contratista debe garantizar siempre al cliente que podrá utilizar la tecnología suministrada sin violar derechos de terceros<sup>161</sup>.

**162.** Pero, en los contratos «llave en mano», junto a los derechos de propiedad industrial también se transfiere tecnología a través de los planos y prescripciones técnicas *as built* suministrados por el

<sup>157</sup> Así se deduce de la sub-cláusula 4.1 de las Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

<sup>158</sup> En este sentido, la sub-cláusula 5.4 de las Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

<sup>159</sup> Vid. Sub-cláusula 4.21 Condiciones FIDIC, a excepción del *Libro Rojo*.

<sup>160</sup> Vid. T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology...", pp. 286 y 287.

<sup>161</sup> *IBIDEM*, pp. 284 y 285.

contratista al cliente; los manuales de mantenimiento y funcionamiento de la planta industrial e, incluso, a través de las instrucciones dadas por el contratista a pie de obra<sup>162</sup>.

**163.** La larga duración de los contratos «llave en mano», unido al hecho de que en ellos sea el contratista el que se encargue de la elaboración del proyecto, una vez concluido el contrato, conduce en determinadas ocasiones a prever que, ante posibles modificaciones de la tecnología suministrada, éste se obligue a informar al cliente de todas las mejoras que se hayan podido producir, correspondiendo a este último la decisión de incorporarlas o no. En otras ocasiones, la obligación del contratista consiste en adaptar automáticamente tales mejoras, reservándose, no obstante, siempre el cliente su derecho a rechazarlas<sup>163</sup>.

**164. c)** *El suministro de personal y mano de obra -local o extranjera- y de maquinaria (Plant) y materiales necesarios (Materials).* Respecto al personal y a la mano de obra, corresponde al contratista su remuneración, alojamiento, manutención y transporte<sup>164</sup>. Los contratos laborales que celebre el contratista se regirán por la correspondiente ley aplicable, ya sea ésta local o extranjera. También, debe éste asegurarse de que se cumplen todas las medidas oportunas en materia de seguridad, protección y sanidad, pudiendo nombrar, a tal efecto, a una persona en la obra que se encargue de su cumplimiento. No obstante, el cliente puede exigir, en cualquier momento, al contratista que retire a cualquier persona empleada en la ejecución de los trabajos, incluido su representante, por mal comportamiento; por incompetencia o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; por incumplir cualquier disposición contractual; o por persistencia en una conducta que sea perjudicial para la salud, seguridad o protección medio ambiental.

**165.** También corresponde al contratista el suministro y transporte de los bienes de equipo y materiales que han de ser incorporados a la obra. Éstos, generalmente, se manufacturan y se preparan en un lugar distinto al de la ejecución del proyecto, que puede ser el país del contratista o un tercer Estado. De ahí que el contratista deba permitir en todo momento, la inspección, examen o comprobación de los mismos por parte del cliente o de su representante. No obstante, el suministro de determinadas máquinas y materiales puede correr, también, cuando así lo acuerden las partes, a cargo del cliente. Por otra parte, y por lo que se refiere al transporte de estos materiales y bienes de equipo es frecuente que éste se rija por los INCOTERMS de la CCI, siendo entre ellos, la fórmula FOB, la más utilizada.

**166. d)** *Construcción de las obras.* Como requisito previo a la realización de las obras, el contratista tiene la obligación de obtener todos los permisos exigidos por las autoridades públicas del país de ejecución<sup>165</sup>. También debe suministrar todas aquellas máquinas y materiales que, aún siendo de su propiedad, sean necesarios para la efectiva ejecución de la obra, sin que éstos puedan ser retirados sin el previo consentimiento del cliente o su representante<sup>166</sup>.

Ahora bien, si al cliente le corresponde la obligación de poner a disposición del contratista el lugar dónde ha de ser ejecutada la obra, es competencia de este último, encargarse de los accesos por carretera, de su señalización, de la obtención de los permisos necesarios, a tal efecto, así como hacer frente a las posibles cargas legales que graviten sobre los mismos. También es frecuente que se prevean durante la ejecución del contrato determinadas obligaciones de organización y mantenimiento de la obra tales como la retirada de escombros o la adopción de medidas de seguridad y protección al medio ambiente, que no son más que una consecuencia de la aplicación inmediata de la reglamentación local a esta materia<sup>167</sup>.

<sup>162</sup> Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp.69 y ss.

<sup>163</sup> Vid. T. WIWEN-NILSSON, "Supply of Technology...", p. 285.

<sup>164</sup> Vid. Sub-cláusula 6.1 Condiciones FIDIC.

<sup>165</sup> Así, se contempla en la sub-cláusula 1.13 de las Condiciones Generales la FIDIC.

<sup>166</sup> Vid. la sub-cláusula 4.17 Condicones Generales FIDIC.

<sup>167</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 111.

**167.** e) *La puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada.* En este sentido, es frecuente que en el contrato se prevea la realización por parte del contratista de una serie de *tests* o pruebas, a las que se hará referencia más adelante, con el fin de comprobar el exacto cumplimiento de sus obligaciones.

**168.** f) Además, el contratista puede asumir obligaciones de *asistencia técnica*, tales como la formación de personal local o la obligación de mantenimiento fuera del periodo de garantía. Por regla general, estas obligaciones no forman parte de la obligación global de resultado que se deriva de los contratos «llave en mano» sino que, más bien, quedan configuradas como simples obligaciones accesorias. Para este tipo de prestaciones, es aconsejable que el cliente celebre un contrato distinto con otras empresas especializadas.

**169.** Normalmente, el contratista, que puede ser una empresa o, lo que es más habitual, un grupo de empresas, puede estar representado a pie de obra, al igual que el cliente, por una persona nombrada a tal efecto. Las funciones del representante del contratista (*Contractor's Representative*) son, principalmente, dos: por una parte, dirigir tanto la preparación de los documentos relativos a la concepción del proyecto como la ejecución de las obras, y por otra, recibir todas las instrucciones, notificaciones y certificaciones emitidas por el cliente o su representante<sup>168</sup>.

### C) Sistema de garantías

**170.** Las propias características de los contratos «llave en mano», especialmente su larga duración y los importantes intereses económicos que ponen en juego, justifican que, en ellos, se recurra con el fin de asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan del contrato a un sistema reforzado de garantías. Las funciones que éstas desempeñan son, sin embargo, distintas. Así, mientras que unas sirven para precisar el contenido de la obligación de resultado del contratista -tal y como se verá más adelante al hilo de la recepción de las obras por ser, ese, el momento en el que entran en juego, otras tienen por objeto proporcionar una cierta seguridad financiera al cliente en caso de incumplimiento del contratista. Estas últimas, siguiendo un uso extendido en el tráfico mercantil, adoptan generalmente la forma de garantías bancarias.

**171.** La difusión en el comercio internacional de las garantías personales, en general, y de las garantías bancarias en especial, se ha visto favorecida por la proliferación de operaciones que, como los contratos «llave en mano», son cada vez más complejas. Concretamente, en los contratos internacionales de construcción, cabe afirmar que las garantías bancarias encuentran un ámbito potencial de aplicación. En efecto, en éstos, junto a la garantía de sumisión de la oferta exigida normalmente a los contratistas durante la fase de negociación del contrato, hay que añadir como parte esencial de los mismos otras dos garantías: la garantía de buena ejecución y la garantía de restitución a cuenta. Tanto una como otra, quedan generalmente constituidas como garantías bancarias<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Vid. K. M. PEROLINI, "The Contractor's Consultant", *ICLR*, 1985, pp. 59 y ss. Esta posibilidad que tiene el contratista de nombrar a un representante a pie de obra queda contemplada, también, en la sub-cláusula 4.3 de las Condiciones FIDIC.

<sup>169</sup> Sobre las garantías contractuales en el comercio internacional, vid., en general, AA.VV., Régimen jurídico de las garantías contractuales en el comercio internacional, Madrid, 1981; íd., Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional, Madrid, 1981; íd., Tratado de las garantías en la contratación mercantil, Madrid, 1996; R. F. BERTRAMS, Bank guarantees in international trade, 2ª ed., Deventer, 1996; A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Las garantías contractuales (Fianza, garantías autónomas y Cartas de patrocinio en el comercio internacional)", en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Contratos internacionales, Madrid, 1997, pp. 1186 y ss.; U. DRAETTA/C. VACCÀ (coord.), Le Garanzie contrattuali. Fidejussioni e contratti autonomi di garanzie nella prassi interna e nel commercio internazionale, Milano, 1994; CH. GAVALDA/J. STOUFFLET, "La lettre de garantie internationale", *Rev. trim. dr. com.*, 1980, pp. 1 y ss.; L. HERNÁNDEZ MUÑOZ, Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional, Madrid, 2013; E. HERVÁS CUARTERO, "Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983, pp. 579 y ss.; N. HORN/E. WYMEERSCH, Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade, Deventer/Boston, 1990; Y. Poullet, "Les garanties contractuelles dans le commerce international", *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 387 y ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi, Milano, 1984; F. SACRISTÁN BERGIA, El contrato de contragarantía (en el

## a) La garantía de buena ejecución

**172.** A través de las garantías de buena ejecución (*Performance Security/garantie de bonne exécution/Liefer und Leistungsgarantie*) la entidad bancaria correspondiente (garante) asume la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero al cliente (beneficiario) en caso de que el contratista (deudor principal) incumpla o cumpla defectuosamente sus obligaciones contractuales. Éstas tienen un doble objeto: por una parte, sirven como medio de presión sobre el contratista para que no abandone la obra antes de cumplir sus obligaciones contractuales, y por otra, sirven para asegurar al cliente los medios financieros necesarios que le permitan, en caso de dificultades durante la recepción definitiva, terminar el contrato y conseguir la ejecución efectiva y material del proyecto<sup>170</sup>.

**173.** Por exigencias del cliente, en la práctica, éstas garantías además quedan, generalmente, constituidas como garantías a primera demanda o primer requerimiento (*Demand Guarantees*), es decir, aquellas en las que un banco (garante), a solicitud de otra persona (deudor principal), se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero ante la reclamación escrita del beneficiario.

**174.** El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las garantías a primera demanda como obligaciones accesorias u obligaciones independientes de la obligación garantizada, puede considerarse, hoy en día, superado. En el Derecho comparado, es opinión mayoritaria considerar las garantías a primera demanda como obligaciones independientes o abstractas. Esta calificación jurídica originariamente propuesta por la doctrina alemana, concretamente por STAMLER, conduce a definir el contrato de garantía como un contrato en virtud del cual el garante se obliga a responder, hasta un importe máximo y por tiempo determinado, de la consecución de un resultado económico determinado, derivándose, por tanto, del mismo una obligación principal, no accesorias de la obligación asegurada<sup>171</sup>.

**175.** Aunque estas garantías se basan siempre en la existencia de una obligación externa, no tienen por objeto el cumplimiento de la misma sino más bien otra obligación distinta consistente en pagar una determinada cantidad de dinero. Es precisamente, en este sentido, en el que cabe afirmar que son obligaciones abstractas o no accesorias de la obligación subyacente<sup>172</sup>.

---

ámbito de las garantía bancarias a primera demanda, Madrid, 2006; E. SCHAEFFER, “Des garanties bancaires a première demande dans les contrats clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. et coop.*, 1988, pp. 727 y ss.; CL. M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade...*, pp. 446 y ss.; F. G. VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 1982.

<sup>170</sup> Vid. G. W. JONES, “Performance Guarantees of Construction Contract: Surety Bonds Compared to Letters of Credit as Vehicles to Guarantee Performance”, *ICLR*, 1994, pp. 3 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 174.

<sup>171</sup> Vid. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; *id.*, “La garanzie bancarie nel commercio internazionale”, *Dir. com. int.*, 1987, pp. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Las garantías contractuales...”, pp. 1201 y ss.; J. CAMACHO DE LOS RÍOS, “Interpretación de las cláusulas a «primera demanda» en los contratos mercantiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1994, pp. 393 y ss., esp., pp. 395 y 396; A. CARRASCO PERERA, “Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento”, en Aa.Vv., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. I, Madrid, 1996, pp. 629 y ss., esp. pp. 695 y 696; *id.*, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1991; M. CERDA OLMEDO, *Garantía independiente. Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional*, Granada, 1991; Y. DERAÏNS, “La abstracción causalidad en la garantía: la llamada garantía a primera demanda” en *Régimen jurídico de las garantías...*, pp. 179 y ss.; G. GARONE, “Le garanzie a prima richiesta - La giurisprudenza italiana”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 35 y ss.; D. GUGGENHEIM, “La garantie bancaire principale et accessoire dans le commerce international et au regard du droit suisse” en *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, 1979, pp. 165 y ss.; N. HORN, “Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern”, *NJW*, 1980, pp. 2153 y ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, “La causa en los contratos de garantía” *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1981, pp. 709 y ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989; A. PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade*, London, 1993; G. B. PORTALE, “El contrato autónomo de garantía (causalidad y abstracción en el «Garantievertrag»?)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1990, pp. 633 y ss.; F. SACRISTÁN BERGIA, *El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantía bancarias a primera demanda)*, Madrid, 2006; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995; *id.*, “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1993, pp. 541 y ss.; M. RUBINO-SAMMARTINO, “Performance Bonds: Primary or Secondary Obligations?”, *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 125 y ss.; R. STAMLER, “Der Garantievertrag: eine civilistische Abhandlung” *Archiv für die civilistische Praxis*, LXIX, 1896, pp. 1 y ss.

<sup>172</sup> Vid. M. RUBINO-SAMMARTINO, “Performance Bonds...” p. 126; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El reconocimiento jurisprudencial...” pp. 552-555.

**176.** El efecto más importante que se deriva de este carácter autónomo de la garantía a demanda es que el beneficiario puede reclamar el pago de la garantía sin que sea necesario, a tal efecto, que pruebe el incumplimiento de la obligación garantizada, y sin que el garante pueda, en este sentido, oponer ninguna excepción que derive de la relación jurídica subyacente. A través de ellas, tiene lugar además una inversión de la carga de la prueba, en tanto que es el deudor el que ha de probar que la demanda carece de fundamento. Este tipo de garantías que favorecen al acreedor y benefician a su vez a los bancos, en tanto que se mantienen al margen de cualquier litigio que pueda surgir entre las partes de la relación garantizada, dejan sin embargo desprotegido al deudor ante posibles reclamaciones abusivas. Tal es así, que incluso se las ha llegado a calificar como «garantías suicidas».

**177.** Uno de las mayores inconvenientes que se derivan de las garantías a primera demanda, especialmente para el deudor principal, es el de su utilización abusiva. En la *praxis* de los contratos internacionales de construcción, es relativamente frecuente que los beneficiarios de las garantías a primera demanda, es decir, los clientes, amparándose en su carácter autónomo, las conviertan en un medio de presión para exigir al garante y al deudor una extensión del plazo de validez de la garantía bajo amenaza de reclamar su cumplimiento, o que incluso soliciten el pago sin que haya mediado incumplimiento del deudor. Una forma de solucionar este tipo de comportamientos abusivos consiste en exigir junto a la reclamación escrita del pago, la presentación de determinados documentos como una prueba pericial, una sentencia o un laudo arbitral. Es, en este sentido, en el que cabe afirmar que las garantías a primera demanda son garantías documentarias. No obstante, la presentación de estos documentos no es más que una obligación «formal» que, en ningún caso, impide el pago de la garantía y que, en última instancia, tan sólo facilita la prueba del incumplimiento del deudor en el posible proceso que pudiese entablarse entre éste y el acreedor<sup>173</sup>.

**178.** Por otra parte, hay que tener en cuenta que el pago de la garantía reclamada abusivamente por el beneficiario, por ejemplo, sin mediar incumplimiento, deja sumido al deudor en la difícil situación de recuperar sus fondos, incluso cuando le haya sido favorable una sentencia o laudo arbitral porque, en estos casos, generalmente, será denegado el *exequatur* en el país del beneficiario, especialmente, si éste es un Estado o empresa pública<sup>174</sup>.

**179.** El carácter absoluto de la garantía encuentra, sin embargo, un límite en el derecho del banco a negar el pago, algo que tiene lugar en dos supuestos: cuando el contrato que sirve de base a la garantía sea contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres y cuando la demanda del beneficiario sea *notoria o manifiestamente* abusiva<sup>175</sup>.

**180.** Con independencia de la forma que adquiera la garantía de buena ejecución, ya sea una garantía incondicional o una garantía condicional, su montante suele oscilar entre el 5 y el 15 % del precio total del contrato y su validez se extiende, generalmente, hasta la recepción definitiva de la obra.

**181.** Pero las garantías de buena ejecución también pueden quedar configuradas como *Performance Bond*. A través de esta figura de origen anglo-americano, el garante, generalmente, una compañía aseguradora (*Bonding Company* o *Surity Company*), se compromete frente al cliente a cumplir el contrato en caso de que el contratista no pueda hacerlo. Este tipo de garantías, especialmente utilizadas en los contratos internacionales de construcción, a diferencia de las garantías bancarias, no tienen por objeto el pago de una suma de dinero sino la ejecución *in natura* de la obligación asegurada, siendo necesario, a tal efecto, que se demuestre o pruebe su incumplimiento.

<sup>173</sup> Vid. J. CAMACHO DE LOS RÍOS, “Interpretación de las cláusulas a «primera demanda»...”, p. 409; G. GIACCHERO, “L’*esussione* abusiva della garanzia autonoma nel commercio internazionale”, *Dir. com. int.*, 1994, pp. 543 y ss.; W. SEUNG CHONG, “The abusive calling of performance bond”, *J. Bus. L.*, pp. 418 y ss.

<sup>174</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, p. 183.

<sup>175</sup> Vid. J. CAMACHO DE LOS RÍOS, “Interpretación de las cláusulas a «primera demanda»...”, pp. 411-412; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El reconocimiento de la jurisprudencia...”, pp. 555-557.

Ante este evento, la compañía aseguradora puede optar entre: a) ejecutar el contrato, frecuentemente recurriendo a un nuevo contratista; b) solicitar al cliente que convoque un concurso público de ofertas para los trabajos que quedan por realizar, corriendo a cargo de la compañía aseguradora los costes adicionales que esto le pueda ocasionar; o c) finalmente, celebrar un contrato de cesión con el cliente o *Taking-Over Certificate*, con el objeto de ocupar su posición y concluir un contrato con otro contratista<sup>176</sup>.

Aunque este tipo de garantía es la que sin lugar a dudas favorece más al cliente en tanto que le asegura un cumplimiento *in natura* del contrato, su elevado coste, precisamente debido a su propio objeto a veces de hasta el 100% del coste total del contrato, desaconseja su uso especialmente en los contratos «llave en mano» en los que el contratista ya asume considerables riesgos<sup>177</sup>.

#### b) La garantía de reembolso o restitución a cuenta

**182.** Otra garantía siempre presente en los contratos «llave en mano», es la garantía de reembolso o restitución a cuenta. En efecto, en la mayor parte de los contratos internacionales de construcción, normalmente, se estipula que el cliente adelanta una parte del precio del contrato al contratista para que, este último, pueda comenzar la concepción detallada de la obra, comprar determinados materiales así como efectuar los primeros pagos a los subcontratistas. En contrapartida, se le exige a éste la constitución de una garantía, generalmente, bancaria denominada garantía de reembolso o de restitución a cuenta (*garantie de remboursement d'acomptes/Repayment Guarantee/Anzahlungsgarantie*), que tiene por objeto asegurar al cliente el reembolso o devolución de la parte del precio adelantado en caso de que el contratista no pueda por cualquier causa continuar la ejecución del contrato<sup>178</sup>.

Por regla general, la emisión de esta garantía, cuyo montante coincide con la cantidad de dinero pagada a cuenta, se convierte en requisito *si ne qua non* para la emisión de la primera certificación de pago. Aunque su periodo de validez puede prolongarse hasta la recepción de la instalación industrial, lo más habitual es que se prevea en el contrato la posibilidad de una reducción progresiva.

## 2. Incidentes en la ejecución del contrato

**183.** La larga duración de los contratos internacionales de construcción, unido principalmente a las continuas fluctuaciones de las relaciones económicas internacionales en la que éstos se desenvuelven, son factores que justifican que en ellos se incluya, por regla general, una serie de cláusulas destinadas a regular las inevitables alteraciones de las que son objeto durante su propia ejecución y que pueden ser fruto o bien de la propia voluntad de las partes, o bien de acontecimientos imprevisibles. En este sentido, cabe afirmar que en el primer caso, las denominadas «*Variations*» (U.K.) o «*Changes*» (U.S.A.) *Clauses* y en el segundo, las cláusulas de *hardship* y las de fuerza mayor son las más comúnmente utilizadas.

### A) Las «*variations clauses*»

**184.** En la práctica, la mayor parte de los contratos internacionales de construcción, contienen una cláusula destinada a regular lo que en el Derecho anglosajón se conoce con el término de «*Variations*». Con éste, se hace referencia de forma general a aquellas modificaciones ordenadas por el cliente, destinadas a aumentar, reducir o suprimir la cantidad, la calidad y/o la duración, incluida la suspensión de la obra, y que dan lugar a un ajuste del precio y en su caso, del plazo fijado para la ejecución del contrato. Estas modificaciones o *variations*, que encuentran su fundamento en el propio carácter evolutivo del proyecto, pueden proceder, a su vez, de una propuesta del ingeniero y/o del contratista según el tipo de contrato. En cualquier caso, para que den lugar a una compensación, es necesario que antes de su ejecución se obtenga del cliente, siguiendo el procedimiento establecido a tal efecto en el contrato, una orden

<sup>176</sup> Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires...*, p. 33; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 175 y 176.

<sup>177</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 176; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 123.

<sup>178</sup> Vid. J. DOHM, *Les garanties bancaires...*, p. 37; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 189 y 190.

escrita de modificación (*Variation Order*) que, generalmente, ha de contener: una especificación detallada de los trabajos que deben ser modificados, el modo de cálculo del precio y el plazo de su ejecución<sup>179</sup>.

**185.** Ahora bien, en los contratos «llave en mano» es necesario distinguir entre las modificaciones introducidas en el proyecto como consecuencia de los mayores poderes concedidos al contratista y que encuentran su fundamento en el hecho de que la concepción detallada de la obra tiene lugar después de la conclusión del contrato, y las denominadas *variations*. A diferencia de éstas últimas, las primeras no necesitan la aprobación del cliente y no dan derecho a una compensación de los costes extraordinarios ni del tiempo empleado en su realización. Respecto a las *variations* o modificaciones ordenadas por el cliente en los contratos «llave en mano» es habitual, por el escaso control que éste ejerce sobre la concepción del proyecto, que sea el contratista el que las proponga bien *motu proprio* como consecuencia de su obligación de informar al cliente de las mejoras que puedan repercutir en una disminución del coste o en un aumento de la eficiencia de la planta industrial, bien *previa solicitud del cliente o su representante*. En ambos casos, la propuesta de modificación debe contener: una descripción del proyecto y/o de las obras a ejecutar así como el plazo de ejecución, las posibles alteraciones de las que puede ser objeto el programa general de la obra y el ajuste del precio del contrato.

Para que este tipo de modificaciones una vez realizadas den derecho al contratista a obtener un aumento del precio y, en su caso, del plazo fijado para la ejecución del contrato deben de recibir siempre la aprobación del cliente o de su representante.

**186.** También es habitual que, junto a las modificaciones ordenadas por el cliente relativas al proyecto propiamente dicho, sean tratadas como tales *variations*: las alteraciones derivadas de los cambios en la ley del país dónde se ejecutan las obras; la suspensión prolongada de las mismas; y los defectos o vicios de las maquinarias y materiales suministrados por el cliente<sup>180</sup>.

## B) Las cláusulas de *hardship*

**187.** Pero los contratos internacionales de construcción también pueden verse alterados por un cambio en las circunstancias económicas, políticas o tecnológicas existentes en el momento de concluir el contrato, que pueden llegar a provocar la ruptura del equilibrio de las prestaciones contractuales. Así, por ejemplo, en los contratos de construcción de plantas industriales existe el riesgo de que durante su ejecución aparezcan en el mercado nuevos procedimientos de fabricación que hagan obsoleta la tecnología que se está suministrando. En este tipo de situaciones, y salvo que se prevea lo contrario en el contrato, ni el contratista está obligado a proporcionar tales mejoras, en tanto que su prestación se haría más onerosa, ni el cliente tiene el derecho a exigir las. Para intentar solucionar estas fluctuaciones, características de la vida económica actual, sobre el principio de equidad, se viene recurriendo en la práctica de la contratación internacional desde hace ya algún tiempo a las denominadas *cláusulas de adaptación*.

**188.** Aunque estas cláusulas, en las que las partes manifiestan su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a las nuevas circunstancias, pueden adquirir diversas formas, cabe distinguir fundamentalmente dos clases: por una parte, las *cláusulas de adaptación particulares*, tales como las cláusulas de perfeccionamiento, las cláusulas de revisión de precios o las cláusulas de cliente más favorecido, y las *cláusulas de adaptación generales*, entre las que se incluyen las cláusulas de *hardship*. La diferencia esencial entre ambas es que mientras las primeras prevén una adaptación automática del contrato, esto es, sin intervención de las partes, las segundas provocan una negociación y una readaptación del contrato. La inclusión de ambas en un mismo contrato es perfectamente compatible<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international ...*, pp. 326 a 340; S. M. FRANKLIN, "Change and Constructive Change Orders in the Performance of International Construction and Quasi-Sales Contracts", *Int. Bus. Law.*, 1988, pp. 258 y ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, "Time Factor in Variations in International Construction Contracts", *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 302 y ss.

<sup>180</sup> Vid., en este mismo sentido, vid. A. FELICIANI, "Turnkey Contracts...", pp. 109 y 110.

<sup>181</sup> Vid. M. FONTAINE/F. DE LY, *La redacción de los contratos internacionales. Análisis de cláusulas*, Pamplona, 2013, pp. 491-533; PH. FOUCHARD, "L'adaptation des contrats a la conjoncture économique", *Rev. arb.*, 1979, pp. 67 y ss., esp. 69 a 74;

Precisamente, el efecto que se deriva de estas últimas, así como el uso cada vez más extendido en la contratación internacional, son razones suficientes que justifican una referencia especial a las mismas.

**189.** Las cláusulas de *hardship*, también denominadas cláusulas de imprevisión y de salvaguarda, tienen por objeto readaptar y renegociar el contrato cuando una alteración de las circunstancias inicialmente presentes provoca un desequilibrio sustancial de las obligaciones de las partes. Para que pueda aplicarse una cláusula de *hardship*, tal y como se desprende de esta definición, es necesario que concurren los siguientes tres requisitos: a) una alteración sustancial de las circunstancias; b) la imprevisibilidad y exterioridad del cambio, es decir, que aunque las partes sean conscientes de una posible alteración, no sean capaces de prever en el momento de concluir el contrato las consecuencias que se pueden derivar, y que, además, esa alteración no sea imputable a la parte que la invoca; y c) finalmente, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, que haga la ejecución del contrato más onerosa para una ellas<sup>182</sup>.

**190.** Aunque algunas cláusulas de *hardship*, enumeran las circunstancias particulares que pueden dar lugar a una negociación del contrato, lo más habitual, por el carácter de imprevisibilidad que ha de concurrir en las mismas es que, éstas, queden redactadas en términos generales, limitándose a establecer, a tal efecto, que para que tenga lugar una renegociación del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido durante la ejecución del mismo, independientemente de su naturaleza política -acciones discriminatorias del gobierno, aplicación de nueva legislación sobre importaciones y exportaciones-, económica -cambios en el sistema monetario o restricciones a la transferencia de divisas- o tecnológica -aparición de nuevas técnicas o procedimientos de producción-, es necesario que se rompa el equilibrio económico del contrato<sup>183</sup>.

**191.** En cualquier caso, las consecuencias que, generalmente, se derivan de las cláusulas de *hardship* son: a) una renegociación del contrato, que pese a no implicar la interrupción del mismo, frecuentemente queda limitada a un plazo de tiempo determinado con el fin de evitar las consecuencias adversas que pueden llegar a derivarse de una negociación prolongada, siendo también posible que se prevea en el contrato la suspensión temporal del mismo y b) en su defecto, es decir, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, tiene lugar o la adaptación del contrato por un tercero, generalmente, un árbitro, o si así lo han pactado las partes, la resolución unilateral del contrato, conservando siempre la otra parte contratante el derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales o arbitrales.

**192.** Las cláusulas de *hardship*, concretamente cuando en caso de desacuerdo entre las partes prevén la adaptación del contrato por un árbitro, plantean el importante dilema de saber si estamos en presencia o no de un verdadero arbitraje. Esta cuestión tiene una indudable transcendencia práctica puesto que si se niega el reconocimiento de esta facultad al árbitro, su decisión no será en rigor un auténtico laudo y, por tanto, no podrá beneficiarse del *exequatur*. Como argumentos en contra de que los árbitros puedan ejercer este tipo de funciones cabe citar que las partes no son en estos casos verdaderos adversarios, o que el árbitro, en realidad, asumiendo estas facultades lo que hace es sustituir la voluntad

V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 222 y 223; B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»", *JDI*, 1974, pp. 794 y ss., esp. 797; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato", en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., Pamplona, 2013, pp. 1377-1437; S. SÁNCHEZ LORENZO (coord), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, 2012.

<sup>182</sup> Vid. K. BÖCKSTIEGEL, "Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im Internationalen Handelsverkehr" *RIW*, 1984, pp. 1 y ss.; M. FONTAINE, "Les Clauses de Hardship aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme", *Dr. prat. com. int.*, 1976, pp. 7 y ss.; esp. p. 9 y pp. 19-26; A. FRIGNANI, "Hardship Clauses" en *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-out, Hardship Clauses, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-how*; Torino, 1993, pp. 393 y ss.; *íd.*, "La Hardship Clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e di Common Law", *Riv. dir. civ.*, 1979, pp. 680 y ss.; D. MASKOW, "Hardship and Force Majeure", *Am. J. Comp. L.*, 1992, pp. 657 y ss.; A. MONTAGUE, "Hardship Clauses", *Int. Bus. L.*, 1985, pp. 135 y ss.; M.C.A. PRADO, "La théorie du Hardship dans les principes de l'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", *Dir. com. int.*, 1997, pp. 323 y ss.; CL. SCHMITTHOFF, "Hardship Clauses and Intervener Clauses", *J. Bus. L.*, 1980, pp. 82 y ss.

<sup>183</sup> Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 127-129, esp. 128; M. FONTAINE, "Les Clauses de Hardship...", pp. 24 y 25.

de la partes más que resolver una diferencia. Pero, no hay que olvidar que la interpretación de lagunas forma parte de la actividad jurisdiccional y, sobre todo, que el ejercicio o no de estas facultades dependerá en última instancia del acuerdo arbitral<sup>184</sup>.

### C) Las cláusulas de fuerza mayor

**193.** Otro mecanismo contractual presente en los contratos internacionales, entre ellos los contratos de construcción «llave en mano», son las *cláusulas de fuerza mayor*. Éstas tienen por objeto regular la situación derivada de acontecimientos imprevisibles que hacen imposible, eventual o definitivamente, la ejecución del contrato. A diferencia de las cláusulas de *hardship*, las cláusulas de fuerza mayor tienen por efecto la suspensión o resolución de contrato. En este sentido, cabe afirmar que las primeras cumplen una *función dinámica*, en tanto que tienden a eliminar los efectos adversos derivados de una alteración en las circunstancias haciendo posible, con ello, la ejecución del contrato, mientras que las segundas desempeñan una *función estática* porque tienen por efecto liberar a la parte afectada de sus obligaciones contractuales durante el tiempo que dure el acontecimiento constitutivo de la fuerza mayor<sup>185</sup>.

**194.** En el ámbito internacional, pueden distinguirse tres clases de cláusulas de fuerza mayor: aquellas que, inspirándose en los sistemas de Derecho civil, tienden a definir de forma abstracta lo que se entiende por fuerza mayor; las que siguiendo una práctica habitual en el *Common Law*, se limitan a enumerar los acontecimientos constitutivos de fuerza mayor; y finalmente, las más utilizadas en la práctica internacional, esto es, las que sintetizando las dos anteriores, comprenden tanto una definición como una enumeración de los acontecimientos constitutivos de la fuerza mayor<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> *Vid., ad ex.*, G. BERNINI/H.M. HOLTZMANN, “Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l’exécution des contrats à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 18 y ss.; M. J. BONELL, “La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?”, *Riv. comm.*, 1978, pp. 315 y ss.; B. M. CREMADES, “El arbitraje en los contratos de ejecución duradera”, en *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 95 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho...*, pp. 713-715; R. DAVID, *L’arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, esp. pp. 32-36; M. FONTAINE/F. DE LY, *La redacción de los contratos internacionales. Análisis de cláusulas*, Pamplona, 2013, pp. 439-489; PH. FOUCHARD, “L’adaptation des contrats...”, pp. 67 y ss.; H. M. HOLTZMANN, “Le droit des Etats-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d’un contrat à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 60 y ss.; H.M. HOLTZMANN/G.V.E. BERNINI, “Cas d’hypothèse pour illustrer l’utilisation qui est faite de l’arbitrage pour combler les «lacunes» dans les contrats commerciaux internationaux à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 127 y ss.; N. HORN, “Third-Party Intervention”, *Int. Bus. Law.*, 1985, pp. 139 y ss.; J. JAKUBOWSKI, “Some Legal Aspects of Industrial Co-operation in East-West Relations”, *RCADI*, 1979-II, t. 163, pp. 247 y ss., esp. p. 297; L. KOPELMANAS, “La rédaction des clauses d’arbitrage et le choix des arbitres”, en *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 23 y ss., esp. pp. 25 y 26; CH. DEL MARMOL, “L’importance et l’interprétation du contrat (dans ses relations avec l’arbitrage commercial international)”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1980, pp. 158 y ss.; B. OPPETT, “L’arbitrage et les contrats commerciaux...”, pp. 91 y ss.; *id.*, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d’une jurisprudence récente”, *Rev. arb.*, 1977, pp. 315 y ss.; J. PAULSSON, “L’adaptation du contrat”, *Rev. arb.*, 1984, pp. 249 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, esp. pp. 42 y 43; *id.*, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitraux étrangères”, *RCADI*, 1984-I, t. 184, pp. 169 y ss., esp. pp. 196 y 197; P. SANDERS, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *RCADI*, 1975-II, t. 145, pp. 205 y ss., esp. pp. 227-235; *id.*, “L’arbitrage dans les transactions commerciales à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 83 y ss.; C. RUCELLAI, “L’arbitrage comme instrument pour combler les «gaps» dans les contrats internationaux à long terme”, *Rev. arb.*, 1975, pp. 121 y ss.

<sup>185</sup> *Vid. A. BRABANT, Le contrat international...*, pp. 292 y ss.; M. FONTAINE, “Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux”, *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 469 y ss.; P. GAUCH, “Price Increases or Contract Termination in the Event of Extraordinary Circumstances”, *ICLR*, 1987, pp. 265 y ss.; N. M. GREEN, “Force majeure in International Construction Contracts”, *ICLR*, 1995, pp. 319 y ss.; PH. KAHN, “Force majeure et contrats internationaux de longue durée”, *JDI*, 1975, pp. 467 y ss.; PH. LANE BRUNER, “Force Majeure under International Law and International Construction Contract Model Forms”, *ICLR*, 1995, pp. 274 y ss.; H. LESGUILLONS, “Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage”, *Dr. prat. com. int.*, 1979, pp. 507 y ss.; R. KNUTSON, “Common Law Development of the Doctrines of Impossibility of Performance and Frustration of Contracts and their Use and Application in Long-Term Concession Contracts”, *ICLR*, 1997, pp. 298 y ss.

<sup>186</sup> *Vid., ad ex.*, A. C. CATES, “Some effects of Economic War on Parties to International Contracts”, *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1980, pp. 222 y ss.; M. FONTAINE, “Les clauses de force majeure...”, pp. 478-480; J. G. GOLDWORTH, “When a Contract can no longer be performed - Case of Frustration”, *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1980, pp. 236 y ss.; N. M. GREEN, “Force majeure...”, pp. 505 y ss.; W. W. OBERREIT, “Turnkey Contracts and War: Whose Risk?”, en N. HORN/CL. M. SCHMITTHOFF (ed.), *The Transnational Law of International Transactions*, vol. 2, Deventer, 1982, pp. 191 y ss.

**195.** Aunque las consecuencias que, generalmente, se derivan de una cláusula de fuerza mayor son la suspensión temporal del contrato y, en caso de una prolongación permanente del acontecimiento en cuestión, la resolución del mismo, en los contratos internacionales de construcción, entre ellos los contratos «llave en mano», se observa una tendencia cada vez más frecuente a sustituir el efecto suspensivo por la obligación de las partes de continuar la ejecución de la obra, eso sí, a cambio de una renegociación del contrato. Pero, a diferencia de las cláusulas de *hardship*, esta adaptación no es obligatoria, reservándose siempre, en este sentido, la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.

### 3. Recepción de la obra

**196.** De forma general, cabe afirmar que en los contratos de construcción para que se consideren cumplidas las obligaciones del contratista es necesario que el cliente, tras comprobar su conformidad con las estipulaciones contractuales, acepte la obra. Concretamente, en la praxis internacional, esta acto queda dividido en dos momentos: la recepción provisional (*Substantial Completion*) y la recepción definitiva (*Final Acceptance*)<sup>187</sup>.

**197.** Esta dualidad de recepciones, conocida ya por los distintos sistemas nacionales, tiene por finalidad “asegurar el cumplimiento exacto de las obligaciones del contratista, ante la presunta existencia de deficiencias, que sólo el tiempo y el uso pueden poner de relieve”<sup>188</sup>. La recepción provisional constituye, en definitiva, una garantía para el cliente que, aun habiendo tomado posesión de la obra, se reserva el derecho frente al contratista de exigir la reparación de los vicios o defectos que se manifiesten durante el plazo que transcurre entre ambas recepciones.

**198.** Como en los demás contratos internacionales de construcción, en los contratos «llave en mano» también es habitual que se distingan dos recepciones. No obstante, la obligación global que en ellos asume el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento una planta industrial, justifica por su amplitud y complejidad, que se efectúen durante distintos momentos de la vida del contrato, y antes de que tenga lugar la recepción de las obras una serie de controles que adquieren la forma de pruebas o *tests*, cuyo fin no es otro sino el de verificar progresivamente el exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Generalmente, los contratos «llave en mano» contienen minuciosas disposiciones que tienen por objeto regular el procedimiento a seguir para la realización de estas pruebas -condiciones en las que han de llevarse a cabo, resultados que se deben alcanzar, etc...- así como las consecuencias de la no obtención de los resultados acordados. A través de ellas, se precisa el resultado final garantizado por el contratista y se lleva a cabo, a su vez, una distribución de los riesgos entre éste y el cliente<sup>189</sup>.

**199.** Entre las pruebas que, habitualmente, se utilizan en el contrato «llave en mano» se encuentran: a) las *pruebas mecánicas*, que generalmente duran tres días, y tienen por objeto verificar que los bienes de equipo y las máquinas han sido montados correctamente; b) las *pruebas de funcionamiento o de rodaje*, que se realizan durante el montaje de producción y sirven para comprobar que los equipos funcionan con la materias primas y productos indicados en el contrato y c) las *pruebas de rendimiento*, que tienen por objeto demostrar la capacidad de producción de la fábrica. Generalmente, corresponde al contratista suministrar toda la información, materiales, aparejos y personal cualificado para su efectiva consecución, corriendo también por su cuenta los costes de realización. No obstante, antes de su ejecución, el contratista debe, según el procedimiento previsto en el contrato, avisar al cliente por escrito y con la suficiente antelación para que éste último pueda tomar las medidas necesarias, a tal efecto. Es

<sup>187</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 341-343.

<sup>188</sup> Vid. M.A. DEL ARCO/M.PONS, *Derecho de la construcción*, 2ª ed., Jaén, 1987, p. 272.

<sup>189</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 233 y ss., esp. 234; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 124 y ss., esp. 124.

posible que en el contrato se prevea para la realización de algunas de estas pruebas la participación del propio personal del cliente, pero siempre bajo la dirección del contratista<sup>190</sup>.

Durante el desarrollo de las pruebas mecánicas y las pruebas de funcionamiento es difícil, por el momento en el que tienen lugar, que surjan problemas técnicos que impidan obtener los resultados acordados. Por regla general, cuando no son alcanzados, el contratista está obligado a una ejecución *in natura*, y, cuando así lo considere oportuno el cliente, a una repetición de las pruebas bajo las mismas condiciones contractuales. En ambos casos, los posibles costes adicionales que se pudieran ocasionar corren a cargo del contratista<sup>191</sup>.

**200.** Las verdaderas dificultades técnicas aparecen, sin embargo, cuando el contratista intenta demostrar al cliente, a través de las pruebas de rendimiento, que la planta industrial en cuestión cumple los parámetros funcionales garantizados contractualmente pues de éstos depende, en definitiva, que tenga lugar o no, la recepción provisional de la fábrica. En este sentido, cabe afirmar que las pruebas de rendimiento (*Test on Completion*) constituyen una pieza clave en los contratos «llave en mano». A través de ellas, no sólo se verifica la capacidad de producción de la fábrica sino que también sirven, a su vez, para comprobar otros dos factores de especial importancia en los contratos «llave en mano»: la eficacia del proceso de fabricación y la concepción de la obra en su conjunto<sup>192</sup>.

**201.** Aunque en la práctica contractual existen distintas formas de sancionar la no obtención de los resultados garantizados por el contratista, lo más habitual es que éste esté obligado en primer lugar a una ejecución *in natura*, es decir a llevar a cabo todas las reparaciones y modificaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la instalación industrial, siendo también frecuente que, posteriormente, se proceda a una repetición de las pruebas. Es posible, que éste deba pagar además una penalidad por demora, calculada sobre la base de una tarifa -generalmente, un tanto por ciento del precio del contrato-, si como consecuencia del periodo de tiempo requerido para efectuar las reparaciones, no entrega la obra en el plazo determinado en el contrato. Tanto estas penalidades financieras como las que tienen por objeto sancionar el incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, no pueden exceder, sin embargo, la cantidad máxima establecida en el contrato, quedando de esta forma limitada la responsabilidad del contratista. Para referirse a ellas, los contratos internacionales de construcción, utilizan frecuentemente el concepto de *liquidated damages*. En el *Common Law*, se conocen dos tipos de cláusulas penales: los *liquidated damages*, que no son más que una valoración llevada a cabo por las partes, en el momento de concluir el contrato, del perjuicio ocasionado por el incumplimiento o el retraso en la ejecución, y los *penalties*, que generalmente establecen una penalidad enorme y sin proporción al perjuicio sufrido por las partes. Este últimos, a diferencia de los primeros, son frecuentemente objeto de modificación e, incluso, de anulación por parte de los tribunales nacionales y arbitrales. De ahí, la importancia de la precisión<sup>193</sup>.

Si tras la repetición de las pruebas, el contratista no consigue alcanzar los resultados previstos, el cliente puede, además de recurrir a la garantía de buena ejecución, optar entre aceptar la obra pero reduciendo el precio del contrato o recibiendo una compensación en forma de penalidad, o finalmente,

<sup>190</sup> En este sentido, la cláusula 7 de las Condiciones FIDIC

<sup>191</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 235-237; F. NICKLISH, "Performance Guarantees in Turnkey Heavy Plant Contracts", *ICLR*, 1990, pp. 250 y ss., esp. 251-254; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 126-128.

<sup>192</sup> Vid. S. LUPTON, "Performance Specifications: The Legal Implications", *ICLR*, 1996, pp. 28 y ss.; N. MAHTANI, "Issues Concerning Performance Guarantees and Related Remedies in Construction Contracts", *ICLR*, 1994, pp. 363 y ss.; M. SANSON/M.-A. SALEM-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 127 y ss.

<sup>193</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 351-353; M. FONTAINE, "Les clauses pénales dans les contrats internationaux", *Dr. prat. com. int.*, 1982, pp. 401 y ss.; J. J. GOUDSMIT, "Exclusion or Limitation of Liability in a Turnkey Contract", *ICLR*, 1990, pp. 314 y ss.; R. HORSEFALL TURNER/J. SCRIVEN, "Liability and Limitations under Construction Contracts (with Certain Particular References to the Middle East)", *ICLR*, 1996, pp. 5 y ss.; P. MURRAY, "Comparative analysis of liquidated damages and penalty clauses", *The International Contract-Law & Finance Review Yearbook*, 1981, pp. 259 y ss.; F. NICKLISH, "Remedies of the employer for delay in completion under the contract and at law: liquidated and unliquidated damages: termination", en H. LLOYD (ed.), *The liability of contractors*, London, 1986, pp. 89 y ss.

en aquellos casos en los que medie una considerable desviación entre los resultados obtenidos y los garantizados, rechazar total o parcialmente la obra y, por tanto resolver el contrato según el procedimiento previsto a tal efecto<sup>194</sup>.

**202.** La obtención de los resultados previstos en el contrato da lugar a la recepción provisional que puede ser expresa o tácita.

La recepción provisional es *expresa* cuando el cliente manifiesta su aceptación de la obra o de la sección del proyecto correspondiente, si éste se ha dividido en partes, en un documento denominado *Take Over Certificate*, previa solicitud del contratista. Es habitual, en este sentido, que en el contrato se establezca un procedimiento a tal efecto. Pero también se determinan frecuentemente en el mismo, los supuestos de *recepción tácita*, es decir, aquellos que implican una voluntad inequívoca de aceptar la obra sin que haya mediado un procedimiento previo, y que tienen por fin salvaguardar al empresario ante una inmovilización injustificada de su personal y de su maquinaria por causas imputables al cliente. Generalmente, la recepción tácita tiene lugar: a) cuando transcurrido un determinado periodo de tiempo -variable según cada contrato- tras la solicitud de recepción del contratista, el cliente o su representante guardan silencio; b) cuando el cliente utiliza cualquier parte de obra antes de emitir su aprobación; c) cuando por causas imputables al cliente, el contratista no puede llevar a cabo las pruebas de rendimiento en la fecha indicada, en cuyo caso se consideran aceptadas en el día en el que debieron ser realizadas. No obstante, este último supuesto en aquellos casos en los que el retraso ocasionado por el cliente sea de escasos días, puede resultar desproporcionado con las consecuencias que se derivan de la recepción, especialmente, si se tiene en cuenta que el cliente pierde la posibilidad de apreciar la calidad de la fábrica. Tal vez, fuese por ello más acertado y equitativo, conceder un plazo de tiempo adicional al contratista para que efectuase las pruebas, corriendo a cargo del cliente los costes adicionales que se pudieran originar así como los daños y perjuicios ocasionados por la demora<sup>195</sup>.

**203.** Con la recepción provisional tienen lugar la transferencia de la propiedad y de los riesgos de la explotación industrial al cliente. Es decir, a partir de ese momento le corresponde a él y no al contratista alcanzar los rendimientos de la planta industrial. De ahí que pueda afirmarse que la recepción provisional constituye el único momento en el que se controla la capacidad y calidad de producción de la instalación industrial. Por lo que se refiere a la propiedad de las maquinarias y materiales que ha de suministrar el contratista, en los contratos «llave en mano», ésta tiene lugar, generalmente, conforme a los INCOTERMS, siendo la fórmula FOB la más utilizada<sup>196</sup>.

**204.** También se inicia un periodo de garantía. En efecto, durante el periodo de tiempo que transcurre entre la recepción provisional y la definitiva, el contratista está obligado a subsanar los vicios que procedan de un defecto en la concepción de la planta, en la maquinaria y materiales y/o del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales. Cuando el contratista incumple esta garantía, el cliente puede optar entre realizar los trabajos necesarios para subsanar los defectos a coste y riesgo del contratista, reducir el precio del contrato, o, incluso, en el caso de que el defecto sea de tal naturaleza que impide el uso para el que ha sido destinada la obra total o parcialmente, resolver el contrato. En este último supuesto, el cliente podrá exigir al contratista el reembolso del precio pagado por esa parte de la obra, así como los costes ocasionados por el desmantelamiento y retirada de escombros<sup>197</sup>.

<sup>194</sup> Vid. F. NICKLISCH, “Performance Guarantees...”, pp. 254 y 255; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 131.

<sup>195</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, p. 240; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p.130.

<sup>196</sup> Vid. J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, p. 123. Sin embargo, el *Libro naranja* de la FIDIC, establece expresamente que la transferencia de la propiedad tiene lugar en el momento de su llegada a la obra, respondiendo no obstante el contratista de la custodia de los mismos hasta la recepción provisional salvo si estos perecen por caso fortuito (sub-cláusulas 7.2; 7.6 y 17.2).

<sup>197</sup> Sobre la responsabilidad del contratista «llave en mano», *vid.*, *ad ex.*, N. G. BUNNI, “Liability of Contractors for Design and Construction”, *ICLR*, 1993, pp. 441 y ss.; O. GOHIN, “La responsabilité du fournisseur dans le contrat clé en main”, *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 677 y ss.; A. MONTAGUE, “The responsibilities of a contractor under a design and build contract: the drafting of the contract for the Docklands Light Railway”, en H. LLOYD (ed.), *The liability of contractors*, London, 1986, pp. 46 y

**205.** En determinadas ocasiones, el contratista también está obligado a proporcionar durante este periodo de tiempo la *asistencia técnica* necesaria para el funcionamiento de la planta industrial y para la *formación de personal local*. Es posible que, tras la recepción provisional, se prevea en el contrato que el cliente, asistido por el contratista, lleve a cabo con su propio personal las pruebas de rendimiento (*Test after Completion*). Pero, en estos casos, el contratista asume una obligación de medios y no de resultado. De ahí que el cliente, si no alcanza los rendimientos o la capacidad de producción verificada durante la recepción provisional, sólo pueda exigir responsabilidad al contratista si se consigue probar que no actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de sus prestaciones, y/o si se ha establecido un penalidad a tal efecto en el contrato<sup>198</sup>.

**206.** La expiración de este periodo de garantía da lugar a un procedimiento en el que se consigna por escrito la aprobación del cliente en un documento (*Performance Certificate*). La *recepción definitiva* de la obra supone: a) la extinción de la responsabilidad del contratista, salvo la garantía legal que se inicia a partir de este momento y cuya duración dependerá del Derecho aplicable al contrato; b) la devolución de la garantía de buena ejecución; y c) la devolución de las retenciones (*Retention Money*), es decir, de aquel porcentaje específico -generalmente, entre el 5 al 10% del precio total- retenido por el cliente con el fin de subsanar los defectos que puedan descubrirse en las obras. No obstante, la devolución de las retenciones puede tener lugar o transcurrido un periodo de tiempo determinado, o puede fraccionarse desembolsándose la mitad de esta cantidad cuando tiene lugar la recepción provisional de la obra y la otra mitad en la recepción definitiva<sup>199</sup>.

## IV. Resolución de conflicots

### 1. Consideraciones generales

**207.** De los contratos internacionales de construcción, ya sean de ingeniería civil, ya sean de plantas industriales se derivan, especialmente durante su ejecución, un considerable número de litigios. Las razones de esta especial sensibilidad al surgimiento de diferencias hay que encontrarlas en sus propias características sobre todo en su larga duración, en la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato y en el gran número de personas que intervienen en su ejecución. Basta hacer una breve referencia a cada una de ellas para poder vislumbrar el verdadero alcance de la litigiosidad potencial propia de este tipo de contratos<sup>200</sup>.

**208.** Desde que se inicia la realización de un proyecto de construcción con las primeras fases de planificación hasta que finaliza con la completa ejecución de las obras o, más exactamente, con la expiración del periodo de garantía o de mantenimiento, transcurren generalmente varios años. Durante este largo periodo de tiempo, pueden producirse, dadas las inevitables fluctuaciones económicas y políticas propias del mundo contemporáneo, determinados cambios en las circunstancias que incidan, bien en las obligaciones contractuales de las partes, bien en los objetivos del cliente o, incluso, en la situación económica del contratista. Cambios, todos éstos, que están predestinados a convertirse en una de las

ss.; R. SAINT-ALARY, "La réception de l'ouvrage (régime et conséquences en droit français et international)", *Rev. jur. pol. indép. coop.*, 1988, pp. 710 y ss.

<sup>198</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 237-240; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, pp. 129-133.

<sup>199</sup> Vid. A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 344 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 241; M. SALEM/M.-A. SANSON-HERMITTE, *Les contrats «clé en main»...*, p. 133.

<sup>200</sup> Vid. F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen von Bau- und Anlagenverträgen - Auswirkungen auf Mängelhaftung, Vergütung von Mehrleistungen und Streiterledigung", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, pp. 9 y ss., esp. pp. 10 y 11.; M. E. SCHNEIDER, "Schiedsverfahren in Streitigkeiten aus Bau- und Anlagenverträgen", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 159 y ss., esp. pp. 160-162; D. STREITFEILD-JAMES, "Major Construction Projects and Dispute Resolution: Does Adjudication have a Role to Play?", *ICLR*, 2003, pp. 483-503, esp. pp. 490-491.

posibles fuentes del surgimiento de litigios. Por otra parte, la creciente complejidad de los proyectos internacionales de construcción -por lo general, de grandes dimensiones- impide que en el momento de concluir el contrato exista una concepción detallada de las obras. Esta indeterminación del objeto contractual puede resultar especialmente litigiosa, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se intenta determinar el precio -sobre todo si el contrato es a precio alzado- de ciertas obras realmente ejecutadas pero no previstas inicialmente en el contrato: si éstas se consideran concretizaciones del proyecto, entrarían a formar parte del precio alzado, pero si, por el contrario, se califican como obras adicionales, darían derecho al contratista a exigir el pago. Finalmente, el gran número de personas que, junto al cliente y al contratista, participan en la ejecución de un proyecto -órganos de financiación, subcontratistas, *nominated-subcontractors*, transportistas, etc...-, implica la existencia de un verdadero entramado de relaciones jurídicas que, pese a los esfuerzos de coordinación, están abocadas a favorecer la aparición de litigios<sup>201</sup>.

**209.** En este contexto, el interés común de las partes es doble: por un lado, que la aparición de controversias perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato, y por otro, como consecuencia directa de lo anterior, que se asegure una resolución de litigios rápida, eficaz y adaptada a las particularidades de este tipo de contratos. En este sentido, es fácil entender que, en el ámbito de la construcción internacional, exista una cierta *animadversión* hacia el arbitraje internacional como único medio de arreglo de diferencias. Este recelo se ha visto especialmente incrementado por la propia evolución que el arbitraje comercial ha experimentado en los últimos años, acentuando su carácter jurisdiccional y, consecuentemente, la lentitud y los costes de procedimiento<sup>202</sup>.

**210.** Éstos dos factores -la litigiosidad potencial de los contratos internacionales de construcción y la consiguiente necesidad de disponer de una resolución rápida y eficaz de controversias unido al estado actual del arbitraje comercial internacional- han sido los que, en la práctica, han potenciado el recurso cada vez más frecuente a diversos mecanismos no jurisdiccionales de resolución de litigios.

**211.** En este tipo de contratos, el arreglo de diferencias tiene lugar a través de distintas fases sucesivas (*Step by Step*) que, *grosso modo*, pueden reducirse a dos: una primera, en la que las partes intentan llegar a una solución de sus diferencias utilizando alguno o algunos de los mecanismos no jurisdiccionales de resolución de litigios previstos en el contrato y una segunda, en la que como último recurso se prevé el sometimiento del litigio o bien al arbitraje -lo que será más habitual-, o bien a los tribunales estatales<sup>203</sup>.

**212.** Aunque en la práctica negocial han surgido distintos procedimientos alternativos de resolución de litigios o *Alternative Dispute Resolution Procedures* (ADR), todos ellos persiguen una finalidad común: permitir a las partes, ayudadas o no de una o varias personas cualificadas, neutrales y más o

<sup>201</sup> Vid., *ad ex.*, K.-H. BÖCKSTIEGEL, "Erfahrungen als Schiedsrichter in Streitfällen des Großanlagenbaus und der Bauindustrie", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 311 y ss., esp. pp. 323-329; J.-A. BOON, "Schiedsspruch - «Schlüssselfertige» Verträge - Streitkellen - Hilfsmittel", en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 245 y ss.

<sup>202</sup> Vid. M. W. ABRAHAMSON, "Contractual Issues-Can the Contract help?", en Institution of Civil Engineering (ed.), *Management of Large Capital Projects*, London, 1978, p. 104; M. BARNES, "Prevention is Better than Dispute", *ICLR*, 1987, pp. 196 y ss.; R. COULSON, "Dispute Management under Modern Construction Systems", *Law & Contemporary Problems*, 1983, pp. 127 y ss.; J. A. FISHER, "Prevention is Better than Cure, or How to Avoid Costly Mistakes in Hong Kong Construction Contracts", *ICLR*, 1988, pp. 342 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 463 y 464; M. HOELLERLING, "Construction Arbitration: the Latest Developments", *ICLR*, 1987, pp. 205 y ss.; B. VON HOFFMANN, "Wege zur Beilegung von Streitigkeiten in internationalen Bauverträgen", en *Der Streit bei internationalen Bauverträgen*, vol. 8, Braunschweig, 1981, pp. 21 y ss., esp. p. 28; H. M. HOLTZMANN, "Use of Impartial Technical Experts to Resolve Engineering and other Technological Disputes before Arbitration", en *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 233 y ss.; P. LORD-SMITH, *Arbitration for Builders*, London, 1980, p. V; J. J. MYERS, "Could Arbitration be made a more Effective Method of Resolution of Construction Disputes?", *Int. Bus. Law.*, 1991, pp. 313 y ss.

<sup>203</sup> Vid., *ad ex.*, P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 463 y 464, pp. 486 y 487; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 269 y ss., esp. p. 269; J. J. MYERS, "Resolving Disputes in Worldwide Infrastructure Projects", *ICLR*, 1995, pp. 429 y ss., esp. pp. 435 y 466; F. NICKLISCH, "Besondere Vertragsstrukturen...", pp. 23-26.

menos independientes, resolver de forma amistosa sus diferencias antes de recurrir al arbitraje o a la correspondiente jurisdicción estatal<sup>204</sup>.

**213.** La difusión de la que están siendo objeto estos mecanismos alternativos de resolución de litigios en el comercio internacional, especialmente, en materia de contratos de construcción, ha provocado ya la creación de diversas instituciones -como el *Centre for Dispute Resolution* de Londres- cuya función principal es la de ofrecer a sus miembros asesoramiento y servicios respecto a este tipo de procedimientos<sup>205</sup>.

**214.** El recurso cada vez más frecuente a los denominados *procedimientos alternativos de resolución de litigios* en los contratos internacionales de construcción, se encuentra doblemente justificado: de una lado, por la necesidad que sienten las partes implicadas en la ejecución de un proyecto -que, inicialmente, debe de ser ejecutado dentro del plazo y el presupuesto previstos-, de asegurarse una resolución de litigios eficaz, rápida y adaptada a las particularidades que se derivan de este tipo de contratos, y de otro lado, por el deseo de evitar ciertos inconvenientes que presentan tanto el arbitraje internacional como la jurisdicción estatal, especialmente, la lentitud y altos costes del procedimiento<sup>206</sup>.

**215.** Como una alternativa a estos últimos, los mecanismos de resolución no jurisdiccional de litigios ofrecen a las partes la posibilidad de evitar los rígidos pero, a su vez, necesarios e inevitables trámites procesales ligados a la institución judicial y arbitral, permitiéndoles, en su lugar, alcanzar a través de distintos medios mucho más flexibles una solución negociada de sus diferencias basada más en sus intereses y necesidades comerciales que en estrictos y, a veces, inapropiados principios jurídicos y legales. Se trata, en definitiva, de una serie de procedimientos de carácter contractual que favorecen la continuidad de las relaciones comerciales; facilitan la resolución amistosa y confidencial de las diferencias; permiten, por su flexibilidad e informalidad, centrarse en las cuestiones verdaderamente litigiosas; ofrecen, por su corta duración, soluciones rápidas y resultan más baratos. Así mismo, éstos implican, por

<sup>204</sup> Vid. C. MACHO GÓMEZ, “Los ADR “alternative dispute resolution” en el comercio internacional”, *CDT*, 2013-2, pp. 398-427.

<sup>205</sup> El *Centre for Dispute Resolution* de Londres (CEDR), que comenzó su labor oficialmente en el año 1990, es la primera institución en Europa especializada en la gestión de procedimientos alternativos de resolución de litigios. Integrado por comerciantes, especialmente, compañías internacionales de construcción, abogados y peritos, el CEDR ofrece a sus miembros asesoramiento y servicios sobre las distintas técnicas de resolución no jurisdiccional de litigios. A tal efecto, cuenta con un grupo de personas cualificadas para intervenir en este tipo de procedimientos. Vid. <http://www.cedr.co.uk/>.

En otros países como Estados Unidos y Australia, instituciones como el *Center for Public Resources* (CPR) y el *Australian Commercial Dispute Centre* (ACDC.) respectivamente, que han inspirado la fundación del CEDR, vienen desempeñando una entrañable labor en la potenciación de los procedimientos alternativos de resolución de litigios. Vid. E. CARROL/G.DIXON, “Alternative Dispute Resolution Developments in London”, *ICLR*, 1990, pp. 436 y ss., esp. p. 436.

<sup>206</sup> Sobre los procedimientos alternativos de resolución de litigios, *vid.*, *ad ex.*, A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution*, London, 1992; T. BURKE/C.CHINKIN, “Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses”, *ICLR*, 1990, pp. 443 y ss.; *id.*, “Expert Determination as a Viable Alternative to Arbitration and Litigation”, *ICLR*, 1989, pp. 401 y ss.; P. CALDWELL, “Resolving Construction Disputes in Hong Kong”, *ICLR*, 1991, pp. 386 y ss.; E. CARROL/G.DIXON, “Alternative Dispute Resolution. Developments in London”, *ICLR*, 1990, pp. 436 y ss., esp. pp. 437 y 438; R. COULSON, “Dispute management under Modern Construction Systems”, *Law and Contemporary Problems*, 1983, pp. 127 y ss.; J. A. FISHER, “Has Arbitration Failed in Hong Kong? Will Mediation Succeed?”, *ICLR*, 1990, pp. 463 y ss.; A. H. GAEDE, “ADR - The US Experience and Some Suggestions for International Arbitration: The Observations of an American Lawyer”, *ICLR*, 1991, pp. 5 y ss.; J. GOEDEL, “Vertragliche Regelungen zur Streitbeilegung in internationalen Bau- und Anlagenbauverträgen”, en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Steilerledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II)*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1995, pp. 67 y ss.; S. B. GOLDBERG/F. E.A SANDER/ N.H. ROGERS, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, 3ª ed, New York, 1999; S. B. GOLDBERG/ ERIC D. GREEN/F. E.A SANDER, *Dispute Resolution*, Boston/Toronto, 1985; P. HIBBERD/P. NEWMAN, *ADR and Adjudication in Construction Disputes*, Oxford, 1999; D. HOLLAND, “Amicable Dispute Resolution (A.D.R.) Prodesures”, *ICLR*, 1990, pp. 453 y ss.; R. HORSFALL TURNER, “Avoidance and Resolution of Construction Disputes. Prior to and during the Construction Process”, *ICLR*, 1994, pp. 383 y ss.; D. LEWIS, “Disputes Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects”, *ICLR*, 1993, pp. 76 y ss.; *id.*, “Disputes Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects-Part 2”, *ICLR*, 1994, pp. 25 y ss.; *id.*, “Dispute Resolution in the New Hong Kong International Airport Core Programme Projects-Part 3”, *ICLR*, 1995, pp. 131 y ss.; K. MAKIE/D. MILES, *Commercial Dispute-Resolution. An ADR Practice Guide*, London, 1996; R.G. TAYLOR/B.HINKLE, “How to use ADR Clauses with Standard Form Construction Industry Contracts”, *ICLR*, 1996, pp. 56 y ss.; B. J. THOMPSON, “Canadian Crown Corporation Embraces Alternative Dispute Resolution”, *ICLR*, 1991, pp. 28 y ss.

regla general, la intervención de un tercero imparcial cuya principal misión es la de ayudar a las partes a resolver sus controversias, facilitando en la medida de lo posible la negociación entre ellas<sup>207</sup>.

**216.** Por otra parte, conviene señalar que los procedimientos alternativos de resolución de litigios no sustituyen, en ningún caso, a los medios tradicionales de resolución de controversias sino que, mas bien se complementan. La presencia de unos y otros en un mismo contrato implica, simplemente, un arreglo de diferencias estructurado en distintas fases sucesivas cuyos principales polos extremos son: la *negociación directa* entre las partes y el recurso al arbitraje o, en su caso, a los tribunales estatales<sup>208</sup>.

**217.** Si se tiene en cuenta que de los contratos internacionales de construcción, especialmente durante su ejecución, se derivan un considerable número de litigios, resulta cuanto menos lógico que las partes, como paso previo a cualquier otro mecanismo de arreglo de diferencias, intenten llegar a una solución negociada sin intervención de terceros. Sin embargo, en la práctica, se observa que con relativa frecuencia la diferente percepción que sobre los hechos tiene cada una de ellas, así como la desconfianza mutua que se profesan e, incluso, sus diferentes expectativas, impiden alcanzar un acuerdo. De ahí, que generalmente se prevea en el contrato el recurso a uno o a varios procedimientos alternativos de resolución de litigios<sup>209</sup>.

## 2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos y contratos internacionales de construcción

**218.** Los ADR más utilizados en el ámbito de los contratos internacionales de construcción, son, entre otros: El *Partnering*; la mediación; los denominados «*mini-trials*»; el peritaje técnico internacional y los *Disputes Review Boards*<sup>210</sup>.

### A) El Partnering

**219.** Mas que un procedimiento de resolución de conflictos, el *Partnering* es un mecanismo de prevención de diferencias. Ha sido, precisamente, esta voluntad común de las partes implicadas en la realización de un proyecto de construcción de establecer un *modus vivendi* aceptable para todas ellas durante la ejecución del contrato, la que ha originado en Estados Unidos el surgimiento de esta nueva técnica.

**220.** Considerado en el sector de la construcción como un instrumento de gestión, a través del *Partnering* las partes implicadas en la realización de un proyecto, ya, desde sus primeras fases, organizan una planificación de los trabajos a desarrollar tanto individualmente como en equipo; determinan los objetivos comunes que deben ser alcanzados y se comprometen a desarrollarlos, estableciendo con tal fin controles periódicos. Basado en la confianza, en el trabajo en equipo y en la cooperación, previene los litigios, crea vínculos entre las partes y facilita la ejecución satisfactoria del proyecto. En cualquier caso, y ante el surgimiento de diferencias, en este contexto, se tiende a la utilización de ADR, especialmente la negociación y la mediación.

**221.** El *Partnering* encuentra en los contratos de construcción de larga duración, como los contratos «llave en mano», uno de sus principales ámbitos objetivos de aplicación, en tanto que en ellos, el

<sup>207</sup> Vid. *ad ex.*, E. CARROL/G. DIXON, “Alternative Dispute Resolution...”, pp. 437-439; D. HOLLAND, “Amicable Dispute Resolution...”, pp. 453-455.

<sup>208</sup> Vid. D. BROWN-BERSET/M.SCHERER, “Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction”, *Journées Suisses du Droit de la Construction*, 2007, pp. 263-287.

<sup>209</sup> Vid. V. KARIM, *Les contrats de réalisation d’ensembles industriels...*, pp. 271 y 272; J. J. MYERS, «Could Arbitration...», p. 317.

<sup>210</sup> Vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacional de construcción”, en L. GARCÍA VILLALUENGA/J. L. TOMILLO URBINA/E. VÁZQUEZ DE CASTRO/C. FERNÁNDEZ CANALES (coord.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, vol. 2, *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, 2010, pp. 205-222.

trabajo en equipo entre el cliente y el contratista elaborando planos, programas y presupuestos así como desarrollando investigaciones conjuntas, puede dar lugar a resultados más eficaces y eficientes<sup>211</sup>.

## B) La mediación

**222.** La *mediación* es un procedimiento contractual de resolución de litigios que permite a las partes designar a un tercero independiente, neutral y debidamente cualificado según la naturaleza del litigio, para que les ayude a alcanzar una solución negociada de sus diferencias. La función principal del conciliador o mediador, a diferencia del árbitro, no es la de dirimir los litigios que surjan entre las partes sino la de ayudar a las partes a alcanzar una solución aceptable para todos los interesados utilizando, para ello, todos los medios a su alcance, ya sea socavando información, ya desmantelando expectativas irrealistas o persuadiendo a las partes para que dirijan sus intereses hacia posturas menos emotivas. De ahí que se inicie, generalmente, con una reunión conjunta a la que siguen una serie de encuentros privados entre el mediador y cada una de las partes. Se trata, por tanto, de un procedimiento informal, flexible, rápido y de bajos costes, especialmente adecuado a la resolución de los litigios que se derivan de los contratos internacionales de construcción. Además, incluso en aquellos casos en los que no sea posible llegar a un acuerdo, los esfuerzos realizados no habrán sido en vano pues éstos podrán servir para simplificar o facilitar procedimientos posteriores<sup>212</sup>.

**223.** En la práctica, es habitual que los contratos que prevén este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios remitan su regulación, de forma expresa, a los Reglamentos que sobre mediación han elaborado algunas instituciones permanentes de arbitraje como la AAA<sup>213</sup>.

## C) Los «mini-trials»

**224.** Los denominados «*mini-trials*» son otro mecanismo alternativo de resolución de diferencias, de origen norteamericano, de naturaleza contractual, más formal que el anterior y que, pese a su designación, no implican la intervención de un juez o jurado.

**225.** En este tipo de procedimientos, los abogados o consejeros de cada una de las partes, una vez estudiada la posición de sus respectivos clientes, hacen una breve exposición de la cuestión controvertida en presencia de los representantes de cada una de las partes -generalmente, personal ejecutivo

<sup>211</sup> Vid. L. L. ANDERSON JR./B. POLKINGHOORN, "Managing Conflict in Construction Megaprojects: Leadership and Third-Party Principles", *Conflict Resolution Quarterly*, 2008; pp. 167-198; M. BRESNEN/N. MARSHALL, "Partnering in construction: a critical review of issues, problems and dilemmas", *Construction Management and Economics*, 2000; 229-237; A.H. GAEDE JR., "Partnering: Preventing and Managing Claims", *ICLR*, 1995, pp. 80 y ss., esp. pp. 76-80; SH. NAOUM, "An overview into the concept of partnering", *International Journal of Project Management*, 2003, pp. 71-76; R. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 57-59.

<sup>212</sup> Vid. J. J. ALFINI/S. B. PRESS/J.R. STERNLIGHT/J.B. STRULBERG, *Mediation Theory and Practice*, 2ª ed., San Francisco, 2006, pp. 107-140; L. BOULLE/M. NESIC, *Mediation. Principles Process Practice*, London/Dublin/Edinburg, 2001, pp. 315-319; CH. BUHRING-UHLE, *Arbitration and Mediation in International Business*, Den Haag, 1996; E. CARROL/G. DIXON, "Alternative Dispute Resolution...", p. 440; R. COULSON, "Dispute Management...", pp. 133 y 134; L. L. FULLER, "Mediation-Its Forms and Functions", en C. MENKEL-MEADOW (ed.), *Mediation. Theory, Policy and Practice*, Aldershot/Burlington USA/Singapore/Sydney, 2001, pp. 3-37; D. E. HOLLANDS, "Amicable Dispute Resolution...", pp. 454-457; C. MACHO GÓMEZ, *La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el comercio internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Cantabria, Santander, 2013; J. J. MYERS, "Could Arbitration...", p. 317; *id.*, "Resolving Disputes...", pp. 430 y 431; A. J. STITT, *Mediation. A Practical Guide*, London, 2004; R. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 60 y 61; J. TYRRIL, "Conciliation and Mediation of International Commercial Disputes. The Lawyer's Roles", *ICLR*, 1992, pp. 351 y ss.; W. VON KUMGERG, "The Future for Mediation in Europe", *Arbitration*, vol. 72, nº 1, 2006, pp. 62-65. Sobre la mediación, en general, y sus diferencias con el arbitraje internacional, *vid.*, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, pp. 11 y 12; G. HERRMANN, "La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends", *Rev. arb.*, 1985, pp. 343 y ss.; E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution a l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, 1980; B. OPPETIT, «Arbitrage, médiation et conciliation», *Rev. arb.*, 1984, pp. 307 y ss.

<sup>213</sup> Vid. AAA (American Arbitration Association), *Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures*, texto reformado y en vigor desde el 1 de octubre de 2009. Dicho Reglamento se encuentra disponible en: [http://\\_](http://_)

(*Senior Management Officer o Senior Executives*)-. Una vez hecha la exposición del caso, estos últimos, que son los que realmente tienen la autoridad para resolver el litigio, se reúnen, ya, sin presencia de los abogados con la intención de buscar una solución adecuada al problema que les enfrenta. También interviene, generalmente, en este tipo de procedimientos un tercero neutral (*advisor*) cuya misión es la de ayudar en las negociaciones y, en caso de no llegarse a un acuerdo, la de emitir una decisión no vinculante para las partes<sup>214</sup>.

**226.** A diferencia de la mediación, que se basa en la idea de que un tercero imparcial asista a las partes en la resolución de sus litigios, la filosofía que inspira al *mini-trial* es que las partes resuelvan sus problemas a través de sus representantes ejecutivos, personas especialmente preparadas para entablar negociaciones una vez localizados los puntos fuertes y débiles del contrincante. Los *mini-trials*, que son procedimientos de corta duración -de dos a tres meses, dependiendo de la dificultad del litigio-, flexibles e informales, presentan una ventaja añadida: la de ofrecer verdaderas soluciones comerciales, incluso, a problemas estrictamente legales.

#### D) El peritaje técnico internacional

**227.** Otro procedimiento de resolución no jurisdiccional de litigios, casi siempre presente en sus distintas modalidades en los contratos internacionales de construcción, es el peritaje. A través de él, las partes acuerdan contractualmente someter las diferencias, en principio, de carácter técnico a la opinión cualificada, aunque no necesariamente vinculante, de un experto o perito.

**228.** El hecho de que la mayor parte de los litigios que surgen durante la ejecución de los contratos internacionales de construcción encuentre su origen en una dificultad técnica, justifica, por sí, el importante papel que está llamado a desempeñar el peritaje en este tipo de contratos. Afirmación ésta que adquiere mayor firmeza, si se tiene en cuenta que el peritaje ofrece a las partes la posibilidad de obtener una solución rápida y debidamente cualificada de las dificultades técnicas justo en el momento en el que éstas tienen lugar sin que, ello, altere el curso normal de las obras y, en caso de resultar infructuoso, ofrece a las partes la ventaja de contar con una constatación de los hechos que podrá ser utilizada como prueba en un procedimiento posterior<sup>215</sup>.

**229.** La mayor parte de los litigios que se derivan de los contratos internacionales de construcción tienen su origen en un problema de carácter técnico. Éstos, generalmente, giran en torno a la calidad de las maquinarias y materiales suministrados por el contratista, su conformidad o no con las especificaciones técnicas e, incluso también, sobre la capacidad productiva de la planta industrial. En cualquier caso, todos ellos requieren, por el momento en el que tienen lugar -durante la ejecución del contrato, la recepción de las obras o el periodo de garantía-, una solución que, cuanto menos, sea rápida y eficaz. De ahí que en este tipo de contratos, al igual que en otros del comercio internacional como los contratos de suministro de materias primas o los de cooperación industrial, el *peritaje internacional*, -mecanismo contractual a través del cual las partes designan a un experto neutral e independiente para que emita una opinión cualificada que, si bien, no tiene porque ser, en un principio necesariamente vin-

<sup>214</sup> Como mecanismo alternativo de resolución de litigios, el *mini-trial* fue utilizado por primera vez en los Estados Unidos, concretamente, en 1977 para resolver un contencioso en materia de patentes. Desde entonces, se ha extendido a otras áreas del comercio nacional e internacional -construcción, transferencia de tecnología, *anti-trust*, contratos de obras públicas-. Sobre los denominados *mini-trials*, vid. E. CARROL/G. DIXON, "Alternative Dispute Resolution...", pp. 439 y 440; D. A. DOUGLAS, "Mini-trial of Construction Disputes", *JCLR*, 1994, pp. 442 y ss.; D. A. HENDERSON, "Mini-trial of Construction Disputes", *JCLR*, 1994, pp. 442 y ss., esp. pp. 443 y 444; J. J. MYERS, "Could Arbitration...", pp. 317 y 318; *íd.*, "Resolving Disputes...", p. 431; R.G. TAYLOR/B. HINKLE, "How to use ADR Clauses...", p. 63.

<sup>215</sup> Vid. J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre International d'Expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. arb.*, 1995, pp. 231 y ss.; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 10 y 11; Y. DERAÏNS, «Expertise technique et référé arbitral», *Rev. arb.*, 1982, pp. 239 y ss.; H. M. HOLTZMANN, «Use of impartial technical experts to resolve engineering and other technological disputes before arbitration», en *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 233 y ss., esp. pp. 236 y 237; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1979, pp. 205 y ss.

culante, constituye en última instancia un elemento esencial de prueba-, esté llamado a desempeñar un papel determinante y esencial en la resolución de esta clase de controversias<sup>216</sup>.

**230.** Aunque el peritaje técnico puede tener lugar tanto fuera como dentro del procedimiento arbitral -en el primer caso, se habla de *peritaje pre-arbitral* y en el segundo, de *peritaje arbitral*-, lo cierto es que éste último presenta determinados inconvenientes<sup>217</sup>. De ellos, el principal es que la intervención de los peritos durante el procedimiento arbitral, por el momento en el que tiene lugar -generalmente, mucho tiempo después del nacimiento de la diferencia técnica-, hace que la mayoría de la veces resulte ineficaz. De tal forma que, cuando se recurre a los expertos para que emitan su opinión sobre los hechos que originaron la controversia entre las partes, puede resultar muy difícil, por no decir imposible, llevar a cabo una verificación, constatación y comprobación de los mismos. Así, por ejemplo, si en un contrato que tiene por objeto la construcción y entrega de una planta industrial, se incumplen las garantías de rendimiento, las consecuencias del tiempo transcurrido desde que tiene lugar la recepción de la fábrica hasta que durante el procedimiento arbitral son nombrados los peritos, se reducen, básicamente, a dos: o se continúa con la explotación de la planta en bajas condiciones o se paraliza la producción. Tanto en uno como en otro caso, la fábrica sufre un deterioro con respecto al estado inicial en el que fue entregada siendo, entonces, muy difícil para los expertos indagar, verificar y constatar los hechos causantes del incumplimiento con el fin de depurar responsabilidades.

**231.** Pero es que, además, este lapso de tiempo puede ser utilizado favorablemente por la parte interesada para imputar los problemas técnicos a causas posteriores y distintas, cuya responsabilidad corresponde al otro contratante. Así, por ejemplo, el contratista podría alegar utilización incorrecta o mantenimiento inadecuado de la instalación y el cliente, por su parte, podría intentar eximirse de su responsabilidad alegando calidad defectuosa de los materiales y maquinarias o de las prestaciones suministradas por el contratista<sup>218</sup>.

**232.** De ahí que en los contratos internacionales de construcción sea muy útil y conveniente incluir una cláusula de *peritaje pre-arbitral*, en la que las partes acuerden recurrir a un perito o a una persona cualificada, neutral e independiente, aunque sólo sea a los simples efectos de comprobar y constatar los hechos que hacen nacer la diferencia justo en el momento en el que éstos tienen lugar, ya sea durante la ejecución del contrato, durante la recepción de las obras, o durante el periodo de garantía. Las ventajas del peritaje en este tipo de contratos son indiscutibles: por una parte, contribuye a disminuir las situaciones litigiosas de carácter técnico entre las partes favoreciendo, la mayoría de las veces, una solución amistosa, y por otra, puede llegar a facilitar en un momento posterior -en caso, por ejemplo, de que el litigio llegue a arbitraje- la administración de la prueba<sup>219</sup>.

**233.** El peritaje pre-arbitral plantea, sin embargo, dos dificultades: de un lado, la falta de acuerdo de las partes respecto a la designación del perito y de otro, el valor jurídico de las decisiones emitidas

<sup>216</sup> Vid., *ad ex.*, W. ALLEN/J. ANDERSON, «Expert Evidence in Construction Litigation», *ICLR*, 1986, pp. 247 y ss.; J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre international d'expertise de la CCI...», pp. 231 y ss.; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 10 y 11; Y. DERAÏNS, «Expertise technique...», pp. 239 y ss.; B. VON HOFFMANN, «Verfahren zur Klärung komplexer tatsächlicher Streitigkeiten. (Sachverständige zu technischen, betriebswirtschaftlichen und Bewertungsfragen)», en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung... (II)*, pp. 111 y ss.; H. M. HOLTZMANN, «Use of Impartial Technical Experts...», pp. 233 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 259-264; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 205 y ss.

<sup>217</sup> La intervención de peritos durante el procedimiento arbitral, ya sea por designación del Tribunal arbitral, ya sea en calidad de testigos presentados por las partes constituye una práctica habitual, tal y como lo demuestra el hecho de que los principales Reglamentos de arbitraje comercial internacional así lo prevean. Vid., *ad ex.*, los arts. 14.2 y 20.2 y los arts. 11 y 14.1 del Reglamento de arbitraje de la CCI; art. 27 del Reglamento de la CNUDCI; arts. 11 y 12, del Reglamento de la Corte internacional de arbitraje de Londres (LCIA); art. 23.4 del Reglamento de arbitraje internacional de la Asociación americana de arbitraje (AAA).

<sup>218</sup> Vid. Y. DERAÏNS, «Expertise technique...», pp. 240-242; H. M. HOLTZMANN, «Use of impartial technical experts...», p. 237; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 260 y 261; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 206 y 207.

<sup>219</sup> Vid. Y. DERAÏNS, «Expertise technique...», p. 242; L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise...», pp. 211 y 212.

por el mismo. La primera de ellas puede superarse fácilmente a través de una disposición contractual que prevea, con el fin de efectuar tal designación, el recurso a una institución permanente de arbitraje que cuente con listas de expertos -como es el caso de la AAA<sup>220</sup>-, o a un centro especializado en peritaje internacional, -caso, por ejemplo, del *Centro Internacional de Peritaje* de la CCI, que cuenta con una significativa experiencia no sólo en la designación de expertos sino también en la gestión y organización de este tipo de procedimientos<sup>221</sup>-.

**234.** El *Centro Internacional de Peritaje* de la CCI, tal y como se desprende del art.1 de su nuevo Reglamento, cumple dos funciones: por una parte, propone expertos a instancia de cualquier persona, ya sea parte(s) contratante(s), árbitro o tribunal estatal, (*propositions d'expert*) y por otra, nombra expertos cuando así lo hayan previsto las partes en una cláusula contractual (*nominations d'expert*)<sup>222</sup>. En el segundo supuesto, tanto la designación del perito por parte del Centro como el desarrollo del procedimiento conforme a su Reglamento encuentran su fundamento en un acuerdo contractual. En éste, es conveniente, además, que las partes, entre otros aspectos, delimiten las cuestiones que pueden ser sometidas a la opinión del perito; que precisen sus competencias mencionando, en este sentido, si éste está capacitado para hacer recomendaciones a las partes o, simplemente, ha de limitarse a efectuar las constataciones que le sean solicitadas; y finalmente, que especifiquen el efecto, vinculante o no, de sus decisiones<sup>223</sup>. Aspecto, este último, de especial importancia si se tiene en cuenta que, tal y como establece el artículo 12.3 del Reglamento, salvo estipulación contraria las decisiones del perito no producen un efecto obligatorio entre las partes.

**235.** Si bien es cierto que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el valor o la eficacia obligatoria del informe del perito depende en última instancia de la voluntad de las partes, no lo es menos que éste posee un importante valor probatorio. En determinadas ocasiones, el informe pericial será el principal elemento de apreciación técnica tras la desaparición de otros elementos probatorios. Es difícil imaginar que los árbitros, independientemente de que nombren a otros peritos durante el procedimiento arbitral, menosprecien la opinión de un experto que se forjó justo en el momento en el que surgieron las dificultades técnicas<sup>224</sup>.

<sup>220</sup> En Estados Unidos, al igual que en Inglaterra, es práctica habitual, que los árbitros sean técnicos especializados en la materia litigiosa. De ahí que instituciones de arbitraje como la AAA -*American Arbitration Association*- cuenten con listas de expertos con conocimientos en una gran variedad de campos, especialmente capacitados para intervenir también como peritos. Vid. H. M. HOLTZMANN, "Use of Impartial Technical Experts...", pp. 242 y 423.

<sup>221</sup> En la potenciación del recurso al peritaje pre-arbitral ha jugado un importante papel la CCI, que consciente de los problemas que suscitaban en determinados contratos, como los de construcción de grandes plantas industriales, la resolución de litigios de naturaleza técnica, creó en 1976 un *Centro internacional de peritaje* con el fin de ofrecer a los comerciantes un instrumento para resolver y agilizar este tipo de diferencias. Al mismo tiempo, se elaboró un Reglamento -*Règlement et clause type d'expertise technique* (publicación CCI, nº 307 diciembre de 1976)- para regular su procedimiento (Vid. Y. DERAÏNS, "Expertise technique...", pp. 239 y ss., esp. p.242; O. GLOSSNER, "Technisches Sachverständigengutachten", *Betriebs-Berater*, 1977, pp. 678 y ss.; L. KOPELMANAS, "Le rôle de l'expertise...", pp. 212-216; *id.*, "Le Règlement d'expertise technique de la CCI", *Dr. prat. com. int.*, 1977, pp. 417 y ss.; F. NICKLISCH, "Instrumente der Internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit zur konfliktregelung bei Langzeitverträgen", *RIW*, 1978, pp. 663 y ss.). Este Reglamento ha sido modificado, en el año 2003, y sustituido por el nuevo *Règlement d'expertise* de la CCI (dicho texto puede consultarse en: <http://www.iccwbo.org>).

<sup>222</sup> En ambos casos, la solicitud dirigida al Centro internacional de peritaje debe contener, tal y como se establece en el art. 2.2 del Reglamento: el nombre y la dirección de las partes implicadas; en su caso, una copia del acuerdo entre las partes; una indicación descriptiva de la misión del perito, así como aquellas indicaciones útiles relativas a su elección -como, por ejemplo, conocimientos técnicos requeridos, idioma del peritaje, etc...-. La elección del experto corre a cargo del Presidente del Comité del Centro (art.3). En los supuestos de proposición de expertos, la intervención de este órgano especializado finaliza una vez notificada la proposición, mientras que en los supuestos de nombramiento de expertos, que implican el desarrollo de un procedimiento, ésta no finaliza hasta que el perito remite el informe al Centro y éste, a su vez, lo notifica a las partes (arts. 5-14).

<sup>223</sup> Vid. arts. 12 y 13 del Reglamento de peritaje de la CCI.

<sup>224</sup> Vid. Y. DERAÏNS, «Expertise technique...», p. 242; H. M. HOLTZMANN, «Use of Impartial Technical Experts...», pp. 249 y ss.; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, pp. 264 y 265.

## E) Los **Dispute Review Boards (DRB)**

**236.** Los denominados *Dispute Review Boards (DRB)* o *Comités de Resolución de Litigios (CRL)*<sup>225</sup> son un ADR, de origen norteamericano, que ha sido adoptado por algunas condiciones generales y contratos-tipo de ciertas organizaciones de profesionales como la FIDIC e instituciones como el Banco Mundial. La gran difusión de la que, hasta ahora, están siendo objeto tales documentos en el tráfico mercantil internacional explica la presencia cada vez más frecuente de este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios en el ámbito de la construcción internacional<sup>226</sup>.

**237.** Aunque en la práctica los DRB, presentan importantes diferencias, todos ellos responden a las siguientes directrices básicas y generales:

- a) Son órganos integrados generalmente por tres miembros (*Dispute Review Boards*) y, más excepcionalmente, dependiendo de las características del proyecto -dimensión, duración y complejidad técnica-, por uno sólo (*Dispute Review Expert*). En cualquier caso, ha de tratarse de personas cualificadas e independientes cuya remuneración corre a cargo del cliente y del contratista a partes iguales. Los DRB pueden quedar constituidos durante la fase de negociación del contrato, o una vez que éste se ha firmado pero, siempre, antes de que se inicie la ejecución de las obras pues una de sus principales características es la de estar presentes durante toda la realización del proyecto.
- b) Su función principal es la de resolver, todos aquellos litigios que surjan entre las partes relacionados con el contrato y con la ejecución de las obras, tales como la interpretación de las cláusulas contractuales, los retrasos, las modificaciones, las certificaciones de pago etc..., así como asesorar y aconsejar a las partes cuando lo solicite cualquiera de ellas. También debe mantenerse informado sobre el desarrollo de los trabajos, realizar visitas y mantener reuniones a pie de obra en los momentos más cruciales de la construcción con los representantes del cliente, del contratista y con el ingeniero. En estas reuniones se supervisan y, en su caso, se discuten entre otros aspectos el estado de las obras ejecutadas desde que se realizó la última visita; el estado de los presupuestos; los posibles litigios surgidos entre las partes o las soluciones propuestas<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> Este mecanismo de resolución no jurisdiccional de litigios que comenzó a ser utilizado a principios de los 70, en Estados Unidos, especialmente en el ámbito de la ingeniería civil -contratos de construcción de túneles, puentes y carreteras-, se difundió, posteriormente, hacia otros países y hacia otros sectores de la construcción como el de la ingeniería industrial de donde, finalmente, ha pasado a la práctica habitual del comercio internacional. Una de las primeras veces que fue utilizado, en este último contexto, fue a principios de los 80 durante la construcción de la presa de El Cajon en Honduras. La resolución de litigios que preveía el contrato pasaba por tres fases sucesivas: un primer recurso al ingeniero, posteriormente, un recurso al CRL, cuyas decisiones no vinculaban a las partes y, finalmente, un recurso al arbitraje (*Vid.* G. LODIGIANI, "A «Claims Review Boards» as a way for an Amicable Settlement of Disputes and other Considerations on the Subject of Claims", *ICLR*, 1986, pp. 498 y ss.).

<sup>226</sup> En 1999, la FIDIC publicó nuevas Condiciones Generales para los Contratos Internacionales de Construcción: *Conditions of Contract for Construction for building and engineering Works designed by the Employer (Libro Rojo/The Red Book)*; *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, designed by the Contractor (Libro Amarillo/The Yellow Book)*; y *Conditions of Contracts for EPC/Turnkey Projects (Libro Plateado/The Silver Book)*. En 2008, la FIDIC publicó un nuevo contrato tipo: las *Conditions of Contracts for Design, Build and Operate Projects (Libro Doreado/The Golden Book)*. Todas estas condiciones standard cuentan con 20 cláusulas, responden a la misma sistemática e incluyen diversas definiciones y conceptos comunes. En todos los contratos tipo de la FIDIC, se establece como ADR previo al Arbitraje, un *Dispute Adjudication Board* (cláusula 20.5). *Vid.* World Bank, *Procurement of Works: Standard Bidding Document*, Washington D.C., 2006, rev. 2007.

<sup>227</sup> Sobre los DRB, *vid.*, *ad ex.*, D. BRACKIN, «Sub-Clause 20.5 of The Fidic Contracts and Amicable Dispute Resolution (ADR)», *I.C.L.R.*, 2006, pp. 442-449; J.-F. BOURQUE, «L'expérience du Centre international d'expertise...», pp. 243 y 244; C. CALABRESI, «Il *Dispute Board* nei contratti internazionali d'appalto», *Dir.comm. int.*, 2009, pp. 753-819; C. DERING, «Dispute Boards: It's Time to move on», *ICLR*, 2004, pp. 438-458; J. GOEDEL, «Vertragliche Regelungen...», pp. 71-77; G.-S. HÖK, «Dispute Adjudication Boards - The International or Third Dimension», *ICLR*, 2012, pp. 420-441; *id.*, «Dispute Adjudication in Civil Law Countries - Phantom or Effective Dispute Resolution Method?», *ICLR*, 2011, pp. 412-438; N. GOULD, «Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations», *ICLR*, 2012, pp. 442-478; J. HINCHEY, «Rethinking Conflict in Construction Project Delivery and Dispute Resolution», *ICLR*, 2012, pp. 29-50; R. HORSFALL TURNER, «Avoidance and Resolution of Construction Disputes. Prior to and during the Construction Process», *ICLR*, 1994, pp. 393 y ss.; G. L. JAYNE, «Dispute Review

**238.** Esta concreta modalidad de ADR que, en ningún caso, sustituye a los medios tradicionales de resolución de litigios -jurisdicción estatal y arbitraje internacional- sino que más bien los complementa, permite a las partes someter sus diferencias a un grupo de personas -generalmente, ingenieros- que por su especial preparación técnica y por su presencia constante durante toda la ejecución del proyecto, están en posición de constatar y valorar de forma rápida y precisa los hechos que hacen surgir la diferencia entre las partes, y ofrecer una solución eficaz antes de que se adopten posturas irreconciliables, y ello, sin que se altere el transcurso normal de la ejecución de las obras. Aunque las opiniones del DRB no tienen porque ser necesariamente vinculantes ni definitivas, algo que le diferencia del arbitraje, su presencia disminuye el número de diferencias surgidas entre las partes. La práctica de los contratos internacionales de construcción ha demostrado, además, que la utilización de los DRB implica una reducción de costes jurisdiccionales que repercute en una disminución del precio de la oferta del contrato.

**239.** Como se ha indicado a lo largo de estas páginas, los contratos internacionales de construcción son contratos esencialmente complejos, no sólo por su objeto sino por el gran número de personas que intervienen en su preparación y ejecución, amén de su larga duración. Esto explica que en este concreto ámbito del comercio internacional, desde hace ya un tiempo, tal y como queda reflejado en la propia evolución de los contratos tipo más utilizados en este sector, -las Condiciones FIFIC-, se hayan introducido con carácter previo al arbitraje comercial internacional, procedimientos alternativos de resolución de litigios.

**240.** Con los ADR se persigue ante todo una resolución ágil, rápida y eficaz de las desavenencias entre las partes que perjudique lo menos posible el transcurso de las obras y contribuya a fortalecer las relaciones comerciales entre las partes que intervienen en la ejecución de un proyecto de construcción, entre ellas, generalmente, un Estado.

**241.** En este tipo de contratos la resolución de litigios se caracteriza por ser un proceso escalonado (*multi-step process*), de tal forma que una vez surgido un problema técnico o jurídico entre las partes, éstas deben intentar llegar a un acuerdo utilizando alguna modalidad de ADR o varias de ellas, como requisito *sine qua non* antes de recurrir al arbitraje.

**242.** El recurso cada vez más frecuente a los ADR en los contratos internacionales de construcción explica que nos encontremos actualmente en una fase de surgimiento de nuevos problemas jurídicos generados por la propia aplicación de estos mecanismos en la práctica comercial<sup>228</sup>.

## V. Determinación del Derecho aplicable al contrato

### 1. Consideraciones generales

**243.** Aunque en la práctica de los contratos internacionales de construcción, existe una acentuada tendencia a elaborar contratos excesivamente detallados, lo más habitual es que, aún así, las partes, teniendo en cuenta los problemas jurídicos y económicos que de ellos se derivan, prevean en su contrato la aplicación de un Derecho determinado, ya sea el del país del cliente, -caso frecuente

---

Boards-Yes!", *ICLR*, 1993, pp. 452 y ss.; *id.*, "Dispute Review Boards: The World Bank is aboard", *ICLR*, 1996, pp. 17 y ss.; J. JENKINS, "Contract Structure and Risk Allocation in Major Infrastructure Projects", *ICLR*, 1993, pp. 495 y ss.; R. KNUTSON, "Disputes Provisions. Recent Developments at FIDIC and the World Bank", *ICLR*, 1996, pp. 174 y ss.; A. PIKE, "Disputes Review Boards-Yes!. A Review", *ICLR*, 1993, pp. 467 y ss.; O. SOIMULESCU, "Enforcement of Binding DAB Decisions: A fresh Approach to Clause 20 of the 1999 FIDIC Conditions of Contract", *ICLR*, 2012, pp. 19-28; CH. STUBBE, "Making Dispute Boards better with the "one plus one" model", *ICLR*, 213, pp. 4-15; R.G. TAYLOR/B.HINKLE, "How to use ADR Clauses...", pp. 61 y 62.

<sup>228</sup> *Vid.* CH. DERING, "Dispute Boards: It's time to move on", *ICLR*, 2004, pp. 438458; O. NISJA, "The Engineer in International Construction: Agent? Mediator? Adjudicator?", *ICLR*, 2004, pp. 230-249; CH. SEPPALA, "The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works", *ICLR*, 2005, pp. 4-15.

cuando éste es un Estado-, ya el del país del establecimiento principal del contratista, ya el de un tercer Estado. Sin embargo, las cláusulas de Derecho aplicable que se incluyen en estos contratos no están exentas de dificultades, especialmente, cuando en ellos interviene como parte contratante un Estado o establecimiento público.

**244.** Pero la cuestión principal que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, plantean los contratos internacionales de construcción es, sin lugar a dudas, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en defecto de elección por las partes<sup>229</sup>.

**245.** En este contexto, el problema de la determinación del Derecho objetivamente aplicable en defecto de elección por las partes, gira, principalmente, en torno a la elección del punto de conexión, pues son dos los criterios entre los que se debate la escasa doctrina legal: el lugar dónde está situada la obra y el lugar del establecimiento principal del contratista.

## 2. Derecho designado por la voluntad de las partes

**246.** En materia de contratación internacional en general, la mayor parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado admiten el principio de la autonomía de la voluntad, esto es, reconocen a las partes la facultad de designar el Derecho aplicable a su relación contractual. La aceptación unánime de este principio encuentra su justificación, esencialmente, en las siguientes razones: satisface los intereses inmediatos de los comerciantes, en tanto que les permite conocer con previsibilidad y certeza el Derecho que regirá su contrato; favorece la contratación internacional pues ofrece a los contratantes la posibilidad de adaptarse a las propias necesidades del tráfico, eligiendo la ley que consideren más apropiada para regular sus obligaciones contractuales, -por ejemplo, por su tecnicidad-, buscar un ordenamiento neutral o uniformar el régimen contractual de su empresa; y finalmente, en la medida en que este principio permite una solución de alcance universal, proporciona al contrato seguridad jurídica<sup>230</sup>. Son, en definitiva, las propias necesidades del comercio internacional las que justifican la importante función atribuida a la voluntad individual (*autonomía conflictual*) en el Derecho internacional privado.

**247.** En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos han optado por adoptar *sistemas de concepción dualista* que, en su formulación más sincrética, reconocen el principio de autonomía de la voluntad cuando existe una voluntad expresa o implícita de las partes respecto al Derecho aplicable al contrato y, en defecto de elección, localizan objetivamente el contrato a través de criterios subsidiarios de conexión. Tal es el caso del Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I». Este Reglamen-

<sup>229</sup> Vid. PH. BRITTON, “The Right Law for Construction?, Choice of Law and European Reform”, *ICLR*, 2008, pp. 347-397; *id.*, “The Right Law for Construction?, Choice of Law and European Reform: Update”, *ICLR*, 2008, pp. 518-521; *id.*, “Oxalic ACID and the Applicable Law: The Rome Convention”, *ICLR*, 2003, pp. 381-400; D CHARRET, “The Use of the UNIDROIT Principles in International Construction Contracts”, *ICLR*, 2013, pp. 507-526; R. H. CHRISTIE, “The Law Governing and International Construction Contract”, *ICLR*, 2007, pp. 343-465; K. COUNTER, “The Law applicable to international Construction Contracts”, *ICLR*, 1984, pp. 309 y ss.; V. DELAPORTE, “La détermination du droit applicable au contrat d’ouvrage clé en main”, *Rev. jur. pol. indep. coop.*, 1988, pp. 755 y ss.; P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, pp. 527-627; TH. HASSLER, *Les contrats de construction...*, pp. 609-616; J.-P. RÉMERY, “Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction d’immeuble”, *DS*, 1985, pp. 255 y ss.; A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, pp. 895 y ss., esp. p. 896; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law in the case of international construction contracts. The application to contracts for the export of constructions in private international law”, en K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung...*, pp. 89 y ss.

<sup>230</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales (I)”, en A.-L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho internacional privado II*, 14ª ed., Granada, 2013, pp. 651-845; O. LANDO, “International situations and situations involving a choice between the Laws of different legal systems”, en K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978, pp. 15 y ss., esp. p. 18; P. MAYER, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 1994, p. 406; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed., Madrid, 1993, pp. 195 y ss., esp. pp. 203 y 204.

to que constituye el epicentro del Derecho contractual europeo, obliga y se aplica a todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca<sup>231</sup>.

**248.** En el Reglamento Roma I, el primer punto de conexión para determinar el Derecho aplicable al contrato (*Lex Contractus*) es la autonomía de la voluntad conflictual (art. 3.1 RR-I). Ahora bien, para que la elección de la Ley del contrato sea válida, debe cumplir con una serie de requisitos: 1º) la elección de Ley debe ser clara e inequívoca, cierta y no presunta; 2º) La Ley elegida debe ser la Ley de un Estado; 3º) el pacto en virtud del cual las partes eligen el Derecho aplicable al contrato ha de ser válido en cuanto a la capacidad, fondo y forma.

**249.** En el ámbito de los contratos internacionales de construcción, el importante papel desempeñado por el poder autonormativo de los particulares, cristalizado en contratos-tipo y condiciones generales tanto de asociaciones profesionales como de organizaciones internacionales, ha hecho surgir en el comercio internacional un verdadero núcleo de usos en esta materia. Este hecho unido a la inadecuada legislación existente en los distintos sistemas nacionales y la complejidad inherente a este tipo de contratos cuyo máximo exponente son los contratos «llave en mano», conduce a cuestionarse si, en ellos, las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad han de elegir necesariamente un ordenamiento jurídico estatal o si, por el contrario, es posible que éstas designen un Derecho no estatal, principalmente pero no exclusivamente la *Lex Mercatoria*, o que, incluso, habiendo otorgado una regulación detallada al contrato en todos sus extremos, opten por excluir toda referencia a un Derecho estatal.

**250.** Este último supuesto, el de los denominados *contratos sin ley*<sup>232</sup>, sometidos exclusivamente a la voluntad de las partes, resulta incompatible con el análisis conflictual de la autonomía de la voluntad. La hipótesis de los contratos sin ley o contratos autosuficientes regulados en todos sus aspectos conduce a defender, como ya lo hiciese en su momento el subjetivismo puro, algo inadmisibles desde el punto de vista jurídico: que el contrato recibe su fuerza obligatoria de la propia voluntad de las partes. La imposibilidad de los contratos sin ley se deduce con claridad del artículo 3.1 del Reglamento Roma I que establece que se aplicará a los contratos la «ley» a la que las partes hayan decidido someterse. Además, aunque en la práctica se elaboraren, siguiendo una tradición del *Common Law*, contratos muy detallados en todos sus aspectos, es casi inevitable la existencia de lagunas o de determinados aspectos, como, por ejemplo, la responsabilidad legal del contratista o la prescripción de las acciones, que requieren el sustento de una ley estatal<sup>233</sup>.

**251.** También, es habitual en la práctica del comercio internacional que en los contratos se incluyan cláusulas que remiten a la aplicación de un sistema normativo distinto al Derecho estatal, como el Derecho internacional, los principios generales del Derecho o los usos del comercio internacional o de un sector concreto del mismo. Esta realidad conduce a cuestionarse si es posible que las partes, sobre la base de una norma de conflicto estatal, designen un ordenamiento jurídico de carácter no estatal. Este

<sup>231</sup> Sobre el Reg. Roma I, en general, *vid.*, *ad ex.*: T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, n° 1, 2009, pp. 5-18; A.-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol. 1, n° 2, pp. 32-133; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *ID.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, 2013, pp.651-845, esp. pp. 483-617; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; F. FERRARIS/S. LEIBE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008-4, pp. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687.1723; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

<sup>232</sup> Sobre los contratos sin ley, *vid.*, *ad ex.*, S. M. CARBONE, “Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980”, *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1983, pp. 279 y ss.; P. LEVEL, “Le contrat dit sans lois”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1964-1966, pp. 231 y ss.; T. REIMANN, *Zur Lehre vom «rechtsordnungslosen» vertrag*, Bonn, 1970; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones...”, pp. 217 y ss.

<sup>233</sup> *Vid.* V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels...*, p. 284; A. SARVALLE, “Conflitti di leggi...”, p. 901.

problema se ha suscitado fundamentalmente en torno a un determinado tipo de contratos, los denominados *contratos de Estado o State Contracts*, esto es, aquellos celebrados entre un Estado y una empresa, pública o privada extranjera. El Reglamento Roma I no admite tal posibilidad. La elección por las partes ha de recaer en una ley estatal (art. 3.1)<sup>234</sup>

**252.** También es usual que este tipo de contratos (*State Contracts*) contenga una *cláusula de intangibilidad o estabilización (Stabilisierungs- und Versteinerungsklauseln)*, indicando que la ley elegida por las partes, -o en algunos casos, la legislación del Estado que afecta a ciertos ámbitos contractuales que escapan a la *lex contractus* como, por ejemplo, las normas sobre control de cambios, los derechos de aduana, el Derecho del trabajo o el Derecho de sociedades-, no está sujeta a los posibles cambios legislativos operados por el legislador.

**253.** A través de *las cláusulas de estabilización*, el Estado se compromete expresamente a no ejercer las competencias legislativas y privilegios contractuales inherentes a su soberanía. Por tanto, estas cláusulas, también denominadas cláusulas de protección, tienden a asegurar la estabilidad del contexto jurídico en el que se ha concluido el contrato garantizando, a su vez, la estabilidad de los derechos contractuales de los inversores privados. A pesar de que todas persiguen el mismo fin, se pueden distinguir dos clases, según su objeto: las *cláusulas de intangibilidad*, que tienen como fin garantizar que el Estado parte en el contrato no altere unilateralmente los términos del mismo haciendo uso de sus prerrogativas soberanas, y las *cláusulas de estabilización* o de «gel», que tienen por objeto petrificar la legislación del Estado, tal y como ésta se encuentra, en el momento de concluir el contrato. La diferencia entre ambas estriba en el ámbito en el que opera la limitación del poder normativo del Estado: así, mientras que en las primeras, éste es simplemente contractual, en las segundas, afecta a la competencia legislativa del Estado en general.

**254.** Las cláusulas de estabilización en general conducen a un contrato sin Ley, a un contrato autorregulado, resultado no admitido por el Reglamento Roma I. En el supuesto de que las partes hayan congelado la Ley reguladora de su contrato, la Ley aplicable al mismo se determinará con arreglo al art. 4 RR-I, y los contenidos legales petrificados se considerarán incorporados al contrato en la medida que lo permita la verdadera *Lex Contractus*. Por el contrario, las denominadas cláusulas de intangibilidad son válidas y su infracción genera responsabilidad contractual en los términos establecidos por la *Lex Contractus*<sup>235</sup>.

### 3. Determinación del Derecho aplicable en ausencia de designación por las partes

**255.** Una de las cuestiones más problemáticas que, desde la perspectiva de Derecho internacional privado, plantean los contratos internacionales de construcción «llave en mano» es la determinación del ordenamiento jurídico rector del contrato en defecto de elección por las partes<sup>236</sup>.

**256.** El carácter complejo de los contratos «llave en mano», la multitud de relaciones jurídicas que subyace en ellos, y la incesante aparición de controversias durante su ejecución en un marco más que especulativo, son algunos de los aspectos que ponen de manifiesto el alcance y la importancia que

<sup>234</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales (I)”, en A.-L. CALVO CARAVACA y otros, *Derecho internacional privado II*, 14 ed., Granada, 2013, p. 715.

<sup>235</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, *op. cit.*, pp. 528-529.

<sup>236</sup> Vid. A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, p. 896; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, p. 90. Como ya se ha indicado en páginas anteriores, en las obras generales sobre contratos internacionales de construcción, frecuentemente, se presta más atención al importante papel jugado por el poder de autoreglamentación de los particulares que a la función de la autonomía conflictual, e incluso a veces se hace caso omiso de ella. Vid., *ad ex.*, A. BRABANT, *Le contrat international...*, pp. 367-371; J.-A. BOON/R. GOFFIN, *Les contrats...*, pp. 136 y 137; M. DUBISSON, *La négociation des marchés internationaux*, Paris, 1982; M. KURKELA, *On international construction...*; M.E. SCHNEIDER, “International Construction...”, pp. 649 y ss.; C. VACCÀ/A. FRIGNANI, “Appalto internazionali”, en A. FRIGNANI y otros, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Torino, 1990, pp. 331 y ss., esp. pp. 337-343.

la determinación de la *Lex Contractus* en defecto de elección por las partes, adquiere en este concreto tipo de contratos.

**257.** El método conflictual no puede permanecer al margen de esta realidad como tampoco puede ignorar el hecho de que los contratos «llave en mano», paradigma más significativo de la transformación experimentada en el sector de la construcción internacional, hayan adquirido una sustantividad jurídica propia en el comercio internacional, siguiendo las exigencias de este concreto sector y alejándose de los contratos de obra regulados por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque son contratos atípicos, de ellos se deriva un *equilibrio contractual único y complejo*, intergrado por las prestaciones que asume el contratista frente al cliente de proyectar, construir y poner en funcionamiento una obra determinada a cambio de un precio, cuya regulación ha de quedar sometida, por tanto, a un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, y en defecto de elección por las partes, la principal cuestión que ha de resolver el Derecho internacional privado gira en torno a la localización objetiva del contrato.

### **A) Localización objetiva del contrato. Dos posibles puntos de conexión: *lex rei sitae* y ley del lugar de residencia del contratista**

**258.** La doctrina se debate entre dos puntos de conexión. Así, mientras que unos consideran que los contratos de construcción deben regirse por la ley del lugar dónde está situada la obra objeto del contrato, (*lex rei sitae*)<sup>237</sup>; otros, por el contrario, basándose en la doctrina o técnica de la *prestación característica*, estiman más apropiada la ley del país dónde tiene su residencia o establecimiento principal el contratista «llave en mano»<sup>238</sup>.

#### a) La *lex rei sitae* o ley del lugar dónde está situado el inmueble

**259.** A favor de la *lex rei sitae* se esgrimen principalmente los siguientes argumentos: proporciona, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, una solución fácil, segura y previsible al problema de la determinación del Derecho aplicable en defecto de elección por las partes; ofrece, además, la posibilidad de someter a un mismo ordenamiento jurídico los contratos coligados al contrato principal; se evita la espinosa tarea de distinguir entre los aspectos reales del contrato, -sometidos generalmente a la *lex rei sitae* con independencia de cual sea la *lex contractus*-, y los aspectos contractuales; y finalmente, facilita la aplicación de las normas que, en materia de construcción, concretamente las relativas a determinados aspectos técnicos, exportación e importación, control de cambios, transferencia de tecnología, imposición, etc....., son imperativas en el Estado dónde se está realizando la obra.

**260.** Por otra parte, el hecho de que la *lex rei sitae* coincida con otra conexión tradicionalmente utilizada por los sistemas de Derecho internacional privado como es el lugar de ejecución del contrato, se considera determinante para afirmar la localización del contrato de construcción sobre el territorio

<sup>237</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 539; J-P. RÉMERY, “Remarques sur le conflit des lois applicables...”, pp. 255 y ss., esp. pp. 258-260. En el Derecho comparado, vid., G. KEGEL, “Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht”, en *Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966, p. 223; H. WEITNAUER, *Der Vertragsschwerpunkt, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Frankfurt, 1981, p. 178 y p. 209; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 220 y ss.; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7ª ed., t.II, Paris, 1983, p. 299; PH. FOUCHARD, “La responsabilité des constructeurs dans les relations internationales”, en *La responsabilité des constructeurs*, (Journées égyptiennes), *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. XLII, Paris, 1991, pp. 293 y ss., esp. pp. 300-307.

<sup>238</sup> Vid. A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 908 y ss.; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, pp. 89 y ss., esp. 110 y ss. En el Derecho comparado, vid., *ad ex.*, M. FERID, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 234; CH. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., 1996, pp. 782 y ss. y pp. 786 y 787; A. F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, t. II, 4ª ed., Basilea, 1958, p. 714; F. VISCHER, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., 1982, p. 180; P. MAYER, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 1994, p. 478.

del Estado dónde está situada la obra<sup>239</sup>. Conclusión ésta que, según este sector de la doctrina, también encuentra su fundamento en la posición de poder que ostenta el cliente en la fase de adjudicación del contrato frente al contratista, y que hace muy difícil por no decir imposible la aplicación de otro ordenamiento jurídico que no sea aquel impuesto por el cliente, -generalmente, el del país dónde va a ser ejecutada la obra-<sup>240</sup>.

**261.** Esta solución que, tradicionalmente, ha contado con el apoyo de la doctrina<sup>241</sup> y la jurisprudencia francesa<sup>242</sup>, ha sido también acogida por los sistemas de Derecho internacional privado de algunos países como Hungría y Austria<sup>243</sup>.

**262.** No obstante, resulta cuanto menos significativo que ni el Convenio de Roma, como veremos seguidamente, ni los sistemas de Derecho internacional privado más recientes, sigan o adopten este criterio, y hayan optado, en su lugar, por la ley del país en que la parte que debe realizar la prestación característica tiene su residencia habitual o su establecimiento principal, en este caso concreto, la ley del país del contratista «llave en mano».

**263.** Si bien es cierto que la *lex rei sitae*, proporciona una solución fácil, segura y previsible al problema de la determinación del Derecho aplicable favoreciendo de esta forma el tráfico mercantil internacional, no lo es menos que la utilización de este punto de conexión en los contratos internacionales de construcción supone desconocer determinados aspectos fácticos y jurídicos que ponen en tela de juicio que el verdadero centro de gravedad del contrato se halle en el lugar dónde está situada la obra. De estos aspectos, llaman la atención entre otros: la posición de poder fáctico que ostenta el contratista «llave en mano» frente al cliente tanto en la fase de adjudicación como en la fase de ejecución del contrato, -algo que está íntimamente vinculado con la elaboración del proyecto por parte del contratista y la tecnología que en éste está implicada-; la ejecución del contrato en lugares distintos a aquel dónde está situada la obra; o la diversidad de prestaciones que junto a la construcción asume el contratista frente al cliente.

**264.** Además, los defensores de la *lex rei sitae* olvidan que los contratos de construcción no tienen por objeto directo la constitución, modificación, o extinción de un derecho real o sobre un bien inmueble. De ahí que, en estos contratos a diferencia de otros con transcendencia real, no esté justificado el recurso a la *lex rei sitae* para evitar los problemas que se derivan de la interferencia entre el estatuto real y el estatuto contractual, puesto que en los contratos de construcción el estatuto real se limita a informar cuándo tiene lugar la transferencia de la propiedad de la obra del contratista al cliente. Algo que, por lo demás, tiene lugar generalmente sin que medie un acuerdo entre las partes, a través de la incorporación de los materiales a la obra.

b) La ley del lugar de residencia o sede del contratista

**265.** Para otro sector de la doctrina, la aproximación o visión estática de los contratos internacionales de construcción a la que responde el recurso a la *lex rei sitae*, y que a efectos de la determinación del Derecho objetivamente aplicable implica centrar la atención en el momento de la recepción de la

<sup>239</sup> Vid. P. GLAVINIS, *Le contrat international...*, p. 539; J.-P. RÉMERY, “Remarques sur le conflit des lois applicables au contrat international de construction...”, pp. 258 y 259; A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 906 y 907.

<sup>240</sup> Vid. CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, pp. 93 y 94.

<sup>241</sup> Vid., *ad ex.*, H. BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, pp. 220 y ss.; H. BATTIFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 7ª ed., Paris, 1983, p. 299; PH. FOUCHARD, “La responsabilité des constructeurs...”, pp. 300-307.

<sup>242</sup> Vid., *ad ex.*, Sentencia del Tribunal de Paris de 22 de noviembre de 1980, *JDI*, 1981, pp. 585 y ss. con nota de PH. KAHN; Sentencia de la Corte de Casación (Sala civil) de 26 de noviembre de 1980, *JDI*, 1981, pp. 355 y ss. con nota de PH. KAHN; y Sentencia de la Corte de Casación (Sala civil) de 15 de junio de 1982 *JDI*, 1983, pp. 602 y ss.

<sup>243</sup> Vid. artículo 26.2 de la Ley húngara de Derecho internacional privado de 1979, que establece expresamente que para los contratos de obra o de construcción, de proyección, instalación, montaje, ejecución de obra o de fabricación de materiales, la aplicación de la ley del lugar dónde, según los términos del contrato, se desarrollen los trabajos; en similares términos se expresa el art. 42 de la Ley austríaca de 1978.

obra, no se ajusta a las condiciones en las que actualmente se desenvuelven este tipo de contratos en el comercio exterior.

**266.** Son varios los factores que, según este planteamiento, conducen a localizar los contratos internacionales de construcción en el país dónde tiene su establecimiento principal el contratista<sup>244</sup>, principalmente, los siguientes:

**267. a)** El *desplazamiento de la función del cliente hacia el contratista «llave en mano»*, constante ésta, en el sector de la construcción internacional en general y que se refleja en las nuevas formas de *Project Management*. Así, el contratista «llave en mano», junto a la construcción material de la obra, debe realizar análisis de los materiales, elaborar planos o *shop drawings*, mejorar el tiempo óptimo de realización de las obras a través de distintos mecanismos como los *critical path methods* (CPM), e incluso asumir obligaciones sobre financiación y seguros. La responsabilidad global que éste asume frente al cliente transfiere claramente el centro de gravedad del contrato hacia el contratista.

**268. b)** La *larga duración de los contratos internacionales de construcción* que, a veces, es incluso superior a tres años, unido al hecho de que el contratista no sólo se compromete a construir una obra determinada sino también a proyectarla y a ponerla en funcionamiento, conduce irremediamente a realizar una valoración o aproximación dinámica de la ejecución del contrato, y a dejar a un lado la aproximación estática que centra su atención exclusivamente en el resultado final del mismo.

Otros aspectos que avalan esta afirmación y que, por tanto, muestran la poca atención prestada al momento de recepción de la obra son, entre otros: las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución del contrato -*variations*, fuerza mayor y *hardship*-, o el gran número de relaciones jurídicas existentes entre las diversas personas que participan en la ejecución del proyecto, y que juegan un papel determinante en la realización del mismo -como, por ejemplo, los suministradores y subcontratistas-.

**269. c)** El *lugar de ejecución*. Finalmente, otro factor que se aleja del lugar de construcción dónde está siendo o ha sido construida la obra, es el hecho de que gran parte del contrato se ejecute en el país del contratista o en un tercer Estado. Éste es el caso, por ejemplo, de la prefabricación y/o montaje de las maquinarias y materiales que deben ser incorporados a la obra; de la elaboración de los planos preliminares, o incluso, del mismo proyecto; o de la formación del personal local en el establecimiento principal del contratista.

**270.** Desde una perspectiva estrictamente conflictual, y teniendo en cuenta todos estos factores en los que se desenvuelven los contratos de construcción, se llega a la conclusión de que el criterio que mejor responde a la localización objetiva del contrato es el de la prestación característica. Así, si se analizan las obligaciones que asumen las partes contratantes en los contratos «llave en mano»,- el cliente se obliga al pago, mientras que el contratista asume una obligación global de resultado-, se observa que la prestación que desde un punto de vista económico y social caracteriza al contrato es la que corre a cargo del contratista. Ésta, además, por su complejidad es la que requerirá una mayor intervención de un determinado ordenamiento jurídico, siendo lógico y legítimo, que éste sea el del país dónde reside el contratista, y ello, sin perjuicio de que determinadas cuestiones contractuales se rijan por ciertas disposiciones del Derecho del territorio dónde se ejecutan las obras por ser éstas de carácter imperativo<sup>245</sup>.

**271.** Por otra parte, mediante este punto de conexión se favorece la *vis atractiva* de la *ley de la empresa* que opera en diversos países pues permite al contratista someter todos los contratos que celebre en otros Estados a un mismo ordenamiento jurídico. De esta forma, las empresas constructoras pueden además aplicar el Derecho que mejor conocen, que no siempre ha de ser el más beneficioso o el menos

<sup>244</sup> Vid. CH. WIEGAND, "The applicable substantive law...", pp. 110-114.

<sup>245</sup> Vid. A. SARAVALLE, "Conflitti di leggi...", pp. 908 y 909; J.-M. RÉMERY, "Remarques sur le conflit des lois...", pp. 259 y 260; CH. WIEGAND, "The applicable substantive law...", pp. 110-114.

riguroso. Incluso, aunque así fuese, no parece ilógico concederles este beneficio, sobre todo, si se tiene en cuenta la posición de debilidad en la que en determinadas ocasiones se encuentran los contratistas frente al cliente, especialmente, cuando éste es un ente público.

272. Éste ha sido el criterio seguido por los sistemas legales de Derecho internacional privado de diversos países, tales como Yugoslavia, Albania, Checoslovaquia y Polonia<sup>246</sup>.

#### 4. Solución ofrecida por el Reglamento Roma I

273. El art. 4 Reglamento Roma I trata de primar la certeza y la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo sobre la justicia del caso concreto (Considerando 16 Reg. Roma I). A tal fin y para determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, se suprime el principio de proximidad como regla de base del sistema. Se abandonan los puntos de conexión flexibles que necesitan ser concretados por el tribunal y que se inspiran en el mencionado principio. También desaparece, por la misma causa, el fraccionamiento judicial del contrato.

274. La nueva estructura del art. 4 Reglamento Roma I descansa sobre: a) *unas normas de conflicto especiales* para un elenco de contratos, –concretamente, ocho–, los mas comunes en la práctica comercial internacional, para los que se indica a través de puntos de conexión rígidos la determinación de una concreta ley estatal (art. 4.1 RR- I); b) *una norma general*, aplicable cuando el contrato no es subsumible en ninguna de las anteriores categorías contractuales o es subsumible en más de una de ellas, entonces el contrato se rige por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2 RR-I); c) *una cláusula de excepción*, a la que solo se recurrirá si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4.1 y art. 4.2 RR-I, en cuyo caso, el contrato se rige por la Ley de este otro país (art. 4.3 RR- I); d) *una cláusula de cierre* que entra en juego cuando el contrato no quede incluido en ninguna de las ocho categorías contractuales (art. 4.1 RR- I) y tampoco pueda determinarse en él una prestación característica (art. 4.2 RR- I), entonces el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR- I)<sup>247</sup>.

275. El régimen establecido por el Reglamento Roma I no prevé regla especial alguna para los contratos internacionales de construcción de lo que, consecuentemente, se deduce *prima facie* que éstos deben quedar sometidos a la regla general basada en la prestación característica, -en este caso, la proyección, construcción y puesta en funcionamiento de una obra determinada- (art. 4.2 RR-I). Por tanto, cabe afirmar que en defecto de elección por las partes, los contratos internacionales de construcción se regirán por la ley del país en que el contratista, -parte que ha de realizar la prestación característica- tenga su residencia habitual o, más frecuentemente, su establecimiento principal<sup>248</sup>.

<sup>246</sup> En este sentido, vid., art. 20.2 de la Ley yugoslava de 15 de julio de 1982, (texto reproducido en *Rev. crit.*, 1983, pp. 353 y ss.), que prevé para los contratos de construcción la aplicación del Derecho del Estado dónde en el momento de la oferta tenga su domicilio o su sede el empresario. Aunque no mencionen de forma expresa los contratos de construcción, el art. 18 (b) de la Ley yugoslava de 21 de noviembre de 1964; el art. 10.2/a) de la Ley checoslovaca de 4 de diciembre de 1963 y el art. 27, par. 1.2 de la Ley polaca de 12 de noviembre de 1965, prevén también para el contrato de arrendamiento de obra, la aplicación de la ley de la residencia del empresario.

<sup>247</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, *op. cit.*, pp. 735-810.

<sup>248</sup> Vid. en este sentido, A. SARAVALLE, “Conflitti di leggi...”, pp. 910-914; CH. WIEGAND, “The applicable substantive law...”, p. 107.

# IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA FORENSE E LA RILEVANZA DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI NEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO

MARIA PAOLA MANTOVANI

*Ricercatore di diritto privato  
Università telematica "L. da Vinci"*

Recibido: 24.10.2013 / Aceptado: 13.11.2013

**Resumen:** In Italia, la mediazione civile e commerciale ha registrato, negli ultimi anni, una significativa evoluzione normativa, prevedendosi, per alcune materie tassativamente indicate, un sistema di filtro precontenzioso obbligatorio che condiziona l'esercizio dell'azione giudiziale. Il meccanismo prescelto dal *conditor iuris* è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale che ha ne dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa. La Legge 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotta la mediazione obbligatoria, (*ex art. 5, comma 1 bis*), esercitando una precisa opzione di politica legislativa in favore della mediazione come mezzo di composizione volontaria delle liti. Dopo aver svolto una ricognizione dell'iter normativo che ha segnato l'introduzione, e le tappe evolutive fondamentali della mediazione, il lavoro approfondisce il ruolo e le competenze riservate al professionista forense nel procedimento conciliativo, prevedendosi un'assistenza legale obbligatoria, giustificata dall'esigenza di orientare e consigliare le parti, nel caso in cui debbano compiere valutazioni e scelte di natura tecnico-giuridica. Particolare attenzione è riservata all'analisi degli obblighi informativi e protettivi che incombono sull'avvocato nel procedimento di mediazione. Ai fini di una corretta ricostruzione della genesi e dei risvolti applicativi dell'istituto della mediazione, il lavoro si chiude con uno sguardo comparativo al modello di *common law* (Stati Uniti e Inghilterra) e, fra i modelli di *civil law*, al sistema francese, che vanta una solida tradizione in materia mediazione stragiudiziale.

**Palabras clave:** mediazione civile e commerciale, obbligatorietà, condizione di procedibilità, mediazione e processo, Unione Europea, accesso alla giustizia, professionista forense, procedimento conciliativo, assistenza legale obbligatoria, obblighi informativi, obblighi di protezione, diritto civile comparato.

**Abstract:** In Italy, the civil and commercial mediation has experienced, in recent years, a significant regulatory developments, with the provision for certain matters exhaustively listed, a filtering system compulsory pre-litigation that affects the exercise of the judicial action. The mechanism chosen by the *conditor iuris* has been under the scrutiny of the Constitutional Court which declared it unconstitutional in excess of legislative delegation. The Law of 9 August 2013, n. 98, has reintroduced the mandatory mediation, (*ex art. 5, paragraph 1 bis*), exercising a specific option of legislative policy in favor of voluntary mediation as a means of settlement of disputes. After conducting a survey of rulemaking that marked the introduction, and the fundamental evolutionary stages of mediation, the work explores the role and competencies of the professional forensic in the conciliation process, with the provision for legal aid compulsory justified by 'need to guide and advise the parties, in case they need to make proper evaluations and decisions of technical and legal. After conducting a survey of rulemaking that marked the introduction, and the fundamental evolutionary stages of mediation, the work explores the role and the competencies of the professional forensic in the conciliation process, foreseeing a legal assistance mandatory, justified by the need to guide and advise the parties, in case they need to make proper evaluations and decisions of technical and legal nature. Particular attention is paid to the analysis of the disclosure requirements and protective incumbent on the lawyer in the mediation process. For the purposes of

a correct reconstruction of the origin and applied implications of the institution of mediation, the work closes with a comparative look at the model of *common law* (U.S. and UK) and, between the models of *civil law*, the French system, which has a strong tradition-court mediation.

**Key words:** civil and commercial mediation, mandatory, condition of admissibility, a mediation and process, European Union, access to justice, lawyer, conciliation process, legal assistance mandatory, disclosure obligations, obligations of protection, civil law compared.

**Sommario:** I. Riflessioni sulla disciplina della mediazione nell'ordinamento italiano. II. Il ruolo dell'avvocato nel procedimento conciliativo. III. Il dovere di informazione nella mediazione. IV. Profili applicativi. V. La sentenza della Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272. VI. Contributo apportato alla materia dalla dottrina comparatistica.

## I. Riflessioni sulla disciplina della mediazione nell'ordinamento italiano

1. Nell'ordinamento italiano l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>1</sup> è stato introdotto con una previsione *ad hoc*, contenuta nell'art. 60 della legge 69/2009<sup>2</sup>. Con l'approvazione del D.Lgs. 28/2010<sup>3</sup>, il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 60, legge 69/2009<sup>4</sup>, elaborando una disciplina destinata a regolare le procedure di mediazione delle controversie in materia civile e commerciale<sup>5</sup>, con evidenti riflessi sul piano applicativo<sup>6</sup>. Da ultimo, è stata pubblicata la Legge 9 agosto 2013, n. 98 (G.U., *Serie generale* n. 194, del 20 agosto 2013) di conversione del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», c.d. *Decreto Fare*. Una prima rilevante modifica concerne l'introduzione della competenza territoriale dell'organismo di mediazione, prevedendosi che l'istanza di mediazione debba essere presentata presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente a conoscere della controversia. Fulcro attorno a cui ruota l'intera disciplina della mediazione civile e commerciale è la reintroduzione dell'obbligatorietà della medesima, ad eccezione del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. Particolare interesse suscita l'aggiunta, nell'ipotesi di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, della parola «sanitaria», indice dell'approccio seguito dal *conditor iuris*, attento alla diversa fisionomia che, progressivamente, il settore della responsabilità medica sta assumendo. Altro significativo intervento concerne la previsione della necessaria assistenza legale nel procedimento di mediazione, introdotta dal comma 1 *bis* dell'art. 5, D.Lgs. 28/2010<sup>7</sup>, al fine

<sup>1</sup> In dottrina, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; A. CASTAGNOLA e F. DELFINI (a cura di), *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2012; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 338 e ss.; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, V, c. 358.

<sup>2</sup> R. MASONI, *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1212.

<sup>3</sup> F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257.

<sup>4</sup> R. MASONI, *Il nuovo istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 1212. «Più specificamente, il Governo è stato delegato ad adottare entro sei mesi dalla pubblicazione della l. n. 69 uno o più decreti legislativi in materia di conciliazione e mediazione “per le controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia” (art. 60, lett. a). [...] Rispettando questo termine, il Governo ha predisposto uno schema di decreto legislativo che è stato approvato [...]. In seguito a nuova deliberazione del Consiglio dei Ministri in data 19 febbraio 2010, la delega è stata tempestivamente esercitata mediante approvazione del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28».

<sup>5</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 7 ss. «In ottemperanza a quanto previsto nella delega, la nuova disciplina si propone altresì di realizzare il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando al contempo il rispetto della normativa comunitaria».

<sup>6</sup> Per una panoramica dell'istituto in Italia, si veda: G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, in *Giust. civ.*, 2011, II, p. 343 ss.

<sup>7</sup> All'art. 5 del D.lvo 28/2010, è stato inserito il nuovo comma 1 bis, rubricato, «Condizione di procedibilità e rapporti con il processo». «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del

di valorizzare il ruolo del professionista forense, chiamato a partecipare attivamente al procedimento mediatorio, e favorire, se ve ne sono i presupposti, una soluzione stragiudiziale della lite.

2. Particolare interesse suscita, inoltre, la disposizione che riconosce alle parti e ai loro avvocati, nel corso del primo incontro del procedimento di mediazione, il potere di esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso, ad esclusione delle spese di avvio e di notifica, è dovuto per l'organismo di mediazione. È stata, inoltre, prevista, la qualifica *ex lege* di mediatori per tutti gli avvocati che, tuttavia, saranno tenuti a rispettare l'obbligo di formazione continua. La mediazione obbligatoria è, dunque, pienamente operante, anche se è stato previsto un periodo di prova di quattro anni. L'auspicio è che la Legge n. 98/13 possa aprire una seconda stagione per la mediazione civile e commerciale, si spera più fortunata della prima.

3. È noto che, specialmente nel corso degli anni Novanta, in coincidenza con l'apertura della lunga stagione di riforme del codice di procedura civile, il legislatore, a fronte delle difficoltà di realizzare una riforma generale ed organica, ha perseguito una parallela opera di promozione settoriale della conciliazione in diversi ambiti del contenzioso civile e commerciale, attraverso la previsione di strumenti, talvolta obbligatori, talvolta facoltativi, cui le parti avrebbero dovuto o potuto sottoporre le controversie tra loro insorte, in alternativa al ricorso alla tutela giurisdizionale<sup>8</sup>.

4. Il procedimento di mediazione funziona in modo diverso rispetto al giudizio civile, è in grado di far emergere aspetti e questioni relative alla controversia di cui, difficilmente, le parti vengono rese edotte nella cornice processuale, aumentando la consapevolezza dei soggetti che partecipano alla conciliazione e favorendo, in una logica di natura non conflittuale, un nuovo assetto di interessi in grado di condurre all'esito positivo della controversia<sup>9</sup>. Allo stato attuale, non solo si registra un'inversione di tendenza che recepisce un modello normativo-istituzionale di mediazione<sup>10</sup>, ma si è reso obbligatorio lo strumento conciliativo proprio per arginare il carico di contenzioso giudiziario e ridurre l'afflusso delle sopravvenienze che possono scaturire dall'esercizio dell'azione giudiziale<sup>11</sup>. All'articolato assetto normativo che ha condotto a recepire, nel sistema italiano, l'istituto della mediazione<sup>12</sup>, si è aggiunto il D.M. n. 180 del 2010<sup>13</sup>, dedicato ai profili di regolamentazione dell'istituto, ove sono stati disciplinate le modalità di iscrizione, la tenuta di un registro degli organismi di mediazione, nonché particolare attenzione è stata rivolta alle funzioni e alle responsabilità connesse al ruolo di mediatore<sup>14</sup>.

5. A sollecitare l'intervento normativo, promuovendo l'introduzione di nuove regole e nuove garanzie, è intervenuta, a più riprese, la disciplina comunitaria, da sempre favorevole a prevedere l'operatività di strumenti alternativi all'azione giudiziale, al fine di migliorare l'accesso alla giustizia da

---

presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Tale comma è stato inserito dall'art. 84, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, recante, «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia» (G.U. n. 194, del 20 agosto 2013, Suppl. Ord. n. 63). Per l'applicabilità di tale disposizione si veda il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

<sup>8</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 8. Occorre rilevare che: «La conciliazione ha visto così progressivamente crescere la sua potenzialità, ma al contempo aumentare la sua complessità normativa, se è vero che le varie discipline settoriali che si sono susseguite negli ultimi anni si sono caratterizzate per una crescente disomogeneità, non sempre giustificata da reali esigenze di diversificazione o specialità. All'incremento delle fonti normative e alla loro diversificazione non è del resto corrisposto un incremento significativo del numero dei procedimenti di conciliazione avviati».

<sup>9</sup> A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.

<sup>10</sup> S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim.*, 2000, p. 447 ss.

<sup>11</sup> F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 1203.

<sup>12</sup> G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 146.

<sup>13</sup> E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 339 ss.

<sup>14</sup> In argomento, si veda: M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Le Società*, 2010, p. 1142 ss.

parte dei cittadini dell'Unione europea. In tale prospettiva, si muove la Direttiva 2008/52/CE<sup>15</sup> relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che si prefigge l'obiettivo di armonizzare le legislazioni dei diversi Paesi membri<sup>16</sup>. Pur se la normativa comunitaria non prevede esplicitamente modelli, è altrettanto vero che il legislatore europeo, ha fatto salva la possibilità che la normativa nazionale preveda una eventuale «obbligatorietà» del tentativo di mediazione, ponendo una condizione precisa e non superabile: di lasciare impregiudicata la potestà di ciascuna delle parti di esercitare il proprio diritto di accesso alla tutela giurisdizionale<sup>17</sup>.

6. L'esigenza di coordinare il quadro normativo elaborato con la Direttiva sulla mediazione rispetto alle peculiarità proprie dei vari sistemi processuali risulta, attualmente, tanto più avvertita se si pensa al diverso *background* normativo e culturale in cui la normativa comunitaria si è andata ad innestare. In tale ottica, si è resa indispensabile un'opera di *self restraint* da parte dell'Unione europea che si è limitata a delineare alcune regole fondamentali, non introducendo requisiti più specifici relativi alla struttura e al funzionamento della mediazione<sup>18</sup>.

7. L'istituto della mediazione non può essere correttamente inteso se non si stabilisce con chiarezza il rapporto che si instaura tra procedura conciliativa e processo, proprio per dare piena e concreta attuazione al principio della tutela giurisdizionale dei diritti, sancito all'art. 24 Cost.<sup>19</sup>. Il pieno funzionamento del processo presuppone che questo venga percepito dalla collettività non come l'unica strada possibile, ma come una delle plurime vie di soluzione al conflitto, al fine di realizzare, in ossequio ad un principio di ragionevolezza, un adeguato contemperamento di interessi contrapposti<sup>20</sup>.

## II. Il ruolo dell'avvocato nel procedimento conciliativo

8. Particolare rilievo assume, nella dialettica extraprocessuale in generale, e nella mediazione, in particolare, il ruolo dell'avvocato, ed il buon esito della procedura di mediazione si fonda, in gran parte, proprio sulla condotta, collaborativa o meno, che il medesimo adotta. In tale guisa, il professionista forense può favorire un accordo mediatorio consigliando alla parte, specie nella mediazione facilitativa, di aderire alla proposta di conciliazione.

9. Fondamentale è la piena consapevolezza, da parte dell'avvocato, del ruolo che riveste nella procedura di mediazione, operando come garante del corretto funzionamento della giustizia<sup>21</sup>.

10. In sostanza, il successo dello strumento conciliativo è connesso alla diffusione, nell'esperienza giuridica italiana, fortemente connotata dal modello giurisdizionale, di una cultura conciliativa

<sup>15</sup> M. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.

<sup>16</sup> Pone in evidenza l'iter storico che ha condotto all'elaborazione della Direttiva 2002/58/CE, M. GAMBINI, *La risoluzione on-line delle controversie nel commercio elettronico e nelle transazioni telematiche*, in *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, a cura di R. FAVALE e M. GAMBINI, Napoli, 2013, p. 341 ss, spec. 371.

<sup>17</sup> T. FABIANO, *Procedimento di mediazione e processo civile: profili di interazione in un'ottica di necessario coordinamento alla luce della C. cost. n. 272 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 267 ss.

<sup>18</sup> F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 16, che rileva: «Un rapido sguardo ad alcuni dei principali ordinamenti europei suggerisce comunque un cauto ottimismo rispetto agli obiettivi dichiarati ed auspicati dal legislatore comunitario: la direttiva europea, infatti, rappresenta un ottimo punto di confronto e di crescita per le varie esperienze nazionali, su un terreno che appare culturalmente più *emancipato* dall'influenza nordamericana (che in effetti aveva segnato, in positivo e in negativo, larga parte delle prime esperienze europee in materia di ADR) e certamente più vicino alla tradizione giuridica di *civil law*».

<sup>19</sup> G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, cit., p. 343 ss.

<sup>20</sup> Così, I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. Giur.* 2011, p. 995, spec. 1011. «L'effettività della tutela si assicura anche nel momento in cui si comprende che il modo in cui il sistema delle tutele funziona finisce per riverberarsi ed incidere sugli stessi diritti alla cui realizzazione il processo tende».

<sup>21</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 25 ss.

della lite. La condotta posta in essere dall'avvocato nella mediazione non è priva di riflessi sul piano applicativo, in quanto una sua azione anticipata o ritardata potrebbe esporre il cliente ad una responsabilità ai sensi dell'art. 116 c.p.c. e, comunque, ad una valutazione pregiudizievole in sede giudiziaria<sup>22</sup>. In alcune ipotesi, possono sorgere, a carico del professionista forense, responsabilità sia di natura deontologica che contrattuale, nel caso in cui la sua condotta negligente abbia cagionato un pregiudizio alla tutela degli interessi del proprio assistito.

**11.** Nella mediazione conciliativa l'avvocato è chiamato a valutare il rischio giuridico del contenzioso relativo alla controversia, tenendo ben presente non solo aspetti che ineriscono il c.d. rischio giudice, ma profili che possono arrecare un danno di carattere economico al proprio cliente, in ragione degli elevati costi connessi all'esercizio dell'azione giudiziale, nonché alla prevedibile durata del processo<sup>23</sup>. Il nuovo approccio<sup>24</sup> tende a promuovere la funzione svolta dall'avvocato nella dialettica conciliativa, con una conseguente valorizzazione delle competenze riservate ai professionisti forensi<sup>25</sup>.

**12.** Sul piano dogmatico, la prestazione del professionista forense si inquadra nell'ambito delle prestazioni di fare che, tradizionalmente, possono dar luogo a due diversi sottospecie di obbligazioni, di mezzi e di risultato<sup>26</sup>. La distinzione<sup>27</sup> tra le due ipotesi importa una diversa distribuzione, tra debitore e creditore, del rischio per la mancata realizzazione del risultato<sup>28</sup>. Rientra nella prima categoria la prestazione del professionista intellettuale (art. 2230 c.c.), nel cui ambito è da ricomprendersi l'attività esercitata dall'avvocato che si obbliga a difendere il cliente ma non a garantire la vittoria della causa<sup>29</sup>.

**13.** La natura giuridica dell'obbligazione assunta dal professionista con la stipulazione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale si qualifica come un'obbligazione di mezzi e non di risul-

<sup>22</sup> M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società*, 2010, p. 759 ss.

<sup>23</sup> G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, V, 56.

<sup>24</sup> Fondamentali in tema di fatto illecito, le riflessioni di F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 15 ss. spec. 19 dove rileva, acutamente: «I giudici sono soliti ripetere che essi altro non fanno se non applicare la legge, esclusa ogni "funzione creativa" del diritto. E tuttavia che, pur nell'ambito di un sistema a diritto legislativo, entro il quale il giudice è a rigore vincolato dalla legge, la giurisdizione sia funzione creativa del diritto, e non soltanto applicativa del diritto prodotto per legge, è convincimento a tal punto diffuso da poterlo considerare come dato di cultura giuridica ormai acquisito». Si veda, inoltre, G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino, 2010, p. 218 ss., spec. 239, ove pone in evidenza la complessità del sistema della responsabilità civile, organizzato intorno a regole generali e regole speciali. «La complessità del sistema non è solo strutturale, ma è anche conoscitiva: occorre un giurista europeo, ormai, per poter dare una risposta agli interrogativi che si affacciano in tutti i settori del diritto, compreso quello che per anni, appariva il meno vicino all'evoluzione normativa e strutturale. [...] In ambito europeo, si sta definendo un quadro comune di valori, in cui la responsabilità civile, intesa come complesso delle regole preposte alla difesa di interessi protetti, occupa una posizione privilegiata».

<sup>25</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, cit., p. 137.

<sup>26</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185. V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 397 ss.

<sup>27</sup> Tale distinzione in particolare con riferimento all'area medica, è stata sottoposta a vaglio critico da una parte della dottrina: E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, p. 1165 ss. Per un panorama di tali critiche, cfr. P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, Torino 1998, p. 343 ss. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla Legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 293 ss.

<sup>28</sup> La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è stata ritenuta da una parte della dottrina priva di fondamento perché, in astratto, non è configurabile un'obbligazione che non presupponga il raggiungimento di un risultato o, comunque, il soddisfacimento di un interesse del creditore. Si veda P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 191. In tale quadro, si innesta, la pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, nella quale la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato viene svuotata di significato. Nell'*iter* motivazionale le Sezioni Unite ritengono che è inapplicabile alla prestazione d'opera intellettuale, in particolare a quella del progettista, la distinzione, fino ad ora seguita dalla giurisprudenza, fra obbligazioni di mezzi e di risultato, e che tale dicotomia, «non possa continuare ancora a costituire il criterio risolutivo della problematica relativa alle obbligazioni d'indole intellettuale, alla luce dei principi in tema di responsabilità contrattuale del professionista intellettuale».

<sup>29</sup> F.M. CIRILLO, *I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 231 ss.

tato<sup>30</sup>, poiché il professionista, all'atto di assunzione dell'incarico, si impegna ad espletare la sua attività mettendo a disposizione tutti gli strumenti necessari per consentire al cliente la realizzazione dello scopo avuto di mira<sup>31</sup>. La giurisprudenza, negli ultimi anni, ha rivisitato i precetti normativi contenuti negli artt. 1176 c.c. e 2236 c.c. relativi all'analisi del canone di diligenza richiesto per l'esercizio dell'attività forense, precisando che l'avvocato non è mai esonerato da responsabilità se non prospetta al cliente tutte le questioni rilevanti che ineriscono la trattazione della causa<sup>32</sup>. L'avvocato deve esercitare la sua attività professionale non solo rispettando le regole di condotta che presiedono all'esercizio dell'attività forense, ma deve agire in modo tale da tutelare gli interessi del cliente verificando, nel caso concreto, gli elementi e le circostanze che possano far propendere per la scelta di adire o meno la via giudiziale<sup>33</sup>.

**14.** Il fondamento della responsabilità dell'avvocato nella mediazione<sup>34</sup> non può esaurirsi nell'esclusiva osservanza delle previsioni normative e deontologiche che disciplinano la materia, ma si estende all'ordinamento giuridico più in generale, e ne condiziona l'efficienza e la corretta operatività<sup>35</sup>. In questa ottica, si inserisce la problematica dei rapporti dell'avvocato sia con il proprio cliente, che con il mediatore<sup>36</sup>.

**15.** Le funzioni riconosciute al mediatore<sup>37</sup>, soggetto terzo e imparziale, assumono una diversa articolazione nella mediazione di tipo facilitativo, rispetto a quella di carattere valutativo. Nella prima, il mediatore opera esclusivamente al fine di guidare le parti che agiscono in piena autonomia e aderiscono ad un accordo conciliativo ritenuto soddisfacente rispetto al loro assetto di interessi, nella seconda, invece, il mediatore, nel caso in cui l'approccio amichevole non abbia dato esito positivo, esamina le pretese delle parti e formula una proposta di accordo<sup>38</sup>. Proprio nell'ottica di evitare il pericolo che possano sorgere eventuali conflitti di interessi, sono stati individuati limiti all'esercizio delle funzioni di mediatore. Sintomatica è l'incompatibilità ad assistere una parte in una procedura di mediazione se il medesimo soggetto, precedentemente, abbia rivestito la funzione di mediatore. In particolare, il professionista forense non potrà intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento di mediazione. Tale limite opera anche con riferimento a questioni interessate da procedimenti di mediazione ormai conclusi, salva l'ipotesi in cui l'oggetto dell'atti-

<sup>30</sup> M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino 1965, p. 598 ss. In riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, v. G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni « di mezzi » e « di risultato »*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli 1999, p. 130 ss.

<sup>31</sup> P. BARTOLOMUCCI, C. PETRILLO e R. VACCARELLA, *I rimedi e la risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *I diritti dei consumatori*, t. II, a cura di G. ALPA, in *Tratt. dir. priv. Un. eur.*, diretto da G. Ajani e G. Benacchio, Torino, 2009, p. 655 ss.

<sup>32</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, in *Riv. not.*, 2011, p. 765.

<sup>33</sup> F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, II, 2ª ed., Padova, 2010, p. 3 ss.

<sup>34</sup> B. MEOLI, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, opera diretta da P. STANZIONE e S. SICA, Bologna, 2010, p. 3 ss.

<sup>35</sup> N. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. for.*, 2006, p. 1505, che evidenzia come nella vasta letteratura che accompagna le riforme del processo civile, in molti Paesi, l'elemento che assume importanza decisiva per una corretta visione dei problemi e delle esigenze di rinnovamento della giustizia civile, «è costituito dall'Avvocatura, dal ruolo che essa svolge nel processo civile, dalla necessità che tale ruolo venga svolto ad un livello qualitativamente alto». F. CIPRIANI, *La professione di avvocato*, Napoli, 2001, p. 201 ss.

<sup>36</sup> Per profili relativi alla giustizia disciplinare, si veda, *Giustizia disciplinare e professioni legali: casi e questioni*, (a cura di) A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, L. RUGGERI, A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2012.

<sup>37</sup> F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71 ss., spec. 78, pone in rilievo: «Piuttosto, merita sottolineare che il mediatore proprio perché "esperto" in tecniche di negoziazione e non in materie giuridiche - non può essere onerato anche della redazione del contratto che risolve la controversia. Il mediatore ha il compito di far incontrare la volontà negoziale delle parti, e quindi opera sul piano dei bisogni e degli interessi: la traduzione in termini giuridici della volontà negoziale delle parti non è compito del mediatore».

<sup>38</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, cit., p. 764. In tal senso l'A. evidenzia: «Il regime delle spese, nell'ipotesi di corrispondenza tra il contenuto della proposta e il *decisum* del provvedimento giudiziale, si sostanzia in una deroga legislativa al principio della soccombenza. La deroga è affidata al potere del giudice di sanzionare la "condotta strumentale" tenuta dalla parte durante la procedura di mediazione e nel corso del processo».

vità sia diverso da quello su cui verte il procedimento conciliativo<sup>39</sup>. Dalla partecipazione alla procedura di mediazione può sorgere, a carico del mediatore, una responsabilità di natura civilistica, e la disciplina giuridica cui ricondurre tale disposizione sembra essere quella della responsabilità contrattuale da «contatto sociale»<sup>40</sup>, in quanto lo stesso, entrando in relazione «qualificata» con le parti, risponde secondo il noto statuto della responsabilità da contatto sociale che assurge a fonte di un rapporto obbligatorio, modellato sul contratto d'opera intellettuale<sup>41</sup>. Tale figura è sicuramente applicabile, atteso che il mediatore opera come un professionista che, pur in assenza di un contratto stipulato con le parti, è sempre tenuto ad adottare una condotta tesa a tutelare e proteggere gli interessi delle medesime<sup>42</sup>. Il legame che si instaura fra avvocato e mediatore assume valore determinante per il successo della mediazione<sup>43</sup>, al fine di promuovere una reale dimensione collaborativa tra le parti che, congiuntamente, sono in grado di elaborare prospettive comuni e soluzioni condivise<sup>44</sup>. La procedura di mediazione, nelle intenzioni del *conditor iuris* interno deve tenere conto del reale obiettivo perseguito dal D.Lgs. n. 28 del 2010, che è quello di consentire alle parti di confrontarsi su un terreno non contenzioso, dinanzi ad un soggetto *super partes*, il mediatore, che si muove nell'ottica di promuovere una possibile soluzione conciliativa della lite. Fondamentale, in tale ottica, è il superamento di una preconcepita indisponibilità ad ogni forma di partecipazione da parte dell'avvocato che, al contrario, deve porsi in una ottica di attiva e leale collaborazione, nel procedimento di mediazione<sup>45</sup>, al fine di non vanificare le potenzialità dello strumento conciliativo. In tale prospettiva, l'art. 8, comma 5 del D.Lgs. 28 del 2010, consente al giudice di trarre dalla «mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione» delle parti, argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.<sup>46</sup>.

**16.** Nella mediazione, la composizione del conflitto ha fonte esclusivamente negoziale<sup>47</sup>, in quanto è solo il contratto che compone gli interessi delle parti, traducendosi in un accordo con il quale i

<sup>39</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1009, ove scrive: «Stando così le cose, è comprensibile che la necessità di una particolare preparazione giuridica del mediatore in qualche modo si stemperi, anche se, a mio avviso, la previsione contenuta nell'art. 13 d.m. 180/2010, per cui "il giudice che nega l'omologazione, provvedendo ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo, trasmette al responsabile e all'organismo copia del provvedimento di diniego", implica una volontà della disciplina di recuperare in varia guisa l'esigenza di un'attenzione dell'organismo, e del mediatore che conduce il tentativo di conciliazione, verso una verifica anticipata, rispetto all'omologazione, del rispetto delle regole che presidiano la stipula dei contratti, pur quando non ci si voglia spingere ipotizzando l'esistenza di un dovere di protezione, ed una conseguente possibile responsabilità, in capo al mediatore».

<sup>40</sup> S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ., Agg., \*\*\*\*\**, Torino, 2010, p. 346 ss., spec. p. 351, ove pone in evidenza: «Il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può quindi trovare valido impiego ogniqualvolta vi sia un "contatto sociale" tra soggetti non legati da un preesistente rapporto contrattuale, che sia caratterizzato, come avviene nelle trattative negoziali, dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra, affidamento che viene fondato sulla professionalità, in funzione della quale si determinano obblighi di correttezza o di protezione verso chi ha riposto nello status una ragionevole fiducia».

<sup>41</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2006. In materia si veda l'importante contributo di: G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004. ID., *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 511 ss.

<sup>42</sup> G. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2346 ss. che pone in rilievo: «Come noto, la tesi della responsabilità da contatto cd. qualificato trova il suo archetipo logico-giuridico nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico in quanto "ai confini tra contratto e torto"».

<sup>43</sup> R. CAPONI, *La riuscita della legge per ridurre il contenzioso passa per un'adeguata formazione degli operatori*, in *Guida dir.*, 2010, p. 12, p. 48 ss.

<sup>44</sup> A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida dir.*, n. 12, 2010, p. 12.

<sup>45</sup> A. BERLINGUER, *Solo un maggiore coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida dir.*, n. 46, 2009, p. 10 ss.

<sup>46</sup> G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 565 ss.

<sup>47</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1009. «Nonostante il legame tra la vicenda presupposta, la lite e l'accordo raggiunto, al mediatore, dunque, non è richiesto di pronunciarsi sulla domanda di una parte, fondata su una pretesa che presuppone una norma da applicare; e, anche nel caso in cui il mediatore formuli una proposta, sono comunque soltanto le parti a realizzare quell'atto dispositivo che è espressione dell'autonomia negoziale e che deve rispettare i limiti dell'art. 1322 c.c.».

soggetti che partecipano alla procedura di mediazione dettano una regola per disciplinare i loro rapporti e con il quale superano il conflitto. Al contrario, nella dimensione giudiziale, il giudice tende a riconoscere ragioni e torti e, dunque, si pone in un'ottica decisoria e non compositiva.

17. La struttura che caratterizza l'interazione giudiziaria<sup>48</sup> impone al giudice, che «in realtà è un altro soggetto che interviene nella comunicazione aggiungendovi la propria percezione delle cose, che può divergere da quella di tutte le parti in causa»<sup>49</sup>, di discriminare fra le avverse pretese e adottare una decisione, rispondendo alle istanze formulate dalle parti. In effetti, la propensione delle parti ad accordarsi sia in ambito processuale sia nel contesto della conciliazione, è in gran parte dovuta all'attività svolta dagli avvocati<sup>50</sup>. Che l'avvocato possa trasformarsi in mediatore, d'intesa con il legale della controparte, e facilitare la conciliazione di una lite, è esperienza comune di ogni pratico del diritto, non solo dei sociologi esperti di professione legale<sup>51</sup>.

18. Tale approccio ermeneutico<sup>52</sup>, sembra fornire una corretta chiave di lettura per comprendere i cambiamenti che stanno, dovunque, interessando la professione forense, anche laddove i ranghi della professione legale siano soggetti, come in Italia, ad un'incontrollabile ipertrofia, a discapito del livello economico ed etico dell'avvocatura<sup>53</sup>.

### III. Il dovere di informazione nella mediazione

19. Attualmente, nel solco della tendenza manifestatasi a livello europeo, si registra un notevole incremento dei mezzi alternativi di soluzione delle controversie. La mediazione finalizzata alla conciliazione diventa sempre più «struttura» del sistema ordinamentale, nel cui ambito la fonte del diritto, ossia la legge formale e sostanziale, non rappresenta che una soltanto delle componenti della più complessa creatività della produzione normativa<sup>54</sup>.

20. Il ruolo dell'avvocato nella mediazione va letto in maniera coordinata con le funzioni del mediatore, e rileva sotto due distinti profili<sup>55</sup>, da un lato incombono sul professionista specifici obblighi informativi nei confronti del cliente relativi alla facoltà di promuovere una conciliazione *ante causam*<sup>56</sup>, dall'altro l'avvocato deve agire nel pieno rispetto delle regole di condotta che presiedono l'esercizio della prestazione forense<sup>57</sup>. In tale prospettiva, particolare rilievo va assegnato alla previsione dell'assistenza legale obbligatoria nella procedura di mediazione (artt. 5 comma 1 *bis* e 8, D.Lgs. 28/2010), giustificata dall'esigenza di orientare e consigliare le parti che partecipano alla mediazione, nel caso in cui debbano compiere valutazioni e scelte di natura tecnico-giuridica<sup>58</sup>.

<sup>48</sup> Tali considerazioni trovano ampio riconoscimento nel pensiero di un sociologo tedesco, N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, in *Laboratorio politico*, 1982, II, 1, p. 5 ss.

<sup>49</sup> V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, in *Riv. trim.*, 2008, p. 37 ss., spec. 46.

<sup>50</sup> P. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 130 ss. R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. Civ.*, 2010, II, p. 489 ss.

<sup>51</sup> Così, V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, cit., p. 55, che fa notare: «Ciò detto, sarebbe importante conoscere meglio le modalità con cui questa attività degli avvocati viene svolta in una economia che, imponendo soluzioni rapide e penalizzando ogni ritardo, sembra smentire il trito luogo comune secondo cui l'avvocato avrebbe interesse a prolungare indefinitamente il corso di una lite».

<sup>52</sup> R. CAPONI, *La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 28, p. 58.

<sup>53</sup> V. FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, cit., p. 55.

<sup>54</sup> F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, cit., p. 763.

<sup>55</sup> Fondamentale, in argomento, il contributo di R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011.

<sup>56</sup> R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, 354.

<sup>57</sup> M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Le Società*, 2012, p. 303 ss. che rileva: «Così oggi, alla mancata cooperazione in mediazione, senza un giustificato motivo, sono collegate due sanzioni, una economica ed una incidente sul merito della decisione della lite».

<sup>58</sup> A. NICOLA, *La nuova mediazione dopo il c.d. decreto «del fare» e la mediazione condominiale*, in *Immobili e proprietà*, 2013, p. 587 ss.

**21.** L'art. 4, comma 3, D. Lgs 28/2010<sup>59</sup> pone, a carico dell'avvocato, sia l'obbligo di informare<sup>60</sup> il proprio assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione<sup>61</sup>, sia di informarlo nei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La mancata o incompleta informazione dovuta dal professionista ha ripercussioni sia sul piano del rapporto contrattuale che questi ha con il cliente, sia sul piano del processo<sup>62</sup>. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. L'adempimento dell'obbligo di informazione riveste carattere tridimensionale<sup>63</sup>, secondo le coordinate temporale, contenutistica e formale, la violazione delle quali prevede la sanzione dell'annullabilità del contratto stipulato con il professionista forense<sup>64</sup>.

**22.** Connesso al dovere di informazione, vi è il dovere di riservatezza che incombe sull'avvocato<sup>65</sup>, come esplicazione del più generale rispetto del segreto professionale. Il dovere di riservatezza e l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione non si riferisce alle circostanze che le parti avrebbero comunque allegato in giudizio a sostegno delle proprie pretese, ma solo a quelle di cui, senza il procedimento di conciliazione, non sarebbero mai venute a conoscenza<sup>66</sup>.

**23.** Appare evidente, dunque, che quando si affronta la problematica della c.d. difesa tecnica prestata dall'avvocato, non si possa prescindere dal considerare l'insieme degli obblighi integrativi e protettivi che gravano sullo stesso<sup>67</sup>.

**24.** La previsione di una specifica prescrizione di forma scritta rappresenta, inoltre, uno strumento efficace per assicurare il corretto adempimento dell'obbligo di informazione, la cui inosservanza viene sanzionata con l'annullabilità del contratto di patrocinio, di cui si prevede, con una giusta funzione coercitiva, l'invalidità. Si discute se l'avvocato sia tenuto ad assolvere gli obblighi informativi nei confronti del proprio cliente all'atto del conferimento del mandato difensivo o separatamente, in quanto si ritiene che non vi sia, necessariamente, coincidenza temporale rispetto al momento del rilascio della

<sup>59</sup> Art. 4, comma 3, D.Lgs. 28/2010: «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

<sup>60</sup> R. FAVALE, *La mediazione e l'obbligo informativo*, in *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, a cura di R. FAVALE e M. GAMBINI, Napoli, 2013, p. 93 ss., pone in rilievo come vi possa essere una dissociazione soggettiva fra cliente e assistito e il contratto di patrocinio.

<sup>61</sup> Sentenza Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, ove il rimettente pone in rilievo la lettera n) dell'art. 60 della legge delega prevede: «il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima della instaurazione del giudizio della "possibilità" e non dell'obbligo di avvalersi della conciliazione. Al riguardo il giudice a quo rileva che la possibilità è, ovviamente, diversa dalla obbligatorietà e l'accentuazione di tale differenza non sarebbe superflua, vertendo nel capo della deontologia professionale, ovvero in un complesso di obblighi e doveri la cui inosservanza può determinare conseguenze pregiudizievoli in base all'ordinamento civile (risarcimento del danno), amministrativo (sanzioni disciplinari) e pubblicistico (art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 28 del 2010), che richiedono l'esatta individuazione del precetto presidiato dalle sanzioni».

<sup>62</sup> Si veda, in particolare: R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 152, spec. 157.

<sup>63</sup> U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. for.*, 2010, p. 32.

<sup>64</sup> R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 157 che, con acutezza, avverte: «La storia e il contesto della norma lasciano pochi dubbi su una ricostruzione della figura dell'annullabilità conforme ad una filosofia di protezione del contraente non professionista».

<sup>65</sup> Si veda, Trib. Prato, 30 marzo 2011, con commento di R. DI IORIO, *Prime applicazioni delle «mediazione obbligatoria»: spunti di riflessione su una nuova forma di giurisdizione condizionata*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2149 ss.

<sup>66</sup> D. BORGHESI, *Riservatezza e segreto nella mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale condivide l'idea che le norme in esame debbano essere interpretate, dal giudice del successivo processo, in modo da evitare che le parti trasformino il procedimento di mediazione nel luogo in cui nascondere le prove allo scopo di renderle inutilizzabili nel susseguente giudizio.

<sup>67</sup> E. MARMOCCHI, *La mediazione professionale: l'adoperarsi del mediatore*, in *Riv. not.*, 2011, p. 255 ss., spec. 263.

procura alle liti, ad esempio, nell'ipotesi in cui il legale abbia ricevuto l'incarico di svolgere una previa attività stragiudiziale inerente la controversia<sup>68</sup>.

**25.** La sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272<sup>69</sup> ha censurato, per eccesso di delega legislativa<sup>70</sup>, il carattere obbligatorio<sup>71</sup> della mediazione conciliativa nelle controversie civili e commerciali, per le materie espressamente indicate nell'art. 5, comma 1, del D.lgs. n. 28/2010<sup>72</sup>. Il *conditor iuris* prima della censura di illegittimità costituzionale aveva espressamente delimitato la sfera di operatività della mediazione obbligatoria, ai diritti reali, alla divisione, alle successioni ereditarie, ai patti di famiglia, alla materia condominiale, alla locazione, al comodato, all'affitto di azienda, al risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, al risarcimento del danno da responsabilità medica, nonché ai contratti assicurativi, bancari e finanziari. La scelta di prevedere alcuni settori (si pensi alla materia condominiale) fra le materie di mediazione c.d. obbligatoria, non appare affatto casuale, tenuto conto dell'elevato grado di litigiosità e la vasta dimensione sociale della conflittualità. La Consulta<sup>73</sup>, nella motivazione della sentenza, afferma che «il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge di delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché della finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata». Particolare rilievo riveste dunque, l'osservanza, nella mediazione, degli obblighi informativi posti a carico dell'avvocato nei confronti del proprio assistito, circa la facoltà o, nelle materie espressamente indicate, l'obbligo, di promuovere una procedura conciliativa<sup>74</sup>, al fine di favorire una soluzione negoziata della lite<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 653, spec. 662.

<sup>69</sup> C. GAMBA, *La Corte costituzionale e la mediazione: un «giudice indifferente al conflitto» o una Corte che tace?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 569 ss.; F. VALERINI, *Ecco la sentenza sulla mediazione: la parola passa ora al parlamento (se vorrà)*, in *Dir. giust.*, 2012, p. 1126 ss.

<sup>70</sup> In tale ambito si innesta l'ordinanza del Tar Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in *Corr. Giur.* 2011, p. 995 ss. con commento di I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, che evidenzia: «L'effettività della tutela si assicura anche nel momento in cui si comprende che il modo in cui il sistema delle tutele funziona finisce per riverberarsi ed incidere sugli stessi diritti alla cui realizzazione il processo tende. E questo vale ancor più per quelle controversie (e sono quasi tutte quelle dell'art. 5 D. Lgs. 28/2010, non ultima la materia della responsabilità medica, in cui, per varie ragioni, la prospettiva di un rapporto che prosegue tra le parti è certamente una di esse, ma non è la sola, è estremamente opportuna quella attenta riflessione su pro e contro dell'azione giudiziale che la mediazione, se correttamente condotta, se ne viene ben inteso il senso e la funzione, [...] aiuta le parti della lite ad effettuare».

<sup>71</sup> I. PAGNI, *op. cit.*, p. 1011. Il giudice amministrativo si è pronunciato in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, paventando che nelle materie oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione, quella «incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statutale». In particolare le doglianze che il Tar ha ritenuto non manifestamente infondate e rilevanti, sono relative al fatto che la previsione, nell'art. 5, di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, rilevabile anche d'ufficio, precluderebbe l'accesso diretto alla giustizia, disattendendo espressamente le previsioni della legge delega, in quanto, secondo il Tar, essa non «possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua *ratio* e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile».

<sup>72</sup> Tar Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in *Giur. merito*, 2011, p. 1926 ss. con nota di S. VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*.

<sup>73</sup> Per un primo commento si rinvia a: F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71 ss., spec. 80, ove osserva: «La mediazione è così restituita dalla Corte costituzionale al suo ambito naturale: quello di uno strumento negoziale, che si fonda su valutazioni di opportunità e convenienza le quali non devono essere artificialmente distorte dal timore di possibili ripercussioni negative nell'eventuale successivo episodio contenzioso».

<sup>74</sup> C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1231 ss. ID., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.

<sup>75</sup> F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'avvocatura*, cit., pag. 137 ss.

#### IV. Profili applicativi

26. Per comprendere meglio i doveri che incombono sull'avvocato nel procedimento di mediazione, è necessario verificare quali sono state le ricadute, sul piano operativo, che l'entrata in vigore della disciplina sulla mediazione ha prodotto. In tal senso, particolarmente significativa è una pronuncia emessa dal Tribunale di Varese il 6 maggio 2011<sup>76</sup>, ove si fornisce un importante chiarimento in merito agli obblighi di informazione *ex art. 4 D.lgs 28/2010*.

27. Il Tribunale ha affermato che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del D.Lgs. n. 28 del 2010, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare il cliente, rispettando la prescrizione della forma scritta, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione *ante causam*. L'obbligo non è adempiuto quando nella procura estesa a margine della citazione, il difensore inserisca una clausola di stile o operi un rinvio *per relationem* alle previsioni normative. Il giudice all'atto introduttivo del giudizio, qualora rileva la mancata allegazione del documento contenente l'informativa resa dall'avvocato al proprio cliente, al fine di sanare l'eventuale condotta omissiva tenuta dal professionista provvede ad informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione conciliativa<sup>77</sup>. Il professionista forense, seguendo l'*iter* argomentativo del giudice di merito, ha omesso di fornire un'adeguata informazione, ritenendosi, nel caso concreto, non sufficiente il mero richiamo, nella procura alle liti, degli articoli di legge mediante una *relatio* normativa che il cliente, difficilmente, può comprendere.

28. La violazione dell'obbligo di informazione dell'avvocato potrebbe rilevare sotto il profilo deontologico, come illecito disciplinare, pur in assenza di un richiamo diretto della legge<sup>78</sup>. In proposito, può trovare applicazione la norma di cui all'articolo 40, del Codice deontologico forense rubricato «Obbligo di informazione», secondo cui «l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito, all'atto dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili». La disposizione ha un'ampiezza contenutistica tale da giustificare una sua applicazione estensiva in caso di inosservanza degli obblighi informativi che gravano sull'avvocato nel procedimento di mediazione.

#### V. La sentenza della Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272

29. La disciplina della mediazione impone una diversa lettura ricostruttiva ed un diverso approccio interpretativo, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272<sup>79</sup> che ha prodotto una vera e propria «rivoluzione» rispetto all'assetto normativo disegnato dal D.lgs. n. 28 del 2010. L'intera materia della mediazione ha subito una profonda revisione ad opera della decisione adottata dalla Consulta<sup>80</sup> che ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione di cui all'art. 5, D.lgs. 28/2010, per eccesso di delega legislativa, nella parte in cui prescrive l'obbligatorietà del filtro precontenzioso della mediazione limitatamente ad alcune materie. I giudici hanno ravvisato un eccesso

<sup>76</sup> Ordinanza del Tribunale di Varese, 6 maggio 2011, con commento di N. SOLDATI, *Rafforzato l'obbligo di comunicare al cliente le caratteristiche dello strumento alternativo*, in *Guida Dir.*, 2011, n. 27, XI.

<sup>77</sup> Si veda, inoltre: Cass. 4 novembre 2011, Sez. Un., n. 22882, in *Diritto e giustizia*, 2011, p. 5 ss.

<sup>78</sup> R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 158.

<sup>79</sup> Corte Costituzionale Sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, in *Lav. giur.*, 2013, p. 483 ss. con nota di C.I. BUONOCORE, *La Consulta e l'incostituzionalità dell'obbligo del previo tentativo di mediazione*, che pone in evidenza: «La Corte costituzionale, al fine di verificare la sussistenza dell'eccesso di delega, è partita dall'analisi della scelta di *drafting* normativo adottato in relazione alla obbligatorietà della mediazione, e cioè: a) l'art. 60 l. 18 luglio 2009, n. 69, b) la normativa UE (in particolare la direttiva 52/2008), e c) il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5».

<sup>80</sup> Si veda, in argomento: M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pag. 356 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, pag. 1 ss.

di delega legislativa rispetto ai contenuti fissati dall'art. 60, legge di delega n. 69 del 2009 e una non conformità agli obiettivi indicati dalla Direttiva comunitaria 2008/52/CE<sup>81</sup>.

**30.** Il fondale europeo della mediazione conciliativa e la matrice comunitaria della disciplina, modellata sui contenuti della Direttiva 2008/52/CE, impone agli Stati membri di intervenire, in maniera efficace, sul sistema della giustizia, favorendo l'ingresso di strumenti di risoluzione negoziata dei conflitti al fine di affrontare, adeguatamente, le sfide che le nuove dinamiche economiche e sociali prospettano<sup>82</sup>. L'*iter* argomentativo dei giudici prende le mosse dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale», che si prefigge l'obiettivo di istituire procedure extragiudiziali ed alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali. Il quattordicesimo *Considerando* della Direttiva precisa che si «dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario»<sup>83</sup>. L'opzione in favore di un modello che prescrive l'obbligatorietà della mediazione *ante causam* non trova fondamento nelle fonti comunitarie<sup>84</sup>, che si rivelano neutrali in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, che resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Inoltre, la Corte Costituzionale precisa che «il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua *ratio*, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia»<sup>85</sup>. La scelta di reintrodurre un meccanismo di filtro precontenzioso obbligatorio, per le materie indicate dall'art. 5, comma 1 *bis*, D.Lgs. 28/2010, sembra produrre un esito che interferisce, distorsivamente, con i principi enucleabili dall'assetto normativo sovranazionale (14° *Considerando* della Direttiva 2008/52/Ce), nonché con il principio fondamentale sancito dalla Carta costituzionale in tema di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.). La previsione di un sistema che prescrive, per alcune materie, l'obbligatorietà della mediazione potrebbe, in concreto, arrecare un *vulnus* al principio della tutela dei diritti sancito dall'art. 24 Cost.<sup>86</sup>. Prima di poter affermare che

<sup>81</sup> S. VIOTTI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, quale misura normativa ed alternativa a valenza strategica*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1232 ss.

<sup>82</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Milano, 2008, p. 45, che osserva: «La globalizzazione, intesa come fenomeno di diffusione su scala mondiale dei rapporti economici, sociali e anche giuridici, porta, infatti, con sé la diffusione di una cultura giuridica globale che [...] inevitabilmente a ridurre le differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici moderni». Sulla globalizzazione fondamentali le riflessioni di: M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012. ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

<sup>83</sup> Così, Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, che aggiunge: «Per completare il quadro, è da considerare, nei limiti di seguito precisati, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea pronunciata in data 18 marzo 2010, Sezione quarta, pronunciata nelle cause riunite C-317/08, C-318/08, C-320/08».

<sup>84</sup> *Contra* R. TISCINI, L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: *una scelta discutibile*, nota a Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Riv. arb.*, 2013, p. 105 ss., che rileva: «È tuttavia un errore di prospettiva pensare che per introdurre in Italia un decreto delegato volto a contemplare un modello di mediazione obbligatoria - nel rispetto degli artt. 76 e 77 Cost. - vi debba essere una disposizione a ciò abilitante (in positivo) di fonte comunitaria. I parametri dell'eccesso di delega vanno misurati in senso stretto nel rapporto tra legge delega e decreto delegato; rispetto a ciò, la conformità alle direttive sovranazionali (europee) vale quale utile strumento interpretativo (tanto della legge delega, quanto del decreto delegato) da leggersi in negativo, nel senso di delineare i confini di ciò che la disciplina nazionale non può regolare (onde evitare il contrasto con quella comunitaria). Non ci si doveva aspettare perciò una esplicita legittimazione del legislatore nazionale a favore della mediazione obbligatoria proveniente dalla normativa europea: quest'ultima competente a definire in negativo la discrezionalità legislativa nazionale, piuttosto che a rappresentarla in positivo (cioè che «non può» contemplare per restare in linea con le prospettive europee, e non ciò che deve concretamente disciplinare). In altre parole, dalla normativa europea poteva desumersi in termini negativi un divieto nei confronti della mediazione obbligatoria. Una volta compreso, di contro, che l'atteggiamento comunitario rispetto al problema era opposto - evidente essendo il favor per gli strumenti conciliativi, anche quando imposti al processo come condizione di procedibilità della domanda giudiziale - il legislatore nazionale era libero di disciplinarli a proprio piacimento».

<sup>85</sup> Così, Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272.

<sup>86</sup> Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, con nota di E. DALMOTTO, *Mediazione ancora obbligatoria, se il contratto o lo statuto la prevedono*, in *Giur. it.*, 2013, p. 894 ss. che discute proprio di compatibilità tra mediazione obbligatoria e diritto, ai sensi dell'art. 24 Cost., di agire in giudizio.

l'adozione della mediazione obbligatoria non arreca alcun pregiudizio a chi voglia adire la via giudiziale, è necessario accertare se «i diritti delle parti non vengano “definitivamente conformati” da questa insopprimibile “fase pre-processuale”»<sup>87</sup>.

**31.** Il successo di meccanismi di soluzione alternativa delle controversie è legato, in alcuni modelli<sup>88</sup>, ad una feconda capacità di riproduzione della formula giudiziaria, che è direttamente proporzionale al bisogno di risoluzione di conflitti che percorre il mondo globale<sup>89</sup>. Il pieno e corretto funzionamento della mediazione finalizzata alla conciliazione potrà, dunque, essere garantito solo quando tutti gli operatori del diritto, con particolare riguardo alla classe forense, tradizionalmente incline a promuovere il ricorso alla via giudiziale, riterranno un'opportunità e non un mero obbligo il ricorso allo strumento mediatorio come mezzo di soluzione alternativa delle liti<sup>90</sup>.

## VI. Contributo apportato alla materia dalla dottrina comparatistica

**32.** La prospettiva del giurista quando si avvicina al tema della mediazione, non può limitarsi ad un'indagine confinata al diritto domestico, ma deve spingersi ad approfondire l'istituto in una prospettiva di diritto comparato<sup>91</sup>, studiando quei modelli giuridici che ne hanno influenzato e connotato l'attuale assetto normativo<sup>92</sup>.

**33.** La disciplina italiana sulla mediazione si colloca all'interno della cornice continentale, e segue il solco di un istituto affermatosi nel modello giuridico nordamericano<sup>93</sup>. In realtà, l'origine della tendenza a promuovere strumenti alternativi di soluzione dei conflitti si colloca intorno alla metà degli anni Settanta, periodo in cui si è svolto negli Stati Uniti un importante convegno di studi celebrativi, in onore di Roscoe Pound che, da tempo, aveva rilevato le disfunzioni della giustizia civile, correlate agli eccessi ed alle distorsioni dell'*adversary system*<sup>94</sup>.

**34.** La mediazione<sup>95</sup> è un istituto che ha avuto origine e si è sviluppato nella pratica extraprocessuale statunitense<sup>96</sup>, come prodotto di un orientamento culturale improntato alla finalità di promuovere la soluzione delle controversie in sede stragiudiziale, mediante il ricorso a strumenti di *Alternative Dispute*

<sup>87</sup> I. PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, cit., p. 1004.

<sup>88</sup> M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Agg., 2011, p. 547 ss., spec. 567 che pone in evidenza il successo del diritto quasi-giudiziario: «Inoltre, la funzionalità del diritto giudiziario rispetto al diritto contrattuale merita di essere sottolineata anche per un'altra ragione. Essa infatti spiega la notevole espansione di organismi di risoluzione dei conflitti anche a carattere privato, o misto pubblico-privato, che hanno accompagnato il processo di globalizzazione».

<sup>89</sup> M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 568.

<sup>90</sup> Sia consentito il rinvio a: M.P. MANTOVANI, *Mediazione e risoluzione stragiudiziale delle controversie. Verso una nuova cultura conciliativa della lite*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, II, *Problemi di diritto civile, commerciale e comparato*, a cura di F. BRIOLINI e M. GAMBINI, Padova, 2012, p. 321 ss.

<sup>91</sup> Si veda, per una riflessione di diritto comparato, R. FAVALE e M.P. MANTOVANI, *Gli strumenti di mediazione in materia sanitaria*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di N. SOLDATI, Milano, 2010, p. 313 ss.

<sup>92</sup> L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 238.

<sup>93</sup> L.P. COMOGGIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 ss., spec. 326.

<sup>94</sup> R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Am. Aw Rev.*, 1906, p. 729. In argomento; W. E. BURGER, *Reflections on the Adversary System*, in *Valparaiso Un. Law Review*, 1993, p. 309 ss.

<sup>95</sup> M. CAPPELLETTI e B. GARTH, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*, in CAPPELLETTI e GARTH (a cura di), *Access to justice: a World Survey*, Alphen aan den Rijn, Milano, 1978. Il richiamo è alla c.d. metafora delle onde, individuando la giustizia alternativa quale terza ondata del movimento dell'*access to justice*. In senso critico rispetto a tale approccio ermeneutica, v. V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 410 ss.

<sup>96</sup> Sul punto e più in generale sulle ADR negli USA si segnalano solo alcuni tra i numerosissimi contributi: G. DE PALO e G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano 1999, p. 6 ss.; J.W. ADLER, W.L.F. FELSTINER, D.R. HENSLER e M.A. PETERSON, *The Pace of Litigation: Conference Proceedings*, in *Dispute Resolution Journal*, 1997, p. 1313; T. ARNOLD, *Why is ADR the answer?*, in *Comparative Law*, 1998, p. 13; C.H. CROWNE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review*, 2001, p. 1768.

*Resolution* (ADR)<sup>97</sup>. L'incremento dei mezzi alternativi di soluzione delle controversie ha connotato, in maniera significativa, la storia e le vicende giurisdizionali americane<sup>98</sup>. Il progressivo affermarsi di procedimenti alternativi al modello giurisdizionale, pur riconducibile ad istituti differenziati, che vanno dalla negoziazione, alla mediazione, fino all'arbitrato, e pur rappresentando fenomeni eterogenei, esprimono un filo conduttore comune che si rinviene nella volontà di affidare la soluzione della controversia ad sistema di giustizia negoziata<sup>99</sup>. La tendenza generale verso il potenziamento dei procedimenti, extragiudiziari, di tutela consolidatasi da tempo e il crescente sviluppo di forme di conciliazione esprime un elemento comune ai diversi *legal systems*, pur se molto lontani per storia e tradizione giuridica<sup>100</sup>.

**35.** I Paesi di *common law*<sup>101</sup> vantano una solida tradizione in tema di *Alternative Dispute Resolution* e nel modello nordamericano sono particolarmente diffusi. Nei sistemi di *common law* sia l'arbitrato, sia la mediazione, sono ricompresi nella stessa accezione di *Alternative Dispute Resolution*, tuttavia essi richiamano sia sul piano concettuale che funzionale, fenomeni tra loro diversi ed eterogenei<sup>102</sup>. Negli Stati Uniti<sup>103</sup>, il ricorso sempre più accentuato a metodi alternativi alle liti, è dovuto, oltre che alla crisi del processo giurisdizionale, a fattori istituzionali, politici e culturali<sup>104</sup>. Significativo è, nel modello americano, il contributo dato dai giudici allo sviluppo delle ADR, in particolare mediante l'istituzione di programmi collegati alla Corte (*court annexed*), ossia di un servizio di arbitrato o mediazione amministrato nell'ambito della stessa Corte. Negli ultimi decenni del secolo scorso la legislazione sia statale che federale ha favorito l'incremento del movimento per le ADR e sono stati emanati atti normativi in materia, fra cui il *Dispute Resolution Act* del 1980 e l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, che ha previsto che tutte le Corti distrettuali federali istituiscano programmi di ADR, pur lasciando alla discrezionalità delle singoli *Courts* la facoltà di decidere quali mezzi di risoluzione delle controversie adottare<sup>105</sup>.

**36.** Si registra, altresì, nel modello statunitense, il diffondersi di una serie di procedure conciliative «istituzionali», gestite da enti e agenzie amministrative, al fine di favorire la soluzione amichevole delle controversie nei settori di competenza, dando luogo ad un interessante combinazione di obiettivi pubblicistici e strategie negoziali<sup>106</sup>.

**37.** Un contributo fondamentale all'elaborazione di un modello uniforme in materia di *mediation* proviene dall'*Uniform Mediation Act*, recentemente approvato dalla *Uniform Commission Law*, allo scopo di predisporre una base normativa uniforme per la legislazione statale in materia di

<sup>97</sup> A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 5 ss.

<sup>98</sup> J.S. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York-Oxford, 1983.

<sup>99</sup> T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le «Alternative Dispute Resolutions»*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, p. 47 ss., spec. 49, fa notare: «Da qui l'idea di creare e diffondere modi alternativi della risoluzione delle controversie per «sfuggire» alla gerarchia della relazione far cliente e avvocato, e anche quella fra giudice e parte».

<sup>100</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 49.

<sup>101</sup> A. GIORDANO, *Il legislatore fiscale tra intolleranze e necessità di affermare una cultura conciliativa. Riflessioni di diritto comparato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1469 ss., spec. 1472, ove fa notare: «Gli USA hanno fatto da apripista nel lancio delle forme di ADR che nel corso del secolo passato si sono diffuse ed affermate in molti Stati del continente nuovo con la stessa efficacia»

<sup>102</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2009, p. 3 ss.

<sup>103</sup> R. ABEL, *Introduction, The Politics of Informal Justice*, in R. ABEL (a cura di), vol. I, New York, 1982.

<sup>104</sup> O. G. CHASE, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 129.

<sup>105</sup> O. G. CHASE, *op. cit.*, p. 155 che, in chiave critica, pone in evidenza: «La mediazione può ampliare le diseguaglianze far le parti a causa del principio di neutralità e della nozione, sottolineata da molti mediatori, secondo la quale la mediazione attribuisce alle parti il potere di modellare la propria soluzione. Il principio di neutralità richiede al mediatore di rimanere neutrale anche se una parte più forte sembra approfittare dell'altra. Così, nella loro aspirazione alla neutralità, i mediatori potrebbero in realtà «consolidare le posizioni di vantaggio esistenti, e rafforzare così la parte più forte».

<sup>106</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 67.

conciliazione<sup>107</sup>. Tale proposta di legge concerne le procedure di *mediation*, di natura stragiudiziale, all'interno delle quali vanno ricomprese sia le ipotesi di conciliazione extraprocessuale, sia quelle endoprocessuali.

**38.** Fra i Paesi di *common law* certamente vicini, per cultura e tradizioni, al sistema americano, vi è l'Inghilterra che, di recente, ha promosso una serie di riforme che hanno riguardato il diritto processuale e gli strumenti conciliativi. Con l'entrata in vigore delle *Civil Procedure Rules* al giudice è stato espressamente conferito, nell'ambito dei poteri di *case management*, il compito di favorire la conciliazione tra le parti<sup>108</sup>. Il potere conciliativo riconosciuto al giudice si manifesta con modalità indirette di soluzione della lite<sup>109</sup> e si traduce, il più delle volte, nell'esercizio di un atto di indirizzo verso forme stragiudiziali di conciliazione.

**39.** Il progressivo sviluppo della mediazione in Inghilterra è dovuta al fatto che le *Civil Procedure Rules* e i giudici incoraggiano, direttamente, le parti a cercare una soluzione negoziata della lite. Il giudice può, su richiesta di parte o d'ufficio, disporre la sospensione del processo per il periodo di un mese (prorogabile), durante il quale le parti pongono in essere un ADR o altre forme di negoziato volte alla conclusione di una transazione<sup>110</sup>.

**40.** L'introduzione di nuovi tipi di conciliazione di natura stragiudiziale, denominati *Court referred mediation*, si traduce, sul piano funzionale, sia nell'istituzione di programmi di mediazione coordinati dagli uffici giudiziari, sia di procedure gestite privatamente dagli *adr providers*<sup>111</sup>. Le sedi in cui può svolgersi la conciliazione possono essere sia pubbliche che private. Nel sistema inglese, si può avvertire una sostanziale mancanza di un'attività propriamente conciliativa condotta dal giudice, che il più delle volte sollecita le parti, mediante un'azione di natura non coercitiva, a promuovere una procedura conciliativa. Lo sviluppo degli strumenti conciliativi è largamente attribuibile, nell'esperienza inglese, alla condizione del processo civile ed ai costi che le parti sono tenute a sostenere<sup>112</sup>, ed il *favor* espresso per la conciliazione stragiudiziale è legato alla sua particolare efficacia e non elevata onerosità.

**41.** I recenti sviluppi normativi volti a sostenere e promuovere le ADR in Inghilterra, e la tendenza a considerare il ricorso alla via giurisdizionale come *extrema ratio* da seguire, si giustificano in ragione della preferenza accordata ai modelli consensuali di soluzione delle controversie, in grado di restituire alla dinamica processuale efficienza, funzionalità e sostenibilità.

**42.** Occorre prendere atto del fatto che l'adozione di meccanismi conciliativi, pur nella molteplicità dei modelli normativi adottati, costituisce ormai una precisa scelta di *policy* a livello normativo degli Stati membri dell'Unione europea, e si iscrive nel solco della tendenza volta a favorire l'introduzione di sistemi di *Alternative Dispute Resolution*, ritenuti in grado di favorire la qualità, l'efficienza ed il corretto funzionamento del sistema giudiziario dei singoli Paesi.

<sup>107</sup> F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 68. L'*Uniform Mediation Act*, come le altre leggi uniformi presenti nel sistema americano, si propone come modello normativo al quale gli Stati sono liberi di aderire, mediante l'adozione di apposite leggi di recepimento.

<sup>108</sup> L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, cit., p. 242. «La legge non dice se il giudice debba procedere egli stesso al tentativo di conciliazione, ma la prassi ha interpretato in senso restrittivo questa disposizione sicché, salve alcune [...] eccezioni, in Inghilterra di fatto la conciliazione condotta dal giudice è fenomeno sconosciuto».

<sup>109</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 102. «Più che attraverso un intervento diretto, tradizionalmente estraneo alla tradizione processuale inglese, comunque, il potere conciliativo che le nuove norme attribuiscono al giudice parrebbe manifestarsi attraverso altre modalità, indirette, di promozione della soluzione della lite».

<sup>110</sup> N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 21.

<sup>111</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 111.

<sup>112</sup> N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, cit., p. 1 ss.

**43.** La diffusione della mediazione e dei sistemi alternativi alla tutela giurisdizionale nel modello giuridico francese<sup>113</sup> è indicativa di come, progressivamente, ci si sia affrancati dall'idea del processo come unico strumento per risolvere una lite insorta fra le parti<sup>114</sup>.

**44.** L'esperienza della mediazione e della conciliazione in Francia si è sviluppata<sup>115</sup>, dapprima, in sede giurisdizionale<sup>116</sup>, come modello di composizione conflittuale delle controversie e si è, progressivamente, consolidato l'interesse a favorire una funzione conciliativa che, sul piano normativo, si è tradotta nella legge n. 2008-3 del 3 gennaio 2008<sup>117</sup>. La *conciliation* è uno strumento di composizione della controversia che può svolgersi sia nella forma giudiziale, sia in quella stragiudiziale. L'espressione MARC, acronimo di «*Modes alternatifs de règlement des conflits*»<sup>118</sup>, entra nella cultura giuridica francese agli inizi degli anni Novanta<sup>119</sup>, sulla scia delle *Alternative Dispute Resolution* di origine nordamericana e, nell'ambito dei MARC esiste, come detto, una distinzione formale tra conciliazione e mediazione, alla quale corrispondono due istituti distinti, pur se entrambi alternativi al sistema giurisdizionale di natura processuale<sup>120</sup>.

**45.** La conciliazione delegata originariamente prevista come azione esercitabile dinanzi al Tribunale *d'instance* e alla *jurisdiction de proximité*, riconosce al giudice la facoltà, dopo l'inizio del processo, ove ne ravvisi l'opportunità<sup>121</sup>, di invitare le parti a sottoporre la controversia ad un procedimento di *médiation*, in tal modo operando «un meccanismo di innesto procedimentale»<sup>122</sup>. Tale meccanismo è stato esteso, con il Decreto n. 2010-1165 del 1° ottobre 2010, anche alla conciliazione in materia civile, commerciale e sociale<sup>123</sup>. Quanto alla *médiation* ed ai soggetti legittimati ad esercitare il ruolo di mediatori essi, diversamente dai conciliatori, non sono figure istituzionali, ma soggetti privati che agiscono in virtù di una specifica competenza tecnica professionale. La conciliazione può essere sia convenzionale

<sup>113</sup> A. GARAPON, *Qu'est-ce que la médiation au juste?*, in *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Zurigo, 1992, p. 214, che individua il successo della mediazione in Francia in quanto essa rappresenta un processo da concepire non più esclusivamente come luogo di intervento coercitivo, ma al pari come luogo di dibattito, dialettico, in grado di ricostituire il legame sociale.

<sup>114</sup> J. CARBONNIER, *Réflexion sur la médiation*, in *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Lausanne, 14-15 novembre 1991, Zurigo, 1992, p. 11 ss. che, tentando di fornire una definizione di mediazione rispetto al modello giurisdizionale tradizionale, scrive: «*C'est l'opposition des deux voies qui donne son sens à la médiation, [...] comme justice alternative, en contraste avec la justice classique, les deux justices étant d'ailleurs entendues, très platement, sans référence au juste et à l'injuste*».

<sup>115</sup> Rilevante per lo sviluppo che, di recente, ha avuto, è l'istituto della mediazione familiare, C. CHABAUT-MARX, *A propos de la médiation familiale: vers une judiciarisation du dialogue?*, in *Rec. Dalloz*, 2012, p. 43.

<sup>116</sup> C. VACCÀ, *La conciliazione nel quadro comunitario e nazionale quale strumento di tutela dei consumatori*, cit., p. 208, in cui si delinea l'istituto della *médiation* disciplinato con la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, decreto di attuazione n. 96-852 del 22 luglio 1996.

<sup>117</sup> T. CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Rec. Dalloz*, 2008, p. 180 ss., spec. p. 190. In particolare, la legge n. 2006-1537, del 7 dicembre 2006 prevede un mediatore dell'energia, e il decreto n. 2007-29, del 5 gennaio 2007 che disciplina il mediatore del servizio postale.

<sup>118</sup> La dottrina discute altresì di MARL, acronimo di «*Modes alternatifs de règlement des litiges*». Si veda: P. CHEVALIER, Y. DESDEVEISES, PH. MILBURN (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice, Avant-propos de P. Catala et G. Flécheux*, Paris, La documentation française, 2003.

<sup>119</sup> Si veda C. JAROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev int. dr. comp.* 1997, p. 325 ss.

<sup>120</sup> L. CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, p. 69 ss.

<sup>121</sup> La legge n. 95-125, 8 febbraio 1995 ha introdotto la conciliazione delegata davanti al Tribunale *d'instance*.

<sup>122</sup> F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 139.

<sup>123</sup> L. CADIET, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, in *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p. 147 ss., spec. 163, rileva: «*Dans cette hypothèse, la juridiction a la possibilité de ne pas procéder elle-même à la tentative préalable de conciliation, mais d'en confier le soin à un conciliateur de justice. La solution est notable car elle étend significativement le champ de la compétence des conciliateurs de justice qui, à l'origine, n'avaient été institués que pour faciliter la conciliation extrajudiciaire et qui peuvent donc maintenant se voir confier une mission de conciliation judiciaire. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on les appelle maintenant conciliateurs de justice.*»

ed extraprocessuale, sia svolgersi all'interno della cornice processuale<sup>124</sup>. I modelli di mediazione stragiudiziale in Francia sono di diverso tipo: da una mediazione convenzionale si passa ad una mediazione organizzata o c.d. amministrata, sotto l'egida di un organo creato a tale scopo (mediazione istituzionale). Il *code de procédure civile*, all'art. 127 dispone: «*Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance*».

**46.** La disciplina processualciviltistica segue il solco originario di una giustizia fondata sull'accordo delle parti, favorendo un modello di «giustizia umanizzata»<sup>125</sup> che si traduce nella consacrazione della conciliazione tra i principi direttivi del processo. Emblematico, in tale prospettiva, è l'art. 21 *c.p.c.* «*Il est dans la mission du juge de concilier les parties*».

**47.** L'attuazione della Direttiva 2008/52/CE in Francia, ad opera dell'*Ordonnance* n. 2011-1540 del 16 novembre 2011, esprime, ancora una volta, il *favor* manifestato, nel modello d'oltralpe, per un ordine giuridico negoziato come ricerca di una soluzione amichevole piuttosto che giurisdizionale dei conflitti<sup>126</sup>. In definitiva, nell'epoca in cui si registra un significativo sviluppo sia della conciliazione giudiziale che stragiudiziale, i confini tra la soluzione giurisdizionale e quella convenzionale delle liti appaiono sempre più sottili. Si va, progressivamente, affermando un modello di giustizia pluralista che consente di gestire l'attuale sistema di risoluzione dei conflitti, cumulando il modello conciliativo al modello giurisdizionale, al fine di promuovere una giustizia più partecipativa e vicina ai cittadini<sup>127</sup>.

**48.** La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali si pone, inoltre, in linea con le scelte adottate nei Principi Unidroit che mostrano un deciso *favor* per l'adozione di meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, ritenuti più efficienti sia in termini temporali, che economici<sup>128</sup>. Il forte grado di flessibilità che tali strumenti offrono, consente, inoltre, di ridurre la complessità del procedimento giudiziario e la difficoltà di individuazione delle regole applicabili<sup>129</sup>. Lo sviluppo dei procedimenti di conciliazione si può ritenere, dunque, non solo uno strumento di giustizia sostanziale ma anche, e molto più, di politica economica<sup>130</sup>. Occorre prendere atto che la conciliazione non può essere concepita come la panacea di tutti i mali, in grado, da sola, di rimediare alla crisi della giustizia<sup>131</sup>. Ciò che si auspica è la diffusione di una cultura conciliativa della lite, sia ad opera degli attori istituzionali, che degli operatori del diritto, considerando la mediazione conciliativa come uno strumento di ausilio al sistema giurisdizionale, in grado di realizzare una finalità realmente soddisfacente degli interessi delle parti.

<sup>124</sup> L. CADIET, *op. cit.*, p. 150, afferma: «*Or, la conciliation est au coeur de la conception française des modes alternatifs de règlement des conflits ; la médiation, qui est une conciliation par un tiers, n'en est qu'un avatar*».

<sup>125</sup> L. CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*, cit., p. 75.

<sup>126</sup> L. CADIET, *op. cit.*, p. 100.

<sup>127</sup> M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 66 ss.

<sup>128</sup> A. DE LUCA, *Mediazione e (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 403 ss.

<sup>129</sup> G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 349 ss.

<sup>130</sup> Così, A. GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 689.

<sup>131</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 672.

# AVANCES EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. CLÁUSULAS MODELO PARA LOS CONTRATANTES\*

MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO

*Profesor Titular Derecho Mercantil  
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 01.11.2013 / Aceptado: 07.11.2013

**Resumen:** Los Principios Unidroit han recibido, desde su primera publicación en 1994, comentarios favorables por parte de la doctrina y han sido utilizados en la práctica cada vez con una mayor frecuencia. Sin embargo, los miembros del Unidroit son conscientes de que todavía queda mucho por hacer para generalizar su utilización por lo que han redactado un conjunto de cláusulas que se proponen como modelo para su aplicación a los contratos comerciales internacionales y que fueron aprobadas en el Consejo de Dirección celebrado del 8 al 10 de mayo de 2013. Estas cláusulas modelo se proponen para que sean utilizadas por los contratantes ya sea en el momento de la redacción del contrato o ya sea posteriormente para la resolución de los conflictos surgidos. Esperan con ello impulsar el conocimiento y la aplicación de los Principios Unidroit.

**Palabras clave:** contratos comerciales internacionales, modelos de cláusulas, utilización de los Principios Unidroit.

**Abstract:** From its first appearance in 1994 Unidroit Principles have received the most favorable comments and have been used more and more in practice. However, Unidroit members feel that the Principles have still to develop all their potentialities and want to promote their use by the international business and legal community. Following this perception and prepared by a group of experts the UNIDROIT Governing Council adopted, in their session of 8-10 may 2013, the Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The Model Clauses are expected to serve the parties and their lawyers to make a choice in favour of Unidroit Principles either in the contract or after the dispute has arisen.

**Key words:** international commercial contracts, model clauses, use of Unidroit Principles.

**Sumario:** I. Función de los Principios Unidroit. II. Los modos de aplicación de los Principios Unidroit. III. Aplicaciones de los Principios otras que la elección por las partes. 1. Aplicación de los Principios cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. 2. Aplicación de los Principios para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme. 3. Aplicación de los Principios para completar o complementar el derecho nacional. 4. Aplicación de los Principios como modelo por los legisladores nacionales e internacionales. IV. Aplicación de los Principios por elección de las partes: un nuevo impulso y propuesta de “Modelos de cláusulas para la utilización de los Principios de los contratos comerciales internacionales”. 1. Cláusulas para acordar que los Principios Unidroit constituyan la ley reguladora del contrato. A) Cláusulas para elegir solo los Principios Unidroit. B) Cláusulas para elegir los Principios Unidroit completados por una determinada legislación nacional. C)

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación titulado «La unificación del Derecho privado patrimonial europeo: el Marco Común de Referencia y otras propuestas de integración», financiado por el PIUNA Plan de Investigación de la Universidad de Navarra, dirigido por Prof. Dr. EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA.

Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por los principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados. 2. Cláusula para incorporar los Principios Unidroit como parte de los términos contractuales. 3. Cláusula para interpretar o complementar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Venta de Mercaderías cuando ésta haya sido elegida por las partes. 4. Cláusula para elegir los Principios Unidroit como medio de interpretar o suplementar el derecho nacional aplicable.

## I. Función de los Principios Unidroit

1. Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores, a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales. A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación. Y tampoco se encuadran en el concepto clásico de norma de derecho internacional privado como norma de conflicto. Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (*soft-law*) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la unificación del Derecho Comercial Internacional<sup>1</sup>. Por otro lado, y a diferencia de otros instrumentos de *soft-law* de utilización generalizada en el tráfico comercial como los Incoterms o los Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, recopilados y editados por la Cámara de Comercio Internacional, han sido elaborados en el seno de una organización intergubernamental por un grupo de expertos independientes que representan a una gran variedad de sistemas jurídicos, económicos y políticos mundiales y se consideran, por ello, como un texto de autoridad.

2. Hasta ahora se han publicado tres ediciones de los Principios. La primera en 1994, la segunda en 2004 y la tercera en 2010<sup>2</sup>. Las sucesivas ediciones no enmiendan a la anterior sino que la completan, y en cada una de ellas se amplía su contenido para incluir alguno de los aspectos de la contratación comercial internacional no regulados en las anteriores. Vemos así que el contenido de la última edición es sustancialmente más amplio y más desarrollado que en las anteriores aunque mantiene la misma estructura formal<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Entre otros: D. OSER, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008; L. DA GAMA, "Presente y futuro de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales", en *Tendencias y relaciones del derecho internacional privado americano actual*, 2010, 1ª ed. México, pp. 525-534.

<sup>2</sup> El Consejo de Gobierno de Unidroit aprobó el primer borrador de los Principios en 1971 pero el grupo de trabajo no se organizó hasta 1980. En 1981 se adoptó la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, lo que ayudó al grupo de trabajo en un doble sentido. Por un lado, abrió el camino para un proyecto más ambicioso: formular unos principios generales para todos los contratos comerciales internacionales. Por otro, convenció a los redactores de que el máximo desarrollo al que se podía aspirar, en relación a la unificación, por la vía de la adopción de instrumentos vinculantes era lo conseguido en la Convención. Con esta perspectiva los redactores se embarcaron en la elaboración de un texto que regulara la parte general de los contratos internacionales pero desecharon la idea de un texto vinculante de gran alcance y decidieron apostar por un texto que recopilara los principios de los contratos internacionales a partir de la legislación internacional y la práctica comercial relativa a los contratos comerciales. En 1994 se publicó la primera edición de los Principios, cuyo aspecto formal es similar a los *Restatements* del Derecho norteamericano.

<sup>3</sup> La primera edición contiene: Disposiciones Generales (cap. 1), Formación (cap.2), Validez (cap. 3), Interpretación (cap. 4), Contenido (cap. 5), cumplimiento (cap. 6), Incumplimiento (cap. 7). El capítulo 6 tiene dos secciones: la primera, cumplimiento en general, la segunda, excesiva onerosidad (*hardship*). El capítulo 7 tiene cuatro secciones que se refieren a: Incumplimiento en general, Derecho a reclamar el cumplimiento, Resolución y Resarcimiento. La segunda edición no sustituye a la primera sino que la completa con nuevos capítulos referidos a Compensación (cap. 8), Cesión de créditos, Transferencia de obligaciones y cesión de contratos (cap. 9) y Prescripción (cap. 10). Se añade también una nueva sección 2 al capítulo 2 relativa al Apoderamiento de representantes. La tercera edición añade nuevas secciones referentes a la Ilícitud (sección 3, cap. 3), Obligaciones condicionales (sección 3, cap. 5), Pluralidad de deudores y acreedores (cap. 11), la sección primera relativa a los deudores, la segunda a los acreedores.

3. Los Principios Unidroit han sido considerados desde su aparición como un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico, en cuanto que representan una codificación privada o *restatement*<sup>4</sup> de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales<sup>5</sup>. En la redacción de los Principios los redactores fueron capaces de olvidarse de sus estrechos patrones jurídicos y con una gran amplitud de miras, consiguieron el gran logro de llegar a un terreno común. Además han realizado grandes esfuerzos para impulsar su aplicación, ya que sin esta aplicación práctica los principios hubieran tenido un impacto muy limitado.

4. Desde la primera edición los Principios fueron acogidos muy favorablemente por la doctrina, que ha dedicado gran atención a su estudio,<sup>6</sup> y se ven como una buena solución en la práctica comercial internacional<sup>7</sup>. Su aplicación práctica ha sido también importante como se refleja en el número de decisiones arbitrales y judiciales que los ha tenido en cuenta para la resolución de conflictos<sup>8</sup>. Y por otra parte, han recibido el respaldo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Informe de su 45º período de sesiones, (A/67/17) de 25 de junio a 6 de julio de 2012 diciendo que “teniendo en cuenta que estos principios complementan una serie de instrumentos de derecho mercantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Com-

<sup>4</sup> Aunque los Principios y los *restatements* del derecho de los Estados Unidos presentan muchas semejanzas sería engañosa su comparación por simple contraposición ya que, aunque ambos presentan la misma estructura, texto dispositivo articulado (*black letter*) y comentarios, los *restatements* norteamericanos se han elaborado partiendo del derecho existente en los EEUU, mientras que los Principios son independientes de cualquier derecho nacional y, por ello, a diferencia de los *Restatements* no son fuente del derecho aplicable, sino simplemente una indicación de lo que el derecho debiera ser.

<sup>5</sup> J. M. PERILLO, “Unidroit Principles of International Commercial Contracts, The blackletter text and a review”, en *Fordham Law Review*, Vol. 63, 2, 1994, pp. 281-344; A. L. STEFFENS, “Principios para contratos comerciales internacionales: algunas consideraciones de derecho internacional privado en torno al proyecto de Unidroit”, en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano* (1996), pp. 45-50. M. J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an international restatement of contract law”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 25, pp. 881-907. Entre nosotros, P. PERALES VISCASILLAS, “Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, en BOSCH CAPDEVILLA (Coord.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pp. 182-207.

<sup>6</sup> Podemos encontrar numerosas referencias bibliográficas en la base de datos UNILEX, pero no pueden dejar de citarse los conocidos trabajos de M. J. BONELL, *An international Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 3rd. ed., 2005, Transnational Publishers, Inc., Irvington, NY, 2005; y *The UNIDROIT Principles in Practice. International Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2nd ed., Transnational Publishers, Inc., Irvington, NY, 2006. (Editor) o también los comentarios dirigidos y editados por S. VOGELNAUER, S. (Ed.), *Commentary on the Unidroit principles on international commercial contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009. En España, es de obligada consulta el *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, coordinado por D. MORÁN BOVIO, 2ª ed., Thomson Aranzadi, 2003.

Por lo que se refiere a la versión 2010 de los Principios, pueden verse: P. BERNARDINI, “Principi Unidroit e arbitrato internazionale”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 4, pp. 907-915; M. J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an international restatement of contract law”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 25 pp. 881-907; M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 517-536.; M. J. BONELL, “I principi Unidroit 2010: le novità”, *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 26, 3, pp. 795-807; E. BRÖDERMANN, “The impact of the UNIDROIT Principles on international contract and arbitration practice: the experience of a German lawyer”, *Uniform law review*, 2011, 16, pp. 589-612; S. I. CARBONE, “Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2012, 26, 3, pp. 47-58; A. CRIVELLARO, “Principi Unidroit e arbitrati internazionali” e *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 4, pp. 917-935; B. FAUVARQUE-COSSON, “The New Provisions on Conditions in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 537-548; M. FONTAINE, “The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 549-562; R. ZIMMERMANN, “The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 563-587.

<sup>7</sup> Los Principios son actualmente sugeridos como derecho aplicable en contratos modelo elaborados por la Cámara de Comercio de París sobre Agencia comercial, Franquicia Internacional, distribución o intermediación ocasional. Vid. L. DA GAMA, “Principios”, cit. pp. 528. E. BRÖDERMANN, “The growing importance of the Unidroit Principles in Europe: A review in light of market needs, the role of law and the 2005 Rome I proposal”, *Uniform Law Review*, 2. 2006 pp. 749-770) destaca que la aceptación en los negocios internacionales deriva del hecho de que se trata de un instrumento neutral, listo para usar y, por tanto, económicamente muy eficiente.

<sup>8</sup> La base de datos UNILEX recoge, 148 casos resueltos por los Tribunales, 20 de ellos en España, y 170 decisiones arbitrales.

praventa Internacional de Mercaderías”, felicita “al UNIDROIT por haber hecho una nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales”, y “Recomienda la utilización de la edición de 2010 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, según proceda, con los fines a que se destinan.”

5. Varias son las razones del éxito de los Principios. En primer lugar, la flexibilidad a la hora de su aplicación; en segundo lugar, el lenguaje comprensible de su redacción y de utilización generalizada en la contratación internacional, y, por último, pero no menos importante, el hecho de que sus redactores no buscaran la perfección de un sistema inamovible, sino su más bien su utilidad práctica. Por otro lado, los Principios han sabido renovarse y adaptarse a lo largo de los años a las circunstancias de la contratación comercial, lo que sin duda ha beneficiado también la buena imagen de los Principios como un cuerpo normativo capaz de dar solución a una gran variedad de posibles conflictos.

6. La flexibilidad de su aplicación nace del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad imperante en toda la contratación, en general, pero muy especialmente en la contratación internacional. Es, sin embargo, necesario reconocer que los redactores de los principios han sabido ver que los negocios transnacionales a los que van dirigidos, están siempre en continua evolución y exigen la aplicación de normas que se adapten a ellos con facilidad y, sobre todo, que resulten útiles y eficaces para la regulación de sus relaciones contractuales.

7. Su estilo, semejante a los códigos civiles en su formulación, tiene un lenguaje directo y conciso para facilitar la comprensión por juristas y no juristas, de forma que pueda ser fácilmente entendible en todo el mundo, evitando los términos más complejos o especiales. En este sentido, puede hablarse de ellos como *lingua franca*, *checlist* de situaciones que implican negociación o incluso como esperanto de los negocios internacionales<sup>9</sup>.

8. El contenido es una mezcla de tradición e innovación. Tradición porque, cuando las había, se ha optado por elegir las reglas generalmente aceptadas o comunes en el derecho internacional (*common core approach*). Novedad, en el sentido de que cuando había diversas soluciones posibles, no se ha elegido la aceptada en un mayor número de países sino aquella que realmente tenía un mayor valor de persuasión o parecía adaptarse mejor a los negocios transfronterizos (*better rule approach*). Porque cuando hay muchas divergencias entre los diversos ordenamientos, como sucede en el ámbito internacional, esta es, en opinión de los redactores de los Principios, la mejor solución<sup>10</sup>.

9. Por último, aunque algunas normas incluidas en los Principios puedan no estar aceptadas con carácter general en un derecho nacional en concreto, las soluciones en ellos incluidas, son reconocibles en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, aunque no coincidan exactamente con la ley de un determinado ordenamiento nacional. Y solo un pequeño número de artículos suponen una auténtica novedad y la razón de ellos hay que buscarla en las especiales necesidades de la contratación internacional. Así, los arts. 6.2.1 a 6.2.3, (*hardship*), los arts. 7.1.4, 9.1.9 y el art. 3.1.2, que declara la validez del contrato mediante el acuerdo de las partes sin que sea necesario ningún otro requisito adicional como la causa o *consideration*. Y, lo que puede resultar sorprendente, es que estas normas auténticamente novedosas, han recibido comentarios favorables por la doctrina e incluso han sido tenidas en cuenta en la interpretación del derecho nacional en algunos casos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> R. ILLESCAS ORTIZ, “Los Principios Unidroit: ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos internacionales?”, en *Comentario a los Principios* cit. 385-394. L. DA GAMA, “Principios, cit. pp. 526; E. BRÖKERMANN, “Regional Experiences with the Unidroit Principles: The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 589-612. M. J. BONELL, (*An international restatement*, cit. pp. 368) indica la conveniencia de hacer de ellos algo más que un esperanto o idioma común.

<sup>10</sup> M. J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, 25 pp. 884.

<sup>11</sup> M. J. BONELL, “The Unidroit Principles” cit. 2011, 25 pp. 885.

## II. Los modos de aplicación de los Principios Unidroit

**10.** Los Principios, en cuanto conjunto de reglas opcionales pueden ser utilizadas y aplicadas en una gran variedad de situaciones, y que el Preámbulo sugiere en los siguientes términos:

“Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.”

**11.** A simple vista se aprecia que existen dos grandes grupos de formas de aplicación: la primera, la elección, de manera más o menos directa, por las partes contratantes; la segunda, de manera complementaria al derecho internacional o nacional, cuando las partes no hayan manifestado su intención de aplicarlos en la regulación de sus contratos. En esta última opción, pueden ser utilizados como criterio para interpretar otros instrumentos internacionales o incluso nacionales, o pueden servir de modelo para el legislador, e igualmente pueden ser utilizados de cualquier otro modo que ayude a comprender los problemas, a identificarlos o a utilizar ese lenguaje común tan necesario en el derecho internacional.

**12.** Es evidente que la vía natural de aplicación de los Principios es su elección por los contratantes. Y para promover esta elección los redactores de los principios, y todos aquellos que de un modo u otro han participado como miembros en los órganos de Unidroit o en los grupos de trabajo sobre los mismos, no han escatimado esfuerzos. Y como un paso más en la promoción de los Principios y para fomentar su aplicación han redactado una serie de cláusulas modelo para que sean utilizadas por los contratantes, facilitando la elección de los Principios y su aplicación a sus contratos. Estas cláusulas modelo (*model clauses*) se aprobaron por el Consejo de Gobierno en la sesión 92 celebrada los días 8 a 10 de mayo de 2013.

**13.** Es difícil saber con exactitud cuál es el impacto real de la aplicación de los Principios, ya que en la mayoría de los casos en los que son elegidos por las partes no surge controversia alguna pero puede decirse, con carácter general, que son utilizados por un número muy elevado de operadores internacionales. Sin embargo, lo que resulta verdaderamente sorprendente es la buena acogida que han tenido los Principios en otros ámbitos en los que sólo pueden cumplir un papel de guía y orientación.

## III. Aplicaciones de los Principios otras que la elección por las partes

### 1. Aplicación de los principios cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato

**14.** Los Principios, según su preámbulo, pueden aplicarse aun cuando las partes no hayan realizado esta concreta elección. En ausencia de elección del derecho aplicable la determinación de la norma de concreta aplicación debe hacerse según los criterios de derecho internacional privado. La cuestión suele plantearse en casos con relaciones contractuales complejas y con partes sometidas a varias legislaciones nacionales ninguna de las cuales conviene al caso<sup>12</sup>.

**15.** Cuando esto se produce, se puede recurrir a los Principios porque ofrecen reglas para los contratos comerciales internacionales, que probablemente, son más adecuadas que las de derecho interno. De esta forma, cuando la ley aplicable es incierta o no existe una regla clara para resolver el punto

<sup>12</sup> Por ejemplo, las resoluciones de la Cámara de Comercio Internacional núms. 9771, 11601, 12698, 12193 y 13009, ésta última referida a un contrato de compraventa entre un vendedor de Lienchestein y un comprador español.

controvertido puede recurrirse a ellos<sup>13</sup>, entendiendo que el tribunal o árbitro están plenamente autorizados para aplicar los principios en cuánto fuente de reglas generales para los contratos internacionales. Hay que hacer notar, sin embargo, que la aplicación por los jueces y tribunales es más bien un deseo que una realidad ya que los jueces nacionales, vinculados por su legislación nacional, no gozan de la libertad y flexibilidad que tiene los tribunales arbitrales a la hora de la elección del derecho aplicable, por lo que estas situaciones se plantean casi exclusivamente en sede arbitral<sup>14</sup>.

## 2. Aplicación de los Principios para interpretar instrumentos internacionales de Derecho uniforme

16. Se plantea con esta propuesta de aplicación de los Principios una cuestión básica en la interpretación de textos internacionales como es el hecho de que siendo los principios un instrumento de *soft-law* y que no han sido elaborados como algún tipo de Tratado susceptible de ser aprobado e incorporado por los estados a su derecho nacional, hay que analizar cómo puede justificarse su aplicación sin que se haya hecho alguna referencia a ellos en el texto a interpretar. La cuestión ha sido ampliamente debatida en relación con la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías que en su art. 7.1 establece que en |de promover la uniformidad en su aplicación, y en el 7.2 que las cuestiones que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Y la controversia es si dentro del concepto “principios generales en que se basa la Convención”, pueden entenderse comprendidos los Principios de Unidroit.

17. Dos posturas principales son las que se enfrentan en este punto: la de quienes sostienen que los Principios actúan como fuente supletoria de las disposiciones de la CVCIM<sup>15</sup> y la de quienes entienden que los Principios no tienen papel alguno en la interpretación de la CVCIM ya que, siendo un texto posterior y de elaboración académica, no pueden ser utilizados en la interpretación de un texto anterior y, desde luego, obligatorio cuando haya sido aceptado por algún país<sup>16</sup>. Existe una tercera aproximación al problema que entiende que las disposiciones de los Principios de Unidroit pueden aplicarse como norma integradora de la CVCIM cuando correspondan a alguno de los “principios generales” en que ella se basa<sup>17</sup>.

18. Aunque no han faltado decisiones arbitrales aplicando los Principios Unidroit de acuerdo con la primera posición<sup>18</sup>, considerando aplicables los Principios Unidroit sobre la base de que se trata

<sup>13</sup> A.R. VIDAL OLIVARES, “La función integradora de los Principios Generales en la compraventa internacional de mercaderías y los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 993-1041, en especial pp. 1027, en donde se hace eco de las opiniones de Alejandro GARRO y Allan FARNSWORTH.

<sup>14</sup> En este sentido, E. BRÖDERMANN, “The growing importance, cit. pp. 760; H.D. GABRIEL, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their use*”, *Uniform Law Review*, 2012, pp. 507-532, (en especial, pp. 518).

<sup>15</sup> A. GARRO, “The gap filling role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the interplay between the Principles and the CIsG”, *Turlane Law Review*, 1995, pp. 1149-1157.

<sup>16</sup> F. SABOURIN, en BONELL (Ed.), *A new approach to International Commercial Contracts. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer International, 1999, pp. 237 y ss.

<sup>17</sup> M.J. BONELL, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG- Alternatives or Complementary Instruments?” *Uniform Law Review*, 1996, pp. 26-39. Matizan la position de Bonell: J. BASEDOW, “Uniform Law Convention and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 2000, 129, pp. 129-139 y U. MAGNUS, “General Principles of the UN-Sales Law”, *Rebels Zeitschrift*, Volume 59 (1995), Issue 3-4 (October), (trad. Lisa Habersellner). En la misma línea que Bonell se sitúa J. KOTRUSZ, (“Gap filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 2009, 119-163) que señala que a pesar de su diferente forma ambos textos están íntimamente relacionados y comparten muchos de los planteamientos básicos y es indudable la utilidad que tienen los Principios Unidroit en la interpretación de la CVCIM.

<sup>18</sup> A pesar de las reservas de la doctrina, tanto árbitros como jueces, no han tenido tantos miramientos teóricos para aplicar los Principios. En la base de datos UNILEX aparecen recogidas 35 resoluciones, 11 judiciales y 24 arbitrales, entre ellas: Court d’ Appel de la Chambre de Commerce de Grenoble en Resolución de 23 de octubre de 1996. Y más recientemente, Resolución 12460 de Cámara de Comercio Internacional (2004); International Court of Arbitration of the Chamber of the Russian Federation de 1 de febrero de 2007, 8 de febrero de 2008 y 13 de mayo 2008; Foreign Trade Court of Arbitration attached to the

de principios generales en los que se basa la CVCIM, lo cierto es que tercera vía, defendida por Bonell, es la que parece más razonable<sup>19</sup>, aunque pueda resultar más complicada su aplicación práctica<sup>20</sup> ya que hay que analizar en cada caso cuales son los principios generales de la CVCIM y, por tanto, habrá que analizar en primer lugar, si la materia está o no incluida en la CVCIM y, en segundo lugar, si existe un principio general inspirador de la CVCIM. Siendo esto así, podrán tenerse en cuenta los Principios de Unidroit para interpretar y completar las lagunas de la CVCIM con los Principios de Unidroit<sup>21</sup>.

### 3. Aplicación de los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional

19. Los Principios Unidroit no constituyen ley directamente aplicable y por lo tanto no vinculan a los jueces nacionales y probablemente los jueces no reconocerán la elección de las partes al designar los Principios como ley rectora del contrato y aunque la vía más directa de servirse de ellos sería su aplicación por los jueces estatales, hoy por hoy, las leyes internacionales no reconocen tal libertad e impiden aplicar otras normas que las estatales en un procedimiento nacional<sup>22</sup>, al contrario que los tribunales arbitrales, en los que se admite fácilmente la aplicación de instrumentos de *soft-law*. Esto, no obstante, no impide que los jueces puedan, en absoluto, utilizar los principios. Incluso en aquellos ordenamientos en los que es imposible aplicar directamente los principios por elección de las partes, existen otras fórmulas para posibilitar su aplicación.

20. En primer lugar, y de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad en la contratación privada, las partes pueden incorporar los principios como parte del contrato incluyéndolos en su contenido como elementos del mismo. Y en segundo lugar, los Principios pueden ser utilizados para completar lagunas o para solventar dudas trayendo soluciones y nuevos argumentos importados de otros ordenamientos, ya sea en la interpretación de normas internacionales aplicables o el propio derecho nacional, posibilidad ésta que depende de los criterios de interpretación de las normas que vinculen a los tribunales y el hecho de que se trate de textos no vinculantes no impide su utilización como una ayuda valiosa en la interpretación.

21. Los mayores problemas se plantean, sin duda, en los casos en los que, bien por elección directa o por incorporación de los Principios como cláusulas contractuales, estos choquen con leyes nacionales imperativas. Y esto puede darse frecuentemente, ya que es actuación común en la práctica internacional tratar de acomodar la redacción para construir una regulación del contrato que sea al mismo tiempo autosuficiente pero deslocalizada e internacionalizada sin referirse a ningún ordenamiento concreto. Los redactores de los Principios Unidroit, conscientes del problema, lo han abordado en la versión 2010 explicando en los comentarios al art. 1.4 las consecuencias de la existencia de una norma nacional imperativa, buscando garantizar los efectos queridos por las partes pero compro-

---

Serbian Chamber of Commerce de 23 de enero 2008.

<sup>19</sup> Así lo expresa A. VENEZIANO, "Uniform Principles and Cisg: Change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court", *Uniform Law Review*, 2010, pp. 137-149. El asunto que comenta en su artículo puede verse como un caso típico de cómo los Principios Unidroit pueden ayudar a interpretar la CVCIM y apoyar la existencia de un principio inspirador de la misma, mostrando al mismo tiempo como este principio puede ser fácilmente convertido en una norma específica.

<sup>20</sup> Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien (Vienna) de 15 de junio de 1994, SCH-4318 y SCH-4366; Court d'Appel de Grenoble de 23 de octubre de 1996; Cámara de Comercio Internacional 1995 núm. 8128, de diciembre 1996, núm. 8769 y diciembre 1997 núm. 8817, de 2004 núm. 12460.

<sup>21</sup> A parecida conclusión parece llegar Vidal Olivares, A.R., "La función integradora", cit. pp. 1040-1041.

<sup>22</sup> S. VOGENAUER, "Interpretation of the Unidroit Principles of international commercial contracts by national courts", en H. J. SNIJDERS, y S. VOGENAUER, *Content and meaning of national law in context of transnational law*, Munich, 2009, pp. 157-196; J. KLEINHEISTERKAMP, "Los Principios Unidroit en la interpretación del derecho nacional por tribunales estatales", en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, en P. PERALES VISCASILLAS, y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, (Dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 176-187.

bando, al mismo tiempo, la corrección de la conducta de las partes contratantes, según lo exigido por el derecho nacional<sup>23</sup>.

22. La solución adoptada en los principios no permite que en aras de la libertad de las partes se atribuya a la autonomía privada una fuerza normativa tal que llegue a permitir que se prescinda absolutamente de encuadrar la relación contractual en un adecuado sistema normativo, confirmando la imposibilidad de aceptar la válida existencia de un contrato contra ley. Y el reconocimiento y el papel principal de la autonomía de la voluntad no supone en modo alguno la preeminencia absoluta de los Principios sobre aquella disciplina del ordenamiento estatal en cuyo ámbito vayan a desarrollarse sus efectos. Y solamente mediante el respeto a la norma jurídica especialmente relevante en ese ordenamiento podrán obtenerse los efectos de la relación contractual con garantía de efectividad de la elección realizada por las partes a favor de esta norma jurídica de origen internacional a la que han decidido someterse<sup>24</sup>. Y así se prevé que, solo el caso en que el ordenamiento estatal no tuviera previsión alguna, puedan utilizarse los remedios que en los Principios se señalan. Remedios de naturaleza contractual y que sean razonables atendiendo a las circunstancias, pero teniendo en cuenta también los principios generales del ordenamiento al que pertenece la norma violada. Dado el carácter flexible de la expresión “atendiendo a las circunstancias”, es posible utilizar varias técnicas, que pueden consistir en exigir el resarcimiento del daño o la remoción de los efectos del contrato, sin que pueda oponerse la inexigibilidad basada en el hecho de que una norma ha impedido el cumplimiento del mismo. No debe haber duda, en que si la norma nacional establece las consecuencias de su contravención, serán estas las que se aplicarán, puesto que en ellas se contemplan los remedios restitutorios o resarcitorio además de la invalidez de la relación contractual, bien entendido que la invalidez puede afectar solamente a una o varias partes del contrato, permaneciendo válidas las demás, siempre que esa parte no sea de tal importancia que haga inválido todo el contrato.

23. No tratándose de normas imperativas, en la práctica actual, los Principios han sido utilizados con bastante frecuencia para interpretar o integrar lagunas en el Derecho nacional. Y en muchos de estos casos las cuestiones litigiosas lo eran de carácter interno y no internacional<sup>25</sup>. Y en muchos de estos casos la invocación de los Principios se ha hecho para demostrar que la solución adoptada según las normas nacionales estaba en consonancia con los principios y normas generalmente aceptados y reconocidos en el derecho internacional. Puede decirse, señala Bonell, que, por lo que se refiere a la función de interpretación e integración del derecho nacional, el papel como *restatement* de los principios es incluso más importante que su papel como reglas rectoras de los contratos comerciales internacionales y que resultan especialmente adecuadas como precedentes legislativos en la aplicación del derecho nacional en el ámbito internacional como una especie de *ius commune*<sup>26</sup>.

24. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, son ya muy numerosos los casos en los que se utilizan los Principios de Unidroit como referencia para interpretar el derecho nacional. Desde el año 2006 el Tribunal Supremo ha publicado 19 sentencias<sup>27</sup>, mientras que en las Audiencias Provinciales

<sup>23</sup> Sobre ello en especial, S. M. CARBONE, “I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 26, pp. 47-58. Con anterioridad a la nueva redacción de los Principios, S. VOGNAUER, “Interpretation of the Unidroit Principles”, cit. pp. 183-187.

<sup>24</sup> M.J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, pp. 905.

<sup>25</sup> En la base de datos UNILEX se recogen 179 casos, de los cuales 70 son decisiones arbitrales y 109 decisiones judiciales, y entre ellas 25 decisiones judiciales reflejan que las soluciones previstas en las normas nacionales están en consonancia con las normas internacionales. Por otra parte, en 49 decisiones judiciales los principios han servido para interpretar o integrar el derecho nacional. Puede verse, E. FINAZZI AGRÒ, “The impact of the Unidroit Principles in International Dispute Resolution in Figures”, en *Uniform Law Review*, 2011, pp.719-733.

<sup>26</sup> M.J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, pp. 906. Es interesante el debate sobre la creciente importancia de los Principios Unidroit como un *restatement* útil en la aplicación del derecho nacional que puede verse en R. MICHAELS, “Rethinking the Unidroit Principles: from a law to be chosen by the parties towards a general part of transnational contract law”, *RebelsZ*, 73, 1999 pp. 866.

<sup>27</sup> SsTS 4 julio 2006 (RJ 2006\6080), 16 mayo 2007 (RJ 2007\4616), 09 julio 2007 (RJ 2007\5433), 23 julio 2007 (RJ 2007\4702), 21 diciembre 2007 (RJ 2008\335), 17 febrero 2010 (RJ 2010\1284), 15 junio 2010 (RJ 2010\5151), 02 mayo 2011

en este último año 2013 se ha producido una verdadera cascada de casos resueltos desde las primeras resoluciones que encontramos en los años 2007 y 2008<sup>28</sup>. Entre ellos, el grupo más numeroso de casos son aquellos en los que se utilizan los Principios para justificar el cumplimiento o incumplimiento de un contrato, que se considera incumplido cuando la conducta de una de las partes origina la frustración del contrato privando a la otra de lo que tenía derecho a esperar<sup>29</sup>. Pero no faltan otros en los que se recurre a los Principios para aclarar en qué sentido debe interpretarse el contrato, para justificar la reclamación de daños, incluso morales o indemnización por lucro cesante en un caso de contrato de agencia o para invocar la exigencia de buena fe de los contratantes. Se ha recurrido también a los Principios para explicar, en sede de teoría general de las obligaciones y contratos, el ejercicio desleal del derecho<sup>30</sup>. Los casos de incumplimiento, que son la mayoría, casi todos ellos referidos a compraventas civiles (p.ej. venta de plaza de garaje) o mercantiles (p.ej. suministro de carbón o de limones), utilizan el recurso a los Principios de Unidroit para justificar la interpretación del sentido que hay que dar al incumplimiento, siendo este esencial cuando se frustra el fin del contrato, lo que justifica la resolución del mismo, y para diferenciarlo de patologías menos graves. Resulta llamativo, por otro lado, la utilización que se hace de los criterios que deben tenerse en cuenta en la interpretación del contrato y cómo, al aplicar el 1281 CC según el sentido actual y, acudiendo a los textos del Derecho Comparado (Unidroit, DCFR), se señala repetidamente que es necesario indagar en el sentido de los términos, en la intención de los contratantes, en la circunstancias que sean relevantes y a tener en cuenta en la interpretación. De igual modo se utilizan estos textos para reforzar el sentido del art. 1258 CC respecto a la buena fe de los contratantes.

**25.** Sirvan de ejemplo, la STS de 8 de mayo de 8 mayo 2012 (RJ 2012\6117), relativa a la interpretación del contrato y la STS 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353) relativa al incumplimiento. En la primera, un caso de impago de parte de un contrato de venta de acciones y préstamo, en relación a las diferencias de interpretación sostenidas por las partes, textualmente se dice que “En definitiva, en nuestro sistema, la interpretación del contrato no puede quedarse en el análisis de lo que se manifestó querer y de si la expresión es clara, ya que, sin perjuicio de que puedan entrar en juego reglas interpretativas y el principio de autorresponsabilidad por lo declarado, prevalece lo realmente querido por las partes. En tal sentido son de destacar con las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principio UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales -[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes-, el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos - [e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”- y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 - “[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras-“. En la segunda, un caso de demora en la entrega de una vivienda, se dice que hay que entender que “el incumplimiento ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte... lo que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (art. 7.3.1 [2.b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

(RJ 2011\3725), 27 junio 2011 (RJ 2011/5839), 4 octubre 2011 (RJ 2011/6701), 12 diciembre 2011 (RJ 2012\32), 18 enero 2012 (RJ 2013/1604) 29 febrero 2012 (RJ 2012\4053); 8 mayo 2012 RJ 2012\6117; 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353) 10 septiembre 2012 (RJ 2013/2266), 27 septiembre 2012 (RJ 2012/9707), 17 enero 2013 (RJ 2013/1819), 18 enero 2013 RJ 2013\1604 20 marzo 2013 RJ 2013\4594 de 3 mayo 2013 (RJ 2013\461017), 18 julio. RJ 2013\5200 17 septiembre 2013 (JUR 2013\322699).

<sup>28</sup> Son tantas ya, sólo del 1 de enero hasta el 31 de octubre del año 2013 se han publicado 65, que merecen un estudio analítico y pormenorizado de su contenido, pero en esta sede, solo citaré algunas de las más significativas como las Ss APCádiz 19 enero 2009 (AC 2009\283); APLeida 13 septiembre 2007 (JUR 2007\335298); APMadrid, 12.11.2007 (JUR 2008\39941) y 27.05.2008 (JUR 2008\212788); APMurcia de 8 julio 2011 (JUR 2011\318920); APPontevedra 18 septiembre 2013 (JUR 2013\313395); APTarragona 26.11.2007 (JUR 2008\74705); APValencia, 17 febrero 2010 (JUR 2010\222899), 06.03.2009 (AC 2009\894) y 21 mayo 2012 AC 2012\1035); AP Santa Cruz de Tenerife 07.03.2012 (JUR 2013\1313); APBarcelona 13 de marzo 2013 (JUR 2013\171241).

<sup>29</sup> 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353), ponente Juan Antonio Xiol Rius.

<sup>30</sup> SAPBarcelona 15 mayo 2013 (JUR 2013\217349).

#### 4. Aplicación de los Principios como modelo para los legisladores nacionales e internacionales

26. Uno de los usos posibles de los Principios es servir de modelo para los legisladores nacionales o internacionales y hay que reconocer, que en el ámbito del derecho comercial esta opción se va abriendo camino poco a poco. Desde los primeros pasos en la unificación del derecho privado es indudable la influencia que han tenido algunos textos en todo el desarrollo posterior del derecho nacional o en las distintas propuestas de unificación del derecho privado europeo<sup>31</sup>. No cabe duda de que el texto de referencia en este ámbito es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías pero lo cierto es que los textos posteriores, recogiendo muchas de las soluciones en ella propuestas, acaban teniendo una influencia recíproca<sup>32</sup>. Y está claro que siendo los Principios un texto que abarca no un contrato en particular sino que va dirigido a los contratos en general ha tenido mucha influencia en los trabajos posteriores de unificación. Esta influencia puede apreciarse claramente tanto en los Principios Lando como en la propuesta del Draft Common Frame of Reference<sup>33</sup> o en la posterior propuesta de Reglamento de la Compraventa Europea<sup>34</sup>. Y es notable la influencia de los Principios en muchas de las reformas que se han producido en los derechos internos en los últimos años<sup>35</sup>. En Europa, los principios han inspirado los Códigos Civiles de Estonia y Lituania (2001), o la reforma francesa sobre prescripción en materia civil (Ley n° 2008-561 de 17 junio 2008) y, sólo en parte, se deja ver la influencia en el Código Civil alemán (BGB) de 2002.

27. Mención especial, y auténticamente novedosa en este momento, merece la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada al Ministro de Justicia el 17 de junio de 2013<sup>36</sup> que dice expresamente, en la página 44 de Exposición de Motivos, que la parte general de Obligaciones y Contratos Mercantiles se regulan las cuestiones fundamentales siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit. Y más adelante, en la página 72, sigue diciendo que “las normas que se establecen sobre los contratos mercantiles en general se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional con el fin de unificar las normas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. Entre tales trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías... los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para Unificación del

<sup>31</sup> Una excelente panorámica puede verse en R. MICHAELS “Preamble I: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose Of Interpretation and Supplementation and as a Model”, en S. VOGEL, *Commentary on the Unidroit*, cit. pp. 1-21.

<sup>32</sup> Esto no debería de extrañar si se tiene en cuenta que los integrantes de los grupos de trabajo para su preparación son, en muchos casos, los mismos.

<sup>33</sup> Sobre el DCFR, E. VALPUESTA GASTAMINZA, (Coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011. Una comparación entre el DCFR y los Principios Unidroit puede verse en M.J. BONELL, J. Y R. PELEGGI, “Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table”, *Uniform Law Review*, 2009, pp. 436-554.

<sup>34</sup> La Propuesta de Reglamento sobre la Compraventa Europea (COM (2011) 635 final), centrándose en el contrato de compraventa dedica también una parte importante de su articulado a la regulación general del régimen de contratos. Al parecer la pretensión del legislador de la UE es que este texto sirva como punto de partida para la unificación del derecho privado patrimonial. El texto ha sido ampliamente debatido en la doctrina, pero mucho más por el carácter opcional de su aplicación que por el fondo de la regulación. Es destacable el número especial que la revista *Contratto e Impresa/Europa*, le dedica en 2012 con el título *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*. Tanto el DCFR como la Propuesta Reglamento de compraventa parten de un planteamiento diferente de la CVCIM o los Principios Unidroit. En estos, su ámbito de aplicación se ciñe a la contratación internacional entre comerciantes mientras que el DCFR o la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea, y mucho más sobresaliente en esta última, tienen una marcada tendencia a la protección de los consumidores. Desde este punto de vista, por todos: E. VALPUESTA GASTAMINZA, 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 en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, pp. 196-216.

<sup>35</sup> M.J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, 4, pp. 881-908.

<sup>36</sup> Se sigue en ella lo que ya se proponía en Borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, aprobado por la Comisión General de Codificación (sección de Derecho Mercantil) el 16 de marzo de 2004.

Derecho Privado (UNIDROIT)”, así como los trabajos de la Comisión Landó”. Pero también en la regulación de los contratos en particular aparecen referencias a los trabajos de Unidroit, como en el contrato de compraventa en la página 78, y en el contrato de leasing, en la página 93.

28. En el contenido de esta propuesta se aprecian claramente algunos preceptos que tienen una redacción casi idéntica a la de los Principios, como es el caso del art. 413-1 cuando dice que los contratos se perfeccionan, modifican o extinguen por el mero consentimiento; el art. 416-2 sobre “excesiva onerosidad” o el art. 415-1 relativo a la solidaridad en las obligaciones mercantiles, aunque en todo el articulado se deja notar la impronta de los Principios al acogerse en ella reglas tales como la exigencia de documentación por escrito, los deberes precontractuales de buena fe y confidencialidad, la perfección del contrato por la aceptación de la oferta, la interpretación conforme a la intención de las partes atendiendo a todas las circunstancias, deber de cooperación de las partes en el cumplimiento del contrato.

#### **IV. Aplicación de los Principios por elección de las partes: los “Modelos de cláusulas para la utilización de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales”**

29. Hasta ahora los Principios Unidroit han tenido una buena acogida en la doctrina y en la práctica como hemos ido viendo pero, preocupados siempre en Unidroit por conseguir la máxima difusión y aplicación de los Principios, quieren dar un paso más. Y después de aprobada la versión 2010, en la Sesión 91 de mayo de 2012, el Consejo de Dirección de UNIDROIT a propuesta del Profesor Don Wallace, decidió poner en marcha un grupo de trabajo reducido para preparar unos Modelos de Cláusulas que puedan ser utilizadas por las partes para manifestar en el contrato, de la forma más precisa posible, el sentido en que quieren que se utilicen los Principios de UNIDROIT durante el cumplimiento del contrato o cuando hayan surgido conflictos en su aplicación. No cabe duda que ésta, la aplicación por las partes a sus contratos, es la vía más lógica de generalización de su difusión.

30. El Grupo de Trabajo, compuesto por expertos reconocidos internacionalmente en el ámbito del Derecho Internacional y Arbitraje, celebró su primera reunión en Febrero de 2013. Como fruto de ella se ha elaborado una propuesta por el relator del grupo Profesor Bonell, que fue presentada y quedó aprobada por el Consejo de Dirección de UNIDROIT celebrado los días 8 a 10 mayo de 2013<sup>37</sup>.

31. En la preparación de estos modelos de cláusulas se han tenido en cuenta tanto la práctica contractual actual como la manera en que jueces y tribunales arbitrales han aplicado los Principios, a veces, incluso, aunque las partes no hubieran hecho referencia alguna a ellos en el contrato. Las cláusulas que se proponen se han dividido en 4 bloques: 1) las que se designan los Principios como la ley reguladora del contrato; 2) las que se refieren a los Principios como términos que deben ser incorporados al contrato; 3) aquellas que se refieren a los Principios como un medio de interpretar y suplementar legislación uniforme internacional; y 4) las que designan a los Principios como medio de interpretar y suplementar las leyes nacionales. Se han preparado dos variantes de cada una de las cláusulas en aquellos casos en que resultaba necesario: una, para ser incluida en el contrato y, otra, para que pueda ser usada después que haya surgido el conflicto. Se ha evitado ser excesivamente ambicioso y se ha intentado no rebasar los límites que en la mayoría de las leyes nacionales se imponen a la libertad de elección de la legislación aplicable al contrato. Por esta razón algunas cláusulas quedan reservadas a los tribunales arbitrales y otras en cambio pueden utilizarse tanto si se sustancia la controversia ante jueces nacionales o ante tribunales arbitrales.

<sup>37</sup> Los sucesivos borradores ((UNIDROIT 2013 – Study L – Doc. MC 1 Rev; UNIDROIT 2013 – Study L – MC Doc.3 y UNIDROIT 2013 – Study L – MC Doc.4) pueden verse en la página de Unidroit: [www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/main.htm](http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/main.htm). y el texto definitivo en: [www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/modelclauses-2013.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/modelclauses-2013.pdf). El texto está redactado en inglés; la traducción es mía.

32. Los redactores del proyecto tienen una gran confianza en que la utilización y la generalización de estas cláusulas puedan servir para aumentar considerablemente la utilización de los Principios. Ahora bien, es importante para que el uso de las cláusulas se generalice proponer un número, relativamente reducido, pero bien escogido de todas las posibles y que el lenguaje que se utilice en su redacción sea sencillo. Ya que si los Principios han tenido éxito y buena acogida entre los operadores jurídicos es precisamente por su naturaleza informal y por la flexibilidad que tienen en su utilización.

33. Estos modelos de cláusulas van dirigidos especialmente a abogados y asesores de los contratantes pero también a los jueces y tribunales. Claro es que las necesidades de uno y otros son distintas. Los abogados necesitan indicaciones claras para saber cuándo es conveniente utilizarlas mientras que los jueces y árbitros lo que quieren es entender el mecanismo de cómo funciona cada una de ellas.

34. Aunque pueda parecer que lo ideal es que las cláusulas estén incorporadas en el contrato desde el mismo momento de su redacción, a veces se plantea la cuestión de la posible utilización de los Principios en el momento en que surge la controversia. Para estos casos se han previsto también cláusulas que, una vez pactadas, facilitarán la tarea de resolver los problemas no previstos, tanto de interpretación de los términos contractuales como de elección del órgano jurisdiccional o arbitral que deba resolverlo.

35. Todavía queda mucho por hacer en la aplicación de los Principios y es por eso que se busca el medio de potenciar su utilización. Este problema no lo tienen otros instrumentos internacionales que son vinculantes como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que son ley directamente aplicable en aquellos países que la han incorporado a su legislación nacional, pero los Principios, en cambio, son un cuerpo normativo de *soft-law*, por lo que hay que convencer a la comunidad internacional de la conveniencia de su utilización, ya que un cuerpo de normas de este tipo, ofrece muchas posibilidades y una gran flexibilidad en su utilización, lo que permite que pueda adaptarse mejor a las características y peculiaridades de cada contrato en concreto.

36. La estructura del texto adoptado tiene dos partes: por un lado, el texto de cada una de las cláusulas, redactado de forma precisa y concisa y, por otro, unos comentarios a las mismas. A ellos se dejan las aclaraciones que explican, en aquellos casos en que resulta necesario el alcance y contenido del texto de la cláusula propuesta.

37. Por supuesto que las cláusulas adoptadas se refieren a los Principios 2010 pero las partes pueden elegir las versiones anteriores, 1994 o 2004, de los mismos siempre que lo crean conveniente. Esta designación, sin embargo, deberán hacerla expresamente ya que, de otro modo, se entenderán referidas a la versión 2010.

38. Hay que dejar claro que el propósito de estas cláusulas es permitir a las partes indicar de forma precisa en qué sentido quieren utilizar los Principios en el cumplimiento de contrato o ante una controversia, pero deben ser conscientes de que los jueces y árbitros pueden aplicar los Principios, aunque las partes hubieran decidido no utilizarlas en sus contratos, de acuerdo con las circunstancias del caso tal como han hecho hasta ahora. Esta es una consecuencia directa del ámbito de aplicación de los Principios en cuyo preámbulo se señala cuál es el propósito de los mismos.

## **1. Cláusulas para acordar que los Principios Unidroit constituyan la ley reguladora del contrato**

39. Hay muchas razones para que los contratantes elijan como ley aplicable al contrato los Principios UNIDROIT, ya que las partes de un contrato se muestran normalmente reacias a aceptar el derecho de la otra para que rija la relación contractual y prefieren para ello la opción de un derecho neutral. Es cierto que, a veces, una de las partes es lo suficientemente fuerte para imponer a la otra su ley nacional pero no es esta la situación más común. Los Principios de UNIDROIT son una buena alternativa en la

medida en que permiten a las partes optar por un cuerpo normativo que contiene un conjunto de reglas equilibradas y que comprenden prácticamente todos los aspectos del contrato.

**40.** Dentro de esta opción general caben distintas variedades: 1) elegir los Principios UNIDROIT solos, sin referencia alguna a otras normas que pudieran completarlos; 2) elegir los Principios completados por una determinada ley nacional; o 3) completados mediante “los Principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados”.

**41.** Sea cual sea la opción, la elección de las partes puede referirse a la totalidad de los Principios o a alguna parte de ellos en particular. Por otro lado, al elegir los Principios como ley reguladora del contrato es conveniente que acuerden también una cláusula de sumisión a arbitraje. De otro modo, al ser resuelto el conflicto ante los jueces nacionales que correspondan pueden encontrarse con que las normas no-estatales obligaran a las partes solo en la medida en que no estén en conflicto con la ley nacional aplicable. La razón no es otra que en el ámbito internacional se ha limitado tradicionalmente la libre elección de las partes en relación con la ley nacional aplicable, y pueden no admitirse como tal los llamados instrumentos de *soft-law*. Si este fuera el caso, por el juego del derecho internacional, los Principios de UNIDROIT se verían como cláusulas incorporadas en el contrato pero no como ley aplicable. Y sin embargo en el ámbito del arbitraje internacional está generalmente aceptado que las partes elija para regular el contrato estos instrumentos de *soft-law* excluyendo la aplicación de cualquier ley nacional, que quedará limitada en su aplicación a lo que resulte de carácter imperativo. Por otra parte, este tipo de norma suelen ser de derecho público, por lo que su aplicación junto a los Principios de UNIDROIT no suelen ocasionar verdaderos problemas.

#### **A) Cláusulas para elegir solo los Principios Unidroit**

**42.** Cuando las partes deciden elegir solamente los Principios como la ley reguladora de su contrato puede suceder que surjan cuestiones conflictivas que no están expresamente reguladas en su texto o incluso que caigan fuera de su ámbito de aplicación. En estos casos la cuestión que se plantea es como resolver estos problemas de aplicación. Si nos encontramos ante un supuesto que no se encuentra expresamente regulado pero que cae dentro de su ámbito de aplicación, la cuestión deberá resolverse según sus principios generales subyacentes, de acuerdo con lo expresado en el art. 1.6 (2). Por el contrario, las cuestiones ajenas a su ámbito de aplicación, y en absoluto reguladas por los Principios, deberán resolverse por aquellas normas que les sean de aplicación según lo establecido por el Derecho Internacional, lo que desde luego puede causar algunos conflictos.

**43.** Dos son las cláusulas que a estos fines se proponen, una para ser incluida en el contrato y otra para ser acordada cuando el conflicto ya se haya producido:

##### *(a) Cláusula para ser incluida en el contrato*

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

##### *(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto*

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

#### **B) Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por una determinada legislación nacional**

**44.** Los Principios Unidroit pueden no regular todas las cuestiones derivadas de un particular contrato y las partes pueden elegir la legislación interna de un país para resolver las posibles lagunas

de los Principios. En estos casos, las partes deberán especificar claramente cuál será la legislación a la que se debe acudir para regir el contrato o para resolver los conflictos derivados del mismo. Para ello se prevén dos cláusulas: una para ser incluida en el contrato y otra, para que en caso de que no se haya previsto con anterioridad, las partes puedan manifestar cual será la norma a la que se debe acudir para que el conflicto pueda ser resuelto por los tribunales o árbitros correspondientes.

*(a) Cláusula para ser incluida en el contrato*

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por la legislación del [País X]”.

*(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto*

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por la legislación del [País X]”.

**C) Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por los principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados**

**45.** Cuando las partes no quieren acudir a ninguna norma nacional para resolver las lagunas de los Principios pueden acudir para ello a los principios de derecho internacional generalmente aceptados. Con ello evitan que, si el conflicto no puede resolverse directamente con la aplicación de los Principios se le aplique la legislación nacional que correspondería según las normas de conflicto del derecho internacional. En la redacción de la cláusula no es necesario recurrir a la expresión propuesta “principios de derecho internacional generalmente aceptados” que puede sustituirse por otras similares tales como “principios generales del derecho”, *lex mercatoria*, usos y costumbres internacionales, u otras similares. Todas ellas cumplen la finalidad de indicar claramente que las partes quieren acudir al derecho internacional y sus principios antes que a ningún ordenamiento nacional.

**46.** Con esta finalidad se proponen dos cláusulas: la primera, para ser incluida en el contrato y, la segunda, para que las partes la utilicen una vez surgido el conflicto:

*(a) Cláusula para ser incluida en el contrato*

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por los “Principios de derecho comercial internacional” generalmente aceptados”.

*(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto*

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por los “Principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados”.

**2. Cláusula para incorporar los Principios Unidroit como parte de los términos contractuales**

**47.** En algunos ordenamientos nacionales las partes pueden encontrar dificultades a la hora de elegir un instrumento de *soft-law* como ley reguladora del contrato, por lo que resulta útil que, en vez de elegir los Principios Unidroit directamente, los contratantes opten por incorporar la totalidad o parte de ellos como cláusulas del contrato. Para que el texto del contrato no resulte extremadamente repetitivo al transcribir las disposiciones de los Principios se propone esta cláusula para expresar que los Principios forman parte del contrato, y se entienden que en él están comprendidos e integrados, mediante una simple referencia a los mismos. Está claro que los Principios pueden incorporarse en su totalidad o solo en

alguna de sus partes. Y por otra parte, para una integración eficaz, la incorporación de los Principios no puede contradecir lo establecido en otras cláusulas o términos del contrato, y en este caso, prevalecerán estos últimos frente al texto de los Principios.

48. No es necesario mencionar que los Principios no pueden aplicarse en contra de lo establecido en las normas nacionales de carácter imperativo que resulten aplicables. Aunque en el ámbito contractual estas no son muy frecuentes es posible que existan algunas tales como la exigencia de una determinada forma, condiciones generales o autorizaciones o permisos especiales, etc.

49. Por último hay que hacer notar que al incorporar los Principios como parte del contenido contractual las partes pueden indicar el ordenamiento nacional por el que se regirá el contrato. En caso de no hacerlo, el derecho aplicable se determinará según las reglas del derecho privado internacional.

50. El texto de la cláusula propuesta es el siguiente:

“Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) se incorporarán a este contrato siempre que no sean contradictorios con los demás términos del mismo”.

### **3. Cláusulas para interpretar o complementar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Venta de Mercaderías cuando ésta haya sido la ley elegida por las partes.**

51. Está generalmente aceptado que los instrumentos de derecho uniforme a pesar de que hayan sido incorporadas al derecho nacional sigue siendo un cuerpo legal autónomo que debe interpretarse e integrarse de acuerdo con sus propios Principios y con las reglas generales de derecho internacional y solo en último caso acudir a la legislación nacional para su interpretación. Es esta una tarea para jueces y árbitros. Pero el uso de los Principios Unidroit, según se establece en el preámbulo, parágrafo 5, puede facilitarles el trabajo.

52. La utilización de los Principios Unidroit es especialmente importante a la hora de interpretar e integrar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Aunque difieren en su ámbito de aplicación, ambos instrumentos regulan los mismos aspectos de muchas de las cuestiones referentes a la formación del contrato, interpretación, cumplimiento o incumplimiento y remedios o acciones de defensa. Y puesto que el contenido de los Principios es más amplio y, en general, más detallado puede servir para resolver las ambigüedades o las lagunas de la Convención. Sin embargo, ésta es anterior a los Principios Unidroit y tiene su propio sistema de interpretación e integración recogido en el art. 7, por lo que aquellos contratantes que quieran asegurarse que cuando la Convención sea la norma reguladora de su contrato, las dudas y conflictos que se planteen sean interpretadas e integradas según los Principios de Unidroit deberán incluirlo expresamente en el contrato.

53. Con esta finalidad se proponen dos cláusulas. La primera, para ser incluida en el contrato y, la segunda, para ser utilizada una vez que haya surgido la controversia:

#### *(a) Cláusula para ser incluida en el contrato*

“Este contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, interpretada e integrada por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010).

#### *(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto*

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán por la de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, interpretada e integrada por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

#### **4. Cláusulas para elegir los Principios Unidroit como medio de interpretar o suplementar el derecho nacional aplicable**

**54.** Si las partes han elegido como derecho regulador de un contrato la legislación interna de un país, los Principios de Unidroit pueden jugar un papel importante en la interpretación e integración de las posibles lagunas, en aquellos casos en la ley resulte incompleta, o su interpretación resulte controvertida. En estas situaciones los Principios de Unidroit pueden garantizar a las partes que la legislación elegida se aplicará de acuerdo con los principios y reglas internacionalmente aceptados, ya que, a fin de cuentas, el contrato de referencia es un contrato internacional y este será el contexto en el que debe realizarse la interpretación. Cuando esta sea la opción elegida las partes tienen dos posibilidades. La primera, incluir dicha cláusula en el contrato como parte de su articulado o bien, si no lo han hecho así, pueden llegado el caso de que surja la controversia, pactar una cláusula por la que acuerden que el conflicto se decida por la ley nacional elegida pero interpretada según los Principios de Unidroit.

**55.** A estos efectos se proponen las siguientes:

*(a) Cláusula para ser incluida en el contrato*

“Este contrato se regirá por Legislación del [País X] interpretados y suplementados por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

*(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto*

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán por la Legislación del [País X] interpretados y suplementados por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

# SHAPING THE EU INVESTMENT REGIME: CHOICE OF FORUM AND APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS\*

FRANCISCO J. PASCUAL VIVES

*Lecturer (Profesor Ayudante Doctor) in Public International Law and International Relations  
University of Alcalá*

Recibido: 04.10.2013 / Aceptado: 07.10.2013

**Abstract:** The paper examines the interplay between European Union Law and the international foreign investment protection regime. While the European institutions and its Member States shape the content of the future investment agreements and define the investment policy, it is worth analyzing in light of recent practice the eventual participation formulas of the European Union in investment arbitration, and the consideration of European Union Law as applicable Law in investment arbitration.

**Key words:** European investment regime; Applicable Law to investment arbitration; Participation of the European Union in investment arbitration; Bilateral Investment Treaties; International Centre for Settlement of Investment Disputes; European Court of Justice; self-contained regimes; principle of systemic integration.

**Resumen:** El trabajo examina la interacción entre el Derecho de la Unión Europea y el régimen internacional de protección de las inversiones exteriores. Mientras las instituciones de la Unión Europea y sus Estados miembros modelan el contenido de los futuros acuerdos europeos de inversión y definen el alcance de la política europea de inversiones, es importante analizar a la luz de la práctica más reciente, las posibles fórmulas de participación de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones y la consideración del Derecho de la Unión Europea como derecho aplicable en el arbitraje de inversiones.

**Palabras clave:** Régimen europeo de inversiones; Derecho aplicable al arbitraje de inversiones; Participación de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones; Tratados bilaterales de inversión; Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; regímenes autónomos; principio de integración sistémica.

**Summary:** I. Introduction. II. The European Union Participating in Investment Arbitration. 1. Participation and Consent. 2. The ICSID System. 3. Additional Systems within the Investment Arbitration Universe. III. European Union Law as Applicable Law in Investment Arbitration. 1. The Flexible Framework Envisaged by the International Investment Regime. 2. The Lack of Uniformity of the Choice of Law in the Conventional Investment Regime. 3. Its Progressive Recognition in the Arbitral Practice. 4. Is It Necessary to Include EU Law as Part of the Applicable Law in Investment Arbitration? 5. The Implications Arising from the Acceptance of European Union Law as Applicable Law in Investment Arbitration. IV. Final Remarks.

---

\* This paper has been prepared within the research project entitled "The Definition of the European Foreign Investment Regime: An Analysis from Public International Law" (UAH-Ref. 2013/015).

## I. Introduction

1. The European Union (hereinafter: EU) is one of the leading players in international investment relations. Except for the signing of the Energy Charter Treaty (hereinafter: ECT),<sup>1</sup> a mixed-agreement concluded in 1994 by the EU and its Member States with the aim of developing energy cooperation among the States of Eurasia,<sup>2</sup> EU Member States have traditionally developed independent and autonomous investment policies. However, Articles 206 and 207 of the Treaty of Functioning of the European Union<sup>3</sup> (hereinafter: TFEU) have attributed the exercise of the investment protection policy to the EU on an exclusive basis. Therefore, since the entry into force of the Treaty of Lisbon the new EU investment regime is under discussion in Brussels, having become a major topic among the legal literature.<sup>4</sup>

2. The European Commission has already proposed several policy papers entitled “Upgrading the EU Investment Policy”,<sup>5</sup> “Establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries”,<sup>6</sup> “Towards a comprehensive European international investment policy”,<sup>7</sup> and “Establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party”,<sup>8</sup> only the one concerning the establishment of transitional arrangements for bilateral investment treaties (hereinafter: BITs) between Member States and third countries having completed the legislative process at the time of closing these lines.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> *Boletín Oficial del Estado* of 17 May 1995 and 14 July 1995 (provisional application) and 17 March 1998 (entry into force). The *Boletín Oficial del Estado* is the Official State Gazette in Spain: see <http://boe.es/index.php?lang=en>.

<sup>2</sup> As of October 2009, apart from the European Union, a total of 46 States had ratified the ECT (including all EU Member States). Belarus has not ratified this treaty but applies the ECT provisionally. Australia, Norway and Iceland have not yet ratified it, notwithstanding they were signatories. Moreover, on 20 August 2009 the Russian Federation officially informed the Depository that it did not intend to become a party. In accordance with Article 45.3.a) of the ECT, such notification results in Russia's termination of its provisional application (from 19 October 2009).

<sup>3</sup> Article 206 of the TFEU envisages that “By establishing a customs union in accordance with Articles 28 to 32, the Union shall contribute, in the common interest, to the harmonious development of world trade, the progressive abolition of restrictions on international trade and on foreign direct investment, and the lowering of customs and other barriers.” Article 207.1 of the TFEU sets forth “The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.”

<sup>4</sup> N. MAYDELL, “The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence”, in A. REINISCH AND CH. KNAHR (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International, 2008, 73-92; M. BURGSTALLER, “European Law and Investment Treaties”, *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, 181-216; T. EILMANSBERGER, “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, 383-429; N. LAVRANOS, “New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, 409-441; M. BUNGENBERG, “The Division of Competences between the EU and its Member States in the Area of Investment Policies”, in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL AND S. HINDELANG (eds.), *European Yearbook of International Economic Law: International Investment Law and EU Law*, Heidelberg, Springer, 2011, 29-42; A. DE LUCA, “New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy Under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection”, in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy (2010-2011)*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 165-215; and A. DIMOPOULOS, “The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, 2012, 447-471.

<sup>5</sup> Note for the Attention of the 133 Committee “Upgrading the EU Investment Policy”, of 30 May 2006: see [www.iisd.org/pdf/2006/tas\\_upgrading\\_eu.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/tas_upgrading_eu.pdf) (last accessed on 24 April 2013).

<sup>6</sup> COM (2010) 344 final, of 7 July 2010.

<sup>7</sup> COM (2010) 343 final, of 7 July 2010.

<sup>8</sup> COM (2012) 335 final, of 21 June 2012.

<sup>9</sup> Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and the Council, of 12 December 2012, establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (*OJ L* 351, of 20 December 2012, p. 40). For explanatory comments on its main provisions: see C. BROWN AND M. ALCOVER-LLUBIÀ, “The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon”, in K.P. SAUVANT (ed.), *Yearbook on International Investment...*, *op. cit.*, 145-163, pp. 153-163; and J.Á. RUEDA GARCÍA, “EU approves Regulation 1219/2012 on existing BITs between EU Member States and Third Countries” at <http://blogaila.com/2012/12/27/eu-ap->

3. While these proposals are being shaped by the European institutions and new investment agreements are negotiated with third States,<sup>10</sup> it is necessary to address certain legal problems arising from the interaction between EU Law and the international investment regime, such as the participation of the EU in the settlement of future investment disputes, and the applicability of EU Law in investment arbitration. This paper studies these issues, which are at the heart of any future investment dispute concerning the European investment regime.

4. As for the structure of the paper, Part II deals with several legal issues arising from the EU's intervention and participation in investment arbitration. Part III examines whether EU Law can be considered as applicable Law in investment arbitration. Finally, Part IV concludes by establishing some final remarks.

## II. The European Union Participating in Investment Arbitration

5. In this Section we address several preliminary issues regarding the EU participation in investment arbitration, before studying the different avenues through which its participation could be framed.

### 1. Participation and Consent

6. The EU has been participating in investment arbitration *lato sensu*, since the European Commission was granted leave to intervene as *amicus curiae* in arbitral proceedings.<sup>11</sup> In these cases the disputed national measures, that purportedly violated the international obligations protected under the investment treaties, had been adopted in order to comply with the State's obligations within the European integration process.

7. The legal arguments raised by the European Commission were aimed at underlining the problems created by the interplay between international investment Law and the European legal order. In particular, the European Commission discussed the issue of *res iudicata*, since legal actions dealing with the legality of the power purchase agreements concluded by Hungary with the foreign investor under the EU State aid regime had been initiated before the Luxembourg Court,<sup>12</sup> and the applicable Law in *AES Summit*;<sup>13</sup> and unsuccessfully challenged the jurisdiction of the arbitral tribunal in *Electrabel*.<sup>14</sup>

---

[proves-regulation-12192012-on-existing-bits-between-eu-member-states-and-third-countries-by-jose-angel-rueda-2/](#) (last accessed on 5 May 2013).

<sup>10</sup> The European Union is currently negotiating trade, economic and investment agreements with Canada, Singapore, and India. The text of the negotiating mandates approved by the General Affairs Council of the EU for the investment protection chapter to be concluded with these three countries is available at [http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id\\_article=20272&lang=en](http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id_article=20272&lang=en) (last accessed on 12 June 2013). The European Commission also underlined the need to explore the suitability of concluding future investment agreements with China and Russia: see COM (2010) 343 final, of 7 July 2010, p. 8. Finally, in his State of the Union address on 12 February 2013, President Barack Obama announced that the Administration planned to notify Congress of its intent to launch negotiations on a Transatlantic Trade and Investment Partnership with the European Union: see <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2013/february/US-EU-TTIP> (last accessed on 23 March 2013). Along the same lines, the EU issued a press release the following day: see "European Union and United States to launch negotiations for a Transatlantic Trade and Investment Partnership", MEMO/13/95, of 13 February 2013. As for the development of these negotiations: see <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=943> (last accessed on 23 July 2013).

<sup>11</sup> *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13); *AES Summit Generation v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22); *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19); and *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania* (ICSID Case No. ARB/05/20).

<sup>12</sup> By Judgment of 12 February 2012 the General Court dismissed the application in which the investor had sought the annulment of the European Commission's Decision declaring that the power purchase agreements concluded by Hungary conferred illegal State aid on the power generators (*OJ L 225*, of 27 August 2009, p. 53): see GC, Judgment of 12 February 2012, *Budapesti Erőmű Zrt v. European Commission* (Joined Cases T-80/06 and T-182/09) (*OJ C 89*, of 24 March 2012, p. 20).

<sup>13</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22, Award of 23 September 2010, paras. 6.5.4 and 7.6.12). The issue of applicable Law was also discussed in *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010, paras. 286-292).

<sup>14</sup> The tribunal meticulously rejected the objections to the jurisdiction raised, notwithstanding that it had not allowed the

**8.** In *Achmea* the tribunal declared that, with regard to the submissions presented by the Commission “all of the points made in those submissions have been taken into account by the Tribunal”.<sup>15</sup> In the same fashion, the tribunal in *Electrabel* devoted several pages in Parts IV and V of the award to comment on the submissions made by the Commission as *amicus curiae*. This intervention must be considered as a good sign of complementarity between EU and international investment Law.

**9.** Intervening as *amicus curiae* can be considered a useful way for the EU not only to raise awareness on the existing interactions between these international legal subsystems, but also to provide arbitral tribunals with some guidance regarding the interpretation of EU Law.<sup>16</sup> However, under the forthcoming European investment regime the EU is also expected to participate as a party to the arbitration.

**10.** The EU participation in investment arbitration, apart from its legal implications at EU level, immediately raises two intertwined discussions from the international Law standpoint.

**11.** Firstly, the application of the customary principles of international responsibility of States and International Organizations,<sup>17</sup> and the eventual management between the EU and its Member States of the financial consequences of such international responsibility,<sup>18</sup> should an arbitral tribunal award any compensation to the investor. And secondly, the choice of the international investment *forum* in which the EU would be entitled to appear, after having given its consent to international investment arbitration. Since the European Commission is partially addressing the first issue at this time,<sup>19</sup> in this section we only deal with the latter.

**12.** In order to participate in investment arbitration it is necessary for the EU to give its consent. The ECT provides for a unique example to explore how the expression of consent by the EU could be arranged. In Article 26.3 of the ECT the contracting parties give their “unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation”.

**13.** However, Article 26.3.b.i) envisages an exception to this general rule in connexion with Annex ID of the ECT.<sup>20</sup> The contracting parties listed in Annex ID, including the European Union –listed as

---

Commission to present arguments in this regard: see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, paras. 5.31-5.38).

<sup>15</sup> *Achmea B.V. (formerly Eureka B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010, para. 217).

<sup>16</sup> M. BURGSTALLER, “Les aspects procéduraux de l’arbitrage – Qui est Partie? Le rôle de la Commission Européenne”, in C. KESSEDIAN ET CH. LEBEN (dirs.), *Le droit européen et l’investissement*, Paris, Panthéon-Assas, 2009, 123-142.

<sup>17</sup> “Draft Articles on the responsibility of International Organizations” (A/RES/66/100, of 27 February 2012).

<sup>18</sup> K. ARIF, “Draft Report on the Future European International Investment Policy”, PE454.567v01-00, of 20 December 2010, p. 7.

<sup>19</sup> COM (2012) 335 final, of 21 June 2012. The legislative process of this proposal can be followed at: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0163%28COD%29&l=en> (last accessed on 6 September 2013).

<sup>20</sup> Annex ID of the ECT envisages that “The Communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an investor of another Contracting Party. In such cases, upon request of the investor, the Communities and the Member States concerned will make such determination within a period of 30 days. (This is without prejudice to the right of the investor to initiate proceedings against both the Communities and their Member States).

The Court of Justice of the European Communities, as the judicial institution of the Communities, is competent to examine any question relating to the application and interpretation of the constituent treaties and acts adopted thereunder, including international agreements concluded by the Communities, which under certain conditions may be invoked before the Court of Justice.

Any case brought before the Court of Justice of the European Communities by an investor of another Contracting Party in application of the forms of action provided by the constituent treaties of the Communities falls under Article 26(2)(a) of the Energy Charter Treaty. (Article 26(2)(a) is also applicable in cases where the Court of Justice of the European Communities may be called upon to examine the application or interpretation of the Energy Charter Treaty on the basis of a request for a preliminary ruling submitted by a court or tribunal of a Member State in accordance with article 177 of the EC Treaty). Given

European Communities— and 15 other EU Member States;<sup>21</sup> do not give such unconditional consent. Annex ID of the ECT, from the perspective of the EU interests, establishes a balance between the eventual recourse to international arbitration and the protection of the jurisdictional monopoly of the European Court of Justice (hereinafter: ECJ).<sup>22</sup>

14. Should an investment dispute against the EU arise under the forthcoming EU investment regime and the EU had given no unconditional consent,<sup>23</sup> it would be necessary for the EU institutions to define the scope of their competences with regard to the Member States so as to identify the respondent party in the arbitration. This issue, as set forth by the ECT, must be assessed in accordance with the exclusive jurisdictional functions exercised by the Luxembourg Court in all matters regarding the application and interpretation of EU Law,<sup>24</sup> recognized by Article 19.1 of the Treaty of the European Union (hereinafter: TEU).

15. Before initiating investment arbitration, from the standpoint of international Law, it is necessary to identify the international *forum* in which the EU would be entitled to appear after having determined the respondent party and given its consent to arbitration.

## 2. The ICSID System

16. The EU is currently neither a party to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States<sup>25</sup> (hereinafter: ICSID Convention), nor can it access to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter: ICSID) Additional Facility. Therefore, unless the ICSID Convention or the Additional Facility Rules are amended, the ICSID arbitration avenue is closed for the EU.

17. Amending a universal international agreement such as the ICSID Convention constitutes an extremely complex endeavor,<sup>26</sup> especially if we consider that Article 67 of the ICSID Convention only allows States<sup>27</sup> to join the Convention. The eventual accession of the EU would require the amendment of the ICSID Convention in order to open the door to other subjects of international Law to join this international treaty.

---

that the Communities' legal system provides for means of such action, the European Communities have not given their unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation.

As far as international arbitration is concerned, it should be stated that the provisions of the ICSID Convention do not allow the European Communities to become parties to it. The provisions of the ICSID Additional Facility also do not allow the Communities to make use of them. Any arbitral award against the European Communities will be implemented by the Communities' institutions, in accordance with their obligation under Article 26(8) of the Energy Charter Treaty."

<sup>21</sup> In alphabetical order: Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Finland, Greece, Hungary, Poland, Portugal, Romania, Slovenia, Spain, and Sweden.

<sup>22</sup> It is important to recall that, according to the European Commission's proposal "Establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party", in case of mixed-agreements the responsibility between the EU and its Member States may be identified according to the distribution of competences set forth in the TFEU: see COM (2012) 335 final, of 21 June 2012, p. 5.

<sup>23</sup> Through an international investment agreement or by any other legal means: see A.M. STEINGRUBER, *Consent in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 196-223.

<sup>24</sup> ECJ, Opinion of 8 March 2011, *Draft agreement on the creation of a unified patent litigation system (Case 1/09)*, Rep., p. I-1137.

<sup>25</sup> *Boletín Oficial del Estado* of 13 November 1994.

<sup>26</sup> B. POULAIN AND M. RAUX, "Actualité du droit européen des investissements internationaux", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, No. 4, 2011, 113-140, pp. 121-122.

<sup>27</sup> Article 67 of the ICSID Convention envisages "This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention."

**18.** A second major problem arises from Article 66.1 of the ICSID Convention,<sup>28</sup> which provides for an exception<sup>29</sup> to the rule regarding the amendment of international multilateral treaties set forth in Article 40 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>30</sup> (hereinafter: VCLT).<sup>31</sup> In fact, Article 66.1 of the ICSID Convention requires any amendments to the convention coming into force only after being accepted by all contracting States.

**19.** In sum, amending Article 67 of the ICSID Convention so as to open the convention to International Organizations such as the EU would require, as a result of the role played by Article 66.1 of the ICSID Convention, an unprecedented diplomatic effort.<sup>32</sup> Moreover, given the general objections to the ICSID system raised in Latin America,<sup>33</sup> this process could contribute to the weakening of the legal framework established by the ICSID Convention.<sup>34</sup>

**20.** Therefore, although the European Commission has expressed its confidence in the ICSID system<sup>35</sup> and has been in contact with the ICSID Secretariat in order to explore the EU accession to the ICSID Convention,<sup>36</sup> it is not likely that the amendment of the ICSID legal framework will take place either in the short or medium term.

**21.** In addition, this participation may not even be considered as urgent, if we note the arbitration *forum* available for the EU as well as the States with which the EU is currently negotiating investment-related agreements. Neither Canada<sup>37</sup> nor India have ratified the ICSID Convention.<sup>38</sup> Any investment dispute between investors of these States and the EU –or vice versa– would necessarily be submitted outside the framework of the ICSID system.

**22.** Apart from the restrictions set forth in Articles 66 and 67 of the ICSID Convention, the participation of the EU in the ICSID system could still be accomplished, in theory, by inserting references to

<sup>28</sup> Article 66.1 of the ICSID Convention sets forth “If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States *that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment.*” (emphasis added).

<sup>29</sup> CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH AND A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 1265.

<sup>30</sup> *Boletín Oficial del Estado* of 13 June 1980.

<sup>31</sup> Article 40 of the VCLT envisages “4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4 (b), applies in relation to such State. 5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State: (a) be considered as a party to the treaty as amended; and (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.”

<sup>32</sup> C. BROWN, member of the Directorate General for Trade of the European Commission, expressed his views on the difficulties arising from the EU requesting membership to the ICSID Convention: see C. KESSEDJIAN (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, Panthéon-Assas, 2011, p. 192.

<sup>33</sup> K. FACH GÓMEZ, “Latin America and ICSID: David versus Goliath?”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, No. 2, 2011, 195-230; E. FERNÁNDEZ MASÍA, “El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, No. 3, 2009, 741-760; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009, 13-38; and F. MANTILLA-SERRANO, “¿Existe hostilidad hacia el arbitraje de inversión en América Latina?”, in M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS AND D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, 789-806.

<sup>34</sup> Bolivia, Ecuador and Venezuela have already denounced the ICSID Convention and have also undertaken legal steps at national level aimed at eroding the impact of the international investment arbitration regime: see F.J. PASCUAL VIVES, “Consent to ICSID Arbitration: Recent Conventional and Arbitral Practice”, *Transnational Dispute Management*, No. 2, 2011, 1-43, pp. 17-42.

<sup>35</sup> COM (2010) 343 final, of 7 July 2010, p. 10; and *Investment Arbitration Reporter*, vol. 4, No. 8, 2011, pp. 3-8.

<sup>36</sup> SP (2011) 5857, of 6 April 2011, p. 6.

<sup>37</sup> Canada signed the ICSID Convention on 15 December 2006.

<sup>38</sup> Singapore, on the other hand, ratified the ICSID Convention on 14 October 1968.

the ICSID Rules of Arbitration in the forthcoming EU investment agreements. In this scenario EU investors, except for those established in Poland,<sup>39</sup> would be entitled to initiate an ICSID arbitration against a third State, although foreign investors from that State would not be invested with the same right. As one author has rightly argued, such a solution would be contrary to the general principle of reciprocity; one of the bedrocks of the Law of the Treaties, and third States may not accept this asymmetric regime.<sup>40</sup>

**23.** Finally, it is important to recall that the ICSID avenue could still be marginally open by resorting to the Additional Facility Rules, through which the ICSID Secretariat is authorized to administer certain types of proceedings between States and foreign investors falling outside the scope of the ICSID Convention. As amended from 2006, they currently do not allow the EU to participate in investment disputes submitted under the Additional Facility.<sup>41</sup> However, these rules may be amended by simple majority vote of the ICSID Administrative Council,<sup>42</sup> which provides for a much more realistic chance for the EU to finally be considered a party to international investment arbitration within the ICSID system.

<sup>39</sup> Poland has neither signed nor ratified the ICSID Convention.

<sup>40</sup> M. BURGSTALLER, "Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, No. 2, 2012, 207-221, p. 213.

<sup>41</sup> Up to 42 investment claims have been submitted under the Additional Facility Rules, by order of registration: see *Metallclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000); *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award of 1 November 1999); *Joseph C. Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/1, Award of 18 September 2000); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award of 2 June 2000); *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award of 26 June 2003); *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002); *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002); *ADF Group Inc. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award of 9 January 2003); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award 30 April 2004); *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Award of 17 July 2006); *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Order taking note of the discontinuance of 4 April 2005); *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Award of 18 August 2009); *Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award of 16 June 2010); *Talsud, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/4, Award of 16 June 2010); *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award of 21 November 2007); *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Award of 16 January 2013); *Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, Award of 19 June 2007); *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award of 18 September 2009); *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v. Kyrgyz Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award of 9 September 2009); *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award of 17 September 2009); *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award of 4 August 2010); *Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award of 13 August 2009); *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award of 19 May 2010); *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Award of 22 May 2012); *Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB(AF)/08/1, Order taking note of the discontinuance of 27 October 2010); *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1); *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award of 18 April 2013); *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland* (ICSID Case No. ARB(AF)/10/1); *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/11/1); *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2); *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland* (ICSID Case No. ARB(AF)/11/3); *Mobile TeleSystems OJSC v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB(AF)/11/4, Order taking note of the discontinuance of 21 September 2012); *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/1); *Grupo Francisco Hernando Contreras v. Republic of Equatorial Guinea* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/2); *Mercer International, Inc. v. Canada* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/3); *Telefónica S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/4); *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5); *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/6); *Mobile TeleSystems OJSC v. Republic of Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/7); *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/8); and *Consolidated Exploration Holdings Ltd. and others v. Kyrgyz Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/13/1).

<sup>42</sup> A.R. PARRA, "The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, No. 1, 2007, 55-68, pp. 57-61.

### 3. Additional Systems within the Investment Arbitration Universe

24. International investment arbitration is not only constrained to the ICSID system, notwithstanding that for multiple reasons the settlement of investment disputes under this regime has experienced a *big bang* in the last two decades.<sup>43</sup>

25. The enforcement of arbitral awards, for instance, constitutes one of the major advantages of the ICSID system. In this regard, it is important to distinguish the different legal regimes applicable to the enforcement of arbitral awards under Article 54 of the ICSID Convention, and other arbitration rules. The ICSID Convention has designed a system of recognition and enforcement of arbitral awards through which, notwithstanding the operation of the immunity of execution,<sup>44</sup> every contracting State is deemed to recognize the award as binding, and to enforce the pecuniary obligations imposed by the award as if it were a final decision of a domestic court.<sup>45</sup> An ICSID arbitral award constitutes an *international decision*, and cannot be challenged before the national courts of any Member State of the ICSID Convention, for instance, on grounds of public order.<sup>46</sup>

26. Conversely, the awards rendered under the ICSID Additional Facility or the Rules of Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter: UNCITRAL), as any other *foreign decision*, shall be enforced under the system set forth by the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).<sup>47</sup>

27. Apart from the institutional framework set forth under the ICSID Convention, international investment arbitration may be administered by other arbitration *forum*, such as the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (hereinafter: ICC); the Permanent Court of Arbitration (hereinafter: PCA); the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (hereinafter: SCC); the London Court of International Arbitration (hereinafter: LCIA); or the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (hereinafter: CRCICA), just to mention five examples. Furthermore, investment arbitration may also be conducted on an *ad hoc* basis, under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL. According to the latest reports provided for by the United Nations Conference on Trade and Development (hereinafter: UNCTAD), 314 arbitrations have been administered

<sup>43</sup> 177 investment arbitrations are currently pending at ICSID (175 original arbitrations, and two conciliations). Only in 2012 the ICSID registered 40 investment arbitrations under the ICSID Convention plus eight more investment disputes instituted under the ICSID Additional Facility. In the doctrine: see S.D. FRANCK, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, 1521-1625, pp. 1539-1540; the reflections made by several authors in "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international", in CH. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 345-361; and A. REINISCH, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration", in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET AND S. WITTICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 107-126.

<sup>44</sup> Article 55 of the ICSID Convention sets forth "Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution."

<sup>45</sup> Article 54.1 of the ICSID Convention provides "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state."

<sup>46</sup> P. BERNARDINI, "ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration", in M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS AND D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo...*, *op. cit.*, 159-188; A.R. PARRA, "The Enforcement of ICSID Arbitral Awards", in R. DOAK BISHOP (ed.), *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*, JurisNet, Huntington, 2009, 131-138; S.A. ALEXANDROV, "Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention", in CH. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH AND S. WITTICH (eds.), *International Investment...*, *op. cit.*, 322-337; and J.Á. RUEDA GARCÍA, "La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, No. 1, 2010, 203-232.

<sup>47</sup> *Boletín Oficial del Estado* of 11 July 1977.

under the ICSID system (including the Additional Facility); 131 under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL;<sup>48</sup> 27 under the SCC Arbitration Rules; and eight under the ICC Rules of Arbitration.<sup>49</sup>

**28.** All the abovementioned arbitration avenues –either institutional or *ad hoc*– are available in the investment universe to foreign investors outside the framework of the ICSID system. None of them expressly preclude an International Organization from participating in the settlement of investment disputes. Moreover, on 17 December 2012 the Administrative Council of the PCA adopted a new set of procedural rules for the arbitration of disputes involving at least one State, State-controlled entity, or International Organization (hereinafter: PCA Arbitration Rules 2012). These rules, which envisage the institution of disputes between International Organizations and private parties, may expand the role of the PCA as an arbitration *forum* for investment disputes.

**29.** The EU and third States might even define other alternatives or systems, as the negotiation of the future EU investment agreements progresses and the consolidation of new arbitration venues takes place.<sup>50</sup> For instance, legal literature has proposed the creation of a “European Investment Facility”,<sup>51</sup> whereas it is yet to be determined the impact on investment arbitration of the Union of South American Nations (hereinafter: UNASUR) Mediation and Arbitration Centre, a project currently under discussion in Latin America.<sup>52</sup>

**30.** However, since the negotiation of the first generation of EU investment treaties is ongoing, foreign investors operating within the EU must rely on the current dispute settlement mechanisms envisaged by the BITs concluded by the EU Member States until the former treaties enter into force,<sup>53</sup> provided they are in conformity with EU Law.<sup>54</sup> One of the latest mixed agreements concluded by the EU and its Member States with third parties containing an “investment chapter”, the Free Trade Agreement signed with Korea on 6 October 2010,<sup>55</sup> underlines the transitional character of the current situation. The agreement is silent as to the dispute resolution mechanisms applicable to the settlement of investor-State disputes. A footnote to Article 7.10 of the agreement excludes investment protection and investor-State dispute settlement procedures from its scope of application, notwithstanding that Article 7.16 of the

<sup>48</sup> For instance, the PCA has administered a total of 54 investment disputes, most of them under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL: see “Annual Report (2012)”, pp. 12-15 (<http://www.pca-cpa.org>).

<sup>49</sup> Total claims by end of 2012: see “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”, No. 1, 2013, pp. 3-4 (<http://www.unctad.org/diae>).

<sup>50</sup> C. BROWN AND I. NAGLIS, “Dispute Settlement in Future Investment Agreements”, in M. BUNGENBERG, A. REINISCH AND CH. TIETJE (eds.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 17-35.

<sup>51</sup> J. GAFFNEY, “How Important it is to Develop a Coherent Case Law? The Role of Judicial Dialogue in Investment Arbitration”, in C. KESSEDIAN (dir.), *Le droit européen...*, *op. cit.*, 47-77, pp. 59-60; N. LAVRANOS, “New Developments...”, *op. cit.*, pp. 438-439; and M. WIERZBOWSKI AND A. GUBRYNOWICZ, “Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions”, in CH. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH AND S. WITTICH (eds.), *International Investment...*, *op. cit.*, 544-560, p. 560.

<sup>52</sup> UNASUR created a Working Group on Dispute Settlement and Investment, which has already drafted a Protocol creating a Mediation and Arbitration Centre: see <http://www.unasursg.org/inicio/documentos/otras-instancias/grupo-de-trabajo-de-soluci%C3%B3n-de-controversias-e-inversiones> (last accessed on 30 April 2013). The creation of this mediation and arbitration institution has received the political support of the Bolivarian Alliance for the Peoples of America (hereinafter: ALBA), with the occasion of the 1<sup>st</sup> Ministerial Meeting of Latin American States Affected by Transnational Interests, celebrated in Guayaquil (Ecuador) on 22 April 2013: see <http://cancilleria.gob.ec/estados-latinoamericanos-plantan-mecanismos-de-defensa-y-asistencia-reciproca-para-solucionar-controversias-con-las-transnacionales/> (last accessed on 6 May 2013).

<sup>53</sup> The list of the BITs signed by the EU Member States –in conformity with EU Law– has been published by the EU institutions: see List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (*OJ C* 131, of 8 May 2013, p. 2).

<sup>54</sup> See Articles 5 and 6 of the Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and the Council, of 12 December 2012, establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.

<sup>55</sup> *OJ L* 127, of 14 May 2011, p. 1; and *Boletín Oficial del Estado* of 9 July 2011.

same legal text envisages a future extension of the agreement to include investment protection. Only 21 EU Member States have concluded a BIT with Korea.<sup>56</sup> Therefore, from the equality standpoint the transitional regime is far from being ideal for EU or Korean investors operating in these territories and seeking to initiate investment arbitration.

**31.** Ultimately, the intervention and participation of the EU in investment arbitration is secured under the existing international investment regime, notwithstanding the problems raised within the ICSID system. The ICSID Additional Facility Rules, if amended, and the Rules of Arbitration of the UNCITRAL constitute operative legal frameworks through which the EU participation in investment arbitration could be shaped and developed.<sup>57</sup> Further, it should be noted that by including references to investment disputes between an International Organization and a private party, the PCA Arbitration Rules 2012 could be also very useful under the forthcoming EU investment regime.

**32.** In sum, as for the determination of the arbitral *forum* through which the participation of the EU in investment arbitration must be implemented, several available options can be ascertained after analyzing contemporary practice. It is noteworthy underlining that the election of the *forum* may have a decisive impact on the applicable Law to the arbitration as well as the eventual enforcement of the arbitral award.

### III. European Union Law as Applicable Law in Investment Arbitration

**33.** In this section we explore if and to what extent EU Law can be considered as applicable Law by an investment tribunal. As the paper aims at analyzing the EU investment regime from a conventional standpoint, it does neither refer to the cases in which the parties agree on the application of EU Law in a contract, nor it deals with the applicable Law to the jurisdictional issues.<sup>58</sup>

**34.** After studying, first, the different rules of procedure and the relevant multilateral and bilateral conventional practice, we then turn to analyze both the need to include EU Law as part of the applicable Law to an investment arbitration, and how the eventual consideration of EU Law as applicable Law could interact with the EU legal system.

#### 1. The Flexible Framework Envisaged by the International Investment Regime

**35.** Primarily, investment tribunals must settle disputes arising from the investment agreements' substantive provisions. An EU Member State could breach these international obligations when implementing EU Law into its legal system. In these cases an arbitral tribunal hearing an eventual investment dispute might resort to EU Law so as to understand the reasons behind the State's conduct.<sup>59</sup> Whereas the tribunal could bring in EU Law as a mere fact to the arbitration, as it has been already explored in the arbitral

<sup>56</sup> These Member States are, in alphabetical order: Austria; Belgium; Croatia; Czech Republic; Denmark; Finland; France; Germany; Greece; Hungary; Italy; Latvia; Lithuania; Netherlands; Poland; Portugal; Romania; Slovenia; Spain; Sweden; and the United Kingdom.

<sup>57</sup> E. SILVA ROMERO, "Quel arbitrage d'investissement (institutionnel ou *ad hoc*)?", in C. KESSEDIAN (dir.), *Le droit européen...*, *op. cit.*, 93-118, pp. 112-118.

<sup>58</sup> As the tribunal in *CMS* found "Article 42 is mainly designed for the resolution of disputes on the merits and, as such, it is in principle independent from the decisions on jurisdiction, governed solely by Article 25 of the Convention and those other provisions of the consent instrument which might be applicable, in the instant case the Treaty provisions": see *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of 17 July 2003, para. 88).

<sup>59</sup> In these situations, the tribunal in *Electrabel* declared that "Two important and potentially competing values are here at stake: the substantive and procedural protections of the rights of a foreign investor and the economic integration of EU Member States into the European Union operating under the rule of Law. The task of this Tribunal is to ascertain the correct legal balance between these values, as required by the ECT, the ICSID Convention and the applicable rules and principles of international Law": see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, para. 4.113).

practice,<sup>60</sup> this situation is subject to change under the forthcoming EU investment regime, since the disputes initiated before investment tribunals could be based on the acts or omissions of the EU institutions.

**36.** It is important to analyse, first, whether the arbitration rules generally used, as a general proposition, would accept EU Law as applicable Law to the arbitration. In line with Article 42.1 of the ICSID Convention an arbitral tribunal shall apply the Law agreed by the parties or, in the alternative, the Law of the contracting State party to the investment dispute and such rules of international Law as may be applicable.<sup>61</sup> This provision, whose evolving interpretation has been discussed in extent in the legal literature,<sup>62</sup> establishes neither an explicit hierarchy between internal and international Law nor an independent treaty obligation on behalf of the host State towards the foreign investor,<sup>63</sup> notwithstanding that in those cases where a conflict between international and internal Law arises the former shall prevail.<sup>64</sup> In the absence of the parties' explicit agreement,<sup>65</sup> an ICSID tribunal is entitled to apply simultaneously both internal and international Law when dealing with the merits of an investment dispute.<sup>66</sup>

**37.** Article 54.1 of the Rules of Arbitration of the ICSID Additional Facility also gives preference to the Law designated by the parties in the arbitration proceedings.<sup>67</sup> In the absence of any designa-

<sup>60</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22, Award of 23 September 2010, paras. 7.3.4 and 7.6.6).

<sup>61</sup> Article 42.1 of the ICSID Convention envisages that "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of Law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the Law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of Laws) and such rules of international Law as may be applicable." According to paragraph 40 of the Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the ICSID Convention "the term 'international Law' as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes."

<sup>62</sup> A. BROCHES, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure", in P. SANDERS (ed.), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, 12-22; R. DOLZER, "Contemporary Law of Foreign Investment: Revisiting the Status of International Law", in CH. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH AND S. WITTICH (eds.), *International Investment... op. cit.*, 818-829, pp. 824-825; E. GAILLARD AND Y. BANIFATEMI, "The meaning of 'and' in Art. 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, 2003, 375-411; W.M. REISMAN, "The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, 2000, 362-381; G. SACERDOTI, "Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, 2004, 1-48, pp. 16-26; and I.F.I. SHIHATA AND A.R. PARRA, "Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Parties: the Case of Arbitration under the ICSID Convention", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, 1994, 183-213.

<sup>63</sup> *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyongazdálkodó Zrt. v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/12/3, Decision of 16 January 2013, paras. 71-72).

<sup>64</sup> The *ad hoc* Committee in the first *Amco Asia Corporation* annulment found that "Article 42(1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up *lacunae* in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms. (...) The law of the host State is, in principle, the law to be applied in resolving the dispute. At the same time, applicable norms of international law must be complied with since every ICSID award has to be recognized, and pecuniary obligations imposed by such award enforced, by every Contracting State of the Convention (...). The above view on the supplemental and corrective role of international law in relation to the law of the host State as substantive applicable law, is shared in ICSID case law": see *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on the Application for Annulment of 16 May 1986, Part I.1, paras. 20-22).

<sup>65</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1, Award of 17 February 2000, paras. 63-66).

<sup>66</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 116); *Azurix Corp. v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, paras. 66-67); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, paras. 95-98); and *Sempra Energy International v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, paras. 235-237).

<sup>67</sup> Article 54.1 of the Rules of Arbitration of the ICSID Additional Facility sets forth that "(1) The Tribunal shall apply the rules of Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply (a) the Law determined by the conflict of Laws rules which it considers applicable and (b) such rules of international Law as the Tribunal considers applicable."

tion made by the parties, the arbitral tribunal might refer either to the Law determined by the conflict of Laws rules, and such rules of international Law as it considers applicable. Therefore, under the ICSID Additional Facility the arbitral tribunal is invested with a wider power of appreciation concerning the applicable Law to the dispute.<sup>68</sup>

**38.** The principle of autonomy, according to which the applicable Law shall be agreed by the parties, is also embedded in the Rules of Arbitration of the UNCITRAL,<sup>69</sup> the International Court of Arbitration of the ICC;<sup>70</sup> the Arbitration Institute of the SCC;<sup>71</sup> the LCIA;<sup>72</sup> or the CRCICA.<sup>73</sup> These rules, except for the LCIA Arbitration Rules, provide for a more flexible approach by enabling the arbitral tribunal to apply the Law that it determines to be appropriate. In contrast to Article 42 of the ICSID Convention, the definition of the applicable Law under these rules becomes more unpredictable.<sup>74</sup>

**39.** In this regard, it is also necessary to recall the recently amended PCA Arbitration Rules 2012. Apart from recognizing the principle of autonomy as the primary option, in cases involving International Organizations and private parties, these rules refer both “to the rules of the organization concerned and to the Law applicable to the agreement or relationship out of or in relation to which the dispute arises, and, where appropriate, to the general principles governing the Law of intergovernmental organizations and to the rules of general international Law”.<sup>75</sup> Therefore, according to the PCA Arbitration Rules 2012, in the absence of any designation made by the parties, the rules of an International Organization –such as the EU– would be applicable to the dispute.

**40.** From the different sets of procedural rules available to conduct investment arbitration, we can find sufficient grounds to advocate for the consideration of EU Law as part of the applicable Law. The parties might agree on it (principle of autonomy) or even EU Law might be understood by the tribunal as part of the Law applicable to the dispute (PCA Arbitration Rules 2012).

<sup>68</sup> In these situations, in principle, the arbitral tribunal might select only one legal system as the applicable Law to the dispute: see N. ZAMBRANA TÉVAR, *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 270.

<sup>69</sup> Article 35.1 of the Rules of Arbitration of the UNCITRAL sets forth that “The arbitral tribunal shall apply the rules of Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the Law which it determines to be appropriate.” With regard to the scope of this principle in the Rules of Arbitration of the UNCITRAL: see D. CARON AND L.M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 111-146, pp. 112-118.

<sup>70</sup> Article 21.1 of the ICC Rules of Arbitration establishes that “The parties shall be free to agree upon the rules of Law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of Law which it determines to be appropriate.”

<sup>71</sup> Article 22 of the SCC Arbitration Rules provides “(1) The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the Law(s) or rules of Law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the Law or rules of Law which it considers to be most appropriate. (2) Any designation made by the parties of the Law of a given state shall be deemed to refer to the substantive Law of that state and not to its conflict of Laws rules.”

<sup>72</sup> Article 16.3 of the LCIA Arbitration Rules provides “The Law applicable to the arbitration (if any) shall be the arbitration Law of the seat of arbitration, unless and to the extent that the parties have expressly agreed in writing on the application of another arbitration Law and such agreement is not prohibited by the Law of the arbitral seat.”

<sup>73</sup> Article 35.1 of the CRCICA Arbitration Rules, in line with the Rules of Arbitration of the UNCITRAL, envisages that “The arbitral tribunal shall apply the rules of Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the Law which has the closest connection to the dispute.”

<sup>74</sup> As for the “predictability” of Article 42.1 of the ICSID Convention: see CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH AND A. SINCLAIR, *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, pp. 595-596.

<sup>75</sup> Article 35.1 of the PCA Arbitration Rules 2012 provides “The arbitral tribunal shall apply the rules of Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall: (...) c) In cases involving intergovernmental organizations and private parties, have regard both to the rules of the organization concerned and to the Law applicable to the agreement or relationship out of or in relation to which the dispute arises, and, where appropriate, to the general principles governing the Law of intergovernmental organizations and to the rules of general international Law. In such cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the agreement and shall take into account relevant trade usages.”

41. Having in mind the role of the principle of autonomy, in the next section we study the choice of Law made by the parties in the multilateral and bilateral conventional investment regime.

## 2. The Lack of Uniformity of the Choice of Law in the Conventional Investment Regime

42. As regards the multilateral investment practice, EU Member States agreed on the ECT that the disputes arising from this treaty must be decided not only by its provisions, but also by the applicable principles and rules of international Law.<sup>76</sup> This solution is consistent with the practice set forth within the North American Free Trade Agreement (hereinafter: NAFTA),<sup>77</sup> a significant treaty for the purposes of shaping the EU investment regime, if we consider that the EU is currently negotiating trade and investment agreements with Canada and the United States of America, and no Model BIT has been agreed between the EU Member States.

43. The abovementioned multilateral agreements do not envisage the national or municipal Law as part of the applicable Law to an investment dispute. This solution, which has been framed as impractical,<sup>78</sup> does not exclude the eventual consideration of national Law issues by an investment tribunal.<sup>79</sup> The use of the national Law as the applicable Law to an international dispute, in fact, was already accepted by the Permanent Court of International Justice when deciding on the *Serbian Loans* case.<sup>80</sup> In investment arbitration, a tribunal may resort to the national Law of the host State in order to assess if its acts or omissions are in breach of the obligations set forth in the international investment agreement.<sup>81</sup>

44. As for the bilateral investment agreements concluded by the EU Member States, if we consider the Spanish BITs as an example of a very rich and diverse conventional practice,<sup>82</sup> several ideas can be underlined.

45. Firstly, along the same lines of the ECT and the NAFTA, certain BITs set forth that investment disputes need to be addressed by the arbitral tribunal on the basis of these agreements' own provisions and the rules and principles of public international Law.<sup>83</sup> Secondly, in addition, Spanish BITs

<sup>76</sup> Article 26.6 of the ECT establishes that "A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international Law."

<sup>77</sup> Article 1131 of the NAFTA sets forth "1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international Law. 2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section."

<sup>78</sup> CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH AND A. SINCLAIR, *The ICSID Convention...*, *op. cit.*, p. 592.

<sup>79</sup> N. ZAMBRANA TÉVAR, *La determinación del derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 427-450.

<sup>80</sup> The Permanent Court of International Justice found that "it would be scarcely accurate to say that only questions of international law may form the subject of a decision of the Court. (...) (C)ases in which the Court must apply international law will, no doubt, be more frequent, for it is international law which governs relations between those who may be subject to the Court's jurisdiction. (...) The dispute submitted to the Court (...) relates exclusively to a nexus of municipal law between the Serb-Croat-Slovene State as borrower and the holders of certain Serbian loans. (...) The Court cannot base its decision on facts which are outside the scope of the relations existing between the borrowing State and the bondholders" (official translation): see *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, *Recueil des Arrêts, Série A, Nos 20/21*, pp. 18-20.

<sup>81</sup> In the framework of the ECT: see *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. Republic of Azerbaijan* (ICSID Case No. ARB/06/15, Award of 8 September 2009, para. 49); and *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14, Award of 22 June 2010, paras. 60-61).

<sup>82</sup> I. GARCÍA RODRÍGUEZ, "Spanish Practice on Investment Treaties", in C. JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *The Legal Practice in International and Community Law. A Spanish Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 567-598, pp. 591-597. The diversity constitutes a general trend in the BIT conventional practice dealing with the clause on applicable Law: see A. NEWCOMBE AND LL. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, pp. 80-83.

<sup>83</sup> The BIT concluded with Mexico (*Boletín Oficial del Estado* of 3 April 2008, Article XV.1) envisages "Any tribunal constituted under this Section shall decide the disputes submitted to it in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international Law." (own translation). The BITs concluded by Spain are available at <http://www.comercio.es/acuerdos> (last accessed on 6 August 2013).

may also refer to the national Law of the contracting parties.<sup>84</sup> In fact, national Law has been generally considered as part of the applicable Law by investment tribunals when ruling on the merits.<sup>85</sup> Thirdly, these investment agreements may also refer to other relevant international treaties concluded between the contracting parties.<sup>86</sup>

**46.** Spanish BITs may exceptionally adopt certain variations from these formulas. For instance, the Spain-Argentina BIT refers to the general principles of international Law as well as the agreements

<sup>84</sup> The BIT concluded with Albania (*Boletín Oficial del Estado* of 13 February 2004, Art. 11.3) sets forth “The arbitration shall be based on the provisions of this Agreement, the national Law of the Party in whose territory the investment was made, including the rules relative to conflicts of Law, and the rules and generally accepted principles of international Law as may be applicable.” In the same fashion, in alphabetical order, see the BITs concluded by Spain with: Algeria (*Boletín Oficial del Estado* of 8 March 1996, Art. 11.3); Armenia (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Azerbaijan (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Belarus (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Bosnia and Herzegovina (*Boletín Oficial del Estado* of 3 July 2003, Art. 11.4); Colombia (*Boletín Oficial del Estado* of 12 September 2007, Art. 10.9); Dominican Republic (*Boletín Oficial del Estado* of 22 November 1996, Art. 11.2); Ecuador (*Boletín Oficial del Estado* of 10 April 1998, Art. XI.3); Egypt (*Boletín Oficial del Estado* of 30 June 1994, Art. 11.3); Georgia (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Former Yugoslav Republic of Macedonia (*Boletín Oficial del Estado* of 19 February 2007, Art. 11.4); Guatemala (*Boletín Oficial del Estado* of 17 June 2004, Art. 11.3); Equatorial Guinea (*Boletín Oficial del Estado* of 12 January 2004, Art. 11.3); Korea (*Boletín Oficial del Estado* of 13 December 1994, Art. 9.3); Kyrgyzstan (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Lybia (*Boletín Oficial del Estado* of 1 October 2009, Art. 11.3); Montenegro (*Boletín Oficial del Estado* of 4 June 2004, Art. 11.3); Namibia (*Boletín Oficial del Estado* of 18 August 2004, Art. 11.3); Nicaragua (*Boletín Oficial del Estado* of 25 April 1995, Art. XI.3); Poland (*Boletín Oficial del Estado* of 4 June 1993, Art. 11.3); Russian Federation (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Serbia (*Boletín Oficial del Estado* of 4 June 2004, Art. 11.3); Syria (*Boletín Oficial del Estado* of 18 February 2005, Art. 11.3); Slovenia (*Boletín Oficial del Estado* of 11 May 2000, Art. XI.3); Tajikistan (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Turkey (*Boletín Oficial del Estado* of 24 March 1998, Art. IX.3); Turkmenistan (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); Uzbekistan (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 1991, Art. 10.3); and Vietnam (*Boletín Oficial del Estado* of 17 December 2011, Art. 11.3). On the other hand, the BIT concluded with China (*Boletín Oficial del Estado* of 8 July 2008, Article 9.3), only refers to the principles of international Law by envisaging that “The arbitral decisions shall be based on the Law of the contracting party, including its rules on conflict of Laws, on the provisions of the present Agreement, as well as the universally accepted principles of international Law.” (own translation).

<sup>85</sup> In the recent arbitral practice: see *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic* (UNCITRAL, Award of 23 April 2012, para. 140); *Daimler Financial Services AG v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/05/1, Award of 22 August 2012, para. 50); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012, para. 455); and *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca, B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria and ConocoPhillips Company v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits of 3 September 2013, paras. 320-324). In *CMS* the tribunal found that “The specific domestic legislation of Argentina and rules of international Law applied by the Tribunal will be discussed in connection with the issues contended. In addition to the Constitution and the Argentine Civil Code, the gas legislation and regulations will be analyzed, together with the measures adopted under the Emergency Law and other pertinent matters. The Treaty and customary international Law will also be applied in reaching the pertinent conclusions”: see *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 122).

<sup>86</sup> The BIT concluded with Bulgaria (*Boletín Oficial del Estado* of 16 June 1998, Art. XI.4) sets forth “The arbitration shall be based on: The provisions of this Agreement or any other agreements in force between the contracting parties; The universally recognized rules and principles of international Law; The national Law of the contracting party in whose territory the investment was made, including its rules on conflict of Laws.” (own translation). In the same fashion, in alphabetical order, see the BITs concluded by Spain with: Costa Rica (*Boletín Oficial del Estado* of 17 July 1999, Art. XI.4); Croatia (*Boletín Oficial del Estado* of 29 October 1998, Article 11.3); Cuba (*Boletín Oficial del Estado* of 18 November 1995, Article 11.3); El Salvador (*Boletín Oficial del Estado* of 10 May 1996, Article 11.3); Estonia (*Boletín Oficial del Estado* of 15 July 1998, Article 11.3); Gabon (*Boletín Oficial del Estado* of 25 January 2002, Article 11.3); Honduras (*Boletín Oficial del Estado* of 20 July 1996, Article 11.3); India (*Boletín Oficial del Estado* of 3 February 1999, Article 12.4); Jamaica (*Boletín Oficial del Estado* of 13 January 2003, Article 11.2); Jordan (*Boletín Oficial del Estado* of 10 January 2001, Article 11.3); Kazakhstan (*Boletín Oficial del Estado* of 30 April 1996, Article 11.3); Latvia (*Boletín Oficial del Estado* of 5 June 1997, Article 11.3); Lebanon (*Boletín Oficial del Estado* of 22 May 1997, Article 11.3); Lithuania (*Boletín Oficial del Estado* of 25 January 1996, Article XI.3); Moldova (*Boletín Oficial del Estado* of 12 February 2007, Article 11.3); Nigeria (*Boletín Oficial del Estado* of 11 February 2006, Article 12.3); Pakistan (*Boletín Oficial del Estado* of 12 June 1996, Article 11.3); Panama (*Boletín Oficial del Estado* of 23 October 1998, Article XII.3); Paraguay (*Boletín Oficial del Estado* of 9 January 1997, Article 11.3); Peru (*Boletín Oficial del Estado* of 8 March 1996, Article 9.3); Trinidad and Tobago (*Boletín Oficial del Estado* of 19 October 2004, Article 12.4); Ukraine (*Boletín Oficial del Estado* of 5 May 2000, Article 11.3); and Venezuela (*Boletín Oficial del Estado* of 13 October 1997, Article XI.4).

concluded between the parties, while dealing with the international Law applicable to the dispute;<sup>87</sup> the Spain-Czech/Slovak BITs do not mention the principles or rules of international Law as part of the applicable Law;<sup>88</sup> and the Spain-Romania BIT includes the particular agreements concerning the investment within the applicable Law to the arbitration.<sup>89</sup> Finally, certain Spanish BITs are silent with regard to this issue, leaving its definition to the parties to the arbitration,<sup>90</sup> and the arbitral tribunal with the additional task of assessing if the parties had explicitly or implicitly agreed on the applicable Law.<sup>91</sup>

**47.** In addition, Spanish BITs usually envisage a provision giving preference to the most favourable treatment provided for by the host State to the investor not only on a contractual basis,<sup>92</sup> but also should any other international agreement later be concluded between the parties.<sup>93</sup> If the treatment provided for by the EU Treaties to foreign investors were to be considered more favourable than the one granted by the BITs, a proposition that has been rejected by the doctrine<sup>94</sup> and the arbitral tribunal in *Achmea*,<sup>95</sup> these BITs provisions might have an impact on the determination of the applicable Law to investment arbitration.

**48.** The lack of uniformity in the choice of Law may also be ascertained in the bilateral investment practice of other EU Member States. Taking the BITs concluded by the Belgium-Luxembourg Economic Union,<sup>96</sup> France,<sup>97</sup> and Germany,<sup>98</sup> with Argentina as an example, we can identify that the pro-

<sup>87</sup> Article X.5 (*Boletín Oficial del Estado* of 18 November 1992) envisages that “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this agreement and, where appropriate, in accordance with other treaties in force between the parties, the national Law of the party in whose territory the investment was made, including its rules on private international Law, as well as the general principles of international Law.” (own translation). See also Article 10.4 of the BIT concluded with Chile (*Boletín Oficial del Estado* of 19 March 1994); and Article 11.5 of the BIT concluded with Uruguay (*Boletín Oficial del Estado* of 27 May 1994).

<sup>88</sup> Article 10.3 (*Boletín Oficial del Estado* of 7 February 1992) provides for “Arbitration shall be governed by: - The provisions of this Agreement; - The national Laws of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including the rules concerning conflict of Laws; - The provisions of other Agreements entered into by the Parties.”

<sup>89</sup> Article 8.3 (*Boletín Oficial del Estado* of 23 November 1995) establishes that “The arbitration will be based on: The provisions of this Agreement; the rules and principles of international Law as generally accepted; The national Law of the contracting party in whose territory the investment was made, including its rules on conflict of Laws; The special agreements relating to the investment.” (own translation). See also Article 11.4 of the Spain-Morocco BIT (*Boletín Oficial del Estado* of 11 April 2005), notwithstanding that the latter only mentions the general principles (and not the rules) of international Law as part of the applicable Law to the arbitration.

<sup>90</sup> In alphabetical order, see the BITs concluded by Spain with: Hungary (*Boletín Oficial del Estado* of 9 September 1992, Article 10); Indonesia (*Boletín Oficial del Estado* of 5 February 1997, Article 10); Iran (*Boletín Oficial del Estado* of 10 August 2004, Article 11); Kuwait (*Boletín Oficial del Estado* of 1 April 2008, Article 11); Malaysia (*Boletín Oficial del Estado* of 8 March 1996, Article VIII); Philippines (*Boletín Oficial del Estado* of 17 November 1994, Article 9); and Tunisia (*Boletín Oficial del Estado* of 20 July 1994, Article 11).

<sup>91</sup> T. BEGIC, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Utrecht, Eleven International, 2005, pp. 57-80. As it was demonstrated in *Asian Agricultural Products Limited*, problems may arise by referring to the parties’ arguments during the arbitration as a means of defining the applicable Law: see *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, paras. 20-24 and the dissenting opinion of Dr. Asante).

<sup>92</sup> See Article 7 of the BIT concluded with Slovakia.

<sup>93</sup> Article 7 of the BIT concluded with Hungary sets forth “If the provisions of Law of either Contracting Party or obligations under international Law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such regulation shall to the extent that it is more favourable prevail over the present Agreement.” (emphasis added).

<sup>94</sup> CH. SÖDERLUND, “Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration*, vol. 24, No. 5, 2007, 455-468, p. 462; and T. EILMANSBERGER, “Bilateral Investment Treaties...”, *op. cit.*, p. 395.

<sup>95</sup> The tribunal found that “Nor can it be said that the provisions of the BIT are incompatible with EU Law. The rights to fair and equitable treatment, to full protection and security, and to protection against expropriation at least, extend beyond the protections afforded by EU Law; and there is no reason why those rights should not be fulfilled and upheld in addition to the rights protected by EU Law”: see *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010, para. 263).

<sup>96</sup> BIT signed on 28 June 1990 (Article 12.7).

<sup>97</sup> BIT signed on 3 July 1991 (Article 8.4).

<sup>98</sup> BIT signed on 9 April 1991 (Article 10.5).

vision related to applicable Law is similar to the one set forth in the Spain-Argentina BIT. In this vein, the BITs concluded with Argentina must be considered as an exception.

49. The conventional practice is heterogeneous,<sup>99</sup> and the BITs concluded by the abovementioned Member States usually envisage multiple solutions when dealing with the applicable Law.<sup>100</sup> Whereas some BITs concluded by the Belgium-Luxembourg Economic Union<sup>101</sup> and Germany,<sup>102</sup> establish provisions regarding the applicable Law, in line with the Spanish BIT practice; several BITs concluded by France<sup>103</sup> and the United Kingdom<sup>104</sup> are silent.

50. From the conventional practice of the EU Member States, we can conclude the need to set forth a uniform system to designate the applicable Law in the forthcoming EU investment regime, by preferably using an explicit clause providing for the application, in the absence of any designation made by the parties, of the investment agreement, the rules and principles of international Law in force between the parties, and the national Law of the host party.

51. A wording of this kind would offer sufficient grounds to advocate for the consideration of EU Law as applicable Law to an investment dispute, if necessary. Firstly, by referring to the rules and principles of international Law, EU Law could be indirectly incorporated in an investment dispute through the principle of systemic interpretation<sup>105</sup> enshrined in Article 31.1.c) of the VCLT.<sup>106</sup> And, secondly, EU Law could be considered as part of the national Law of the host State. In sum, a clause such as the one set forth in paragraph 50 may allow an investment tribunal to call for the application of EU Law.

### 3. Its Progressive Recognition in the Arbitral Practice

52. The discussions about the consideration of EU Law as applicable Law to investment arbitration have progressively developed as a result of the EU assuming competence regarding the protection of foreign investments, the registration of more investment disputes against EU Member States,<sup>107</sup> and the lack of uniformity of the EU Member States conventional practice.

<sup>99</sup> See the conventional practice of several EU Member States, such as Austria (pp. 15-51); France (pp. 245-288); Germany (pp. 289-319); Italy (pp. 321-346); Netherlands (pp. 535-591); and the United Kingdom (pp. 697-754) in CH. BROWN (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>100</sup> Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 42-49.

<sup>101</sup> For instance, in alphabetical order, the BITs concluded with: Czech Republic (24 April 1989, Article 8.5); Morocco (13 April 1999, Article 11.4); and South Africa (14 August 1998, Article 10.5).

<sup>102</sup> For instance, in alphabetical order, the BITs concluded with: India (10 July 1995, Article 9.2); and Peru (30 January 1995, Article 10).

<sup>103</sup> For instance, in alphabetical order, the BITs concluded with: China (30 May 1984, Article 8); Czech Republic (13 September 1990, Article 10); India (2 September 1997, Article 9); Morocco (13 January 1996, Article 8); and South Africa (11 October 1995, Article 7).

<sup>104</sup> For instance, in alphabetical order, the BITs concluded with: China (15 May 1986, Article 7); Czech Republic (10 July 1990, Article 10); India (14 March 1994, Article 9); Morocco (30 October 1990, Article 10); and South Africa (20 September 1994, Article 8).

<sup>105</sup> S. ROBERT-CUENDET, "Les investissements intracommunautaires. Entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, No. 4, 2011, 853-895, p. 883.

<sup>106</sup> Article 31.3.c) of the VCLT provides "There shall be taken into account, together with the context: (c) any relevant rules of international Law applicable in the relations between the parties." This principle dilutes the risks of fragmentation when interpreting international treaties concluded within an institutional framework: see J.-M. SOREL AND V. BORÉ EVENO, "Article 31: General Rule on Interpretation", in O. CORTEN AND P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, 804-837, pp. 828-829.

<sup>107</sup> According to the official data compiled by UNCTAD, the investment claims brought against the EU Member States amount to 87, in particular: Czech Republic (20); Poland (14); Slovak Republic (11); Hungary (10); Lithuania (5); Bulgaria (3); Croatia (3); Estonia (3); Germany (3); Latvia (3); Slovenia (3); Spain (3); United Kingdom (2); Belgium (1); France (1); Italy (1); and Portugal (1). See UNCTAD, "Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", No. 1, 2013, pp. 29-30 at [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf) (last accessed on 6 May 2013). After the publication of this UNCTAD study, foreign investors have filed ICSID claims against Greece, Slovenia, Croatia,

**53.** The intervention of the European Commission as *amicus curiae* in certain arbitrations has also contributed to the debate. In several cases, EU Member States have faced investment claims attacking the national measures adopted so as to comply with the harmonization duties arising from the European integration process, making the intervention of the Commission necessary to assist the tribunal in identifying any EU rule relevant to the dispute.

**54.** In 2000 the arbitral tribunal hearing on the merits of the landmark *Maffezini* case already had the opportunity to address the role of EU Law in investment arbitration. In fact, when analyzing the international responsibility of the Kingdom of Spain for the delays and the additional costs experienced by the construction and operation of the claimants' project, the tribunal found that no violation of the Spain-Argentina BIT had taken place, since the national Law required the foreign investor to conduct an environmental impact assessment, and the investment project under discussion involved a highly toxic chemical industry.

**55.** The tribunal considered that the obligation to conduct an environmental impact assessment, a duty that the foreign investor circumvented by initiating construction prior to obtaining it, had been implemented by the Spanish authorities in order to comply with EU Law, in particular with Council Directive 85/337/EEC, of 27 June 1985, on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.<sup>108</sup> In *Maffezini* the arbitral tribunal, interpreted the national legislation in light of the EU obligations undertaken by Spain.<sup>109</sup>

**56.** In this case, EU Law had been duly implemented through a Royal Decree by the national authorities, making the tribunal's approach to the applicable Law easier. If Spain had not implemented the EU environmental impact assessment mandate properly, the tribunal might have had to deal with EU Law with more detail and depth in order to assess whether the Spanish authorities had acted in accordance with the national Law and, therefore, the tribunal might have been confronted with the possibility of deciding on the direct applicability of the EU Directive, should it have been sufficiently precise and unconditional, by operation of the principles of primacy and direct effect of EU Law. As we conclude *infra*, in these situations investment tribunals would be encroaching the jurisdictional competences of the ECJ.

**57.** More than a decade after the *Maffezini* award was rendered, the issue of EU Law as part of the applicable Law has become relevant again.<sup>110</sup> The tribunal in *Eastern Sugar* was invited by the respondent

---

Bulgaria, Hungary, France, and Cyprus: see *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case No. ARB/13/8, registered on 20 May 2013); *Impresa Grassetto S.p.A., in liquidation v. Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/13/10, registered on 4 June 2013); *Lieven J. van Riet, Chantal C. van Riet and Christopher van Riet v. Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/13/12, registered on 21 June 2013); *EVN AG v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/13/17, registered on 19 July 2013); *Edenred S.A. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/13/21, registered on 9 September 2013); *Erbil Sertir v. French Republic* (ICSID Case No. ARB/13/22, registered on 10 September 2013); and *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus* (ICSID Case No. ARB/13/27). Moreover, outside the ICSID system, investment disputes have been filed against Spain (*Charanne (The Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Kingdom of Spain* (SCC Case)) and the Czech Republic (*Antaris Solar GmbH and others v. Czech Republic* (UNCITRAL Case)). The total number of investment claims brought against the EU Member States has increased up to 96.

<sup>108</sup> *OJL* 175, of 5 July 1985, p. 40.

<sup>109</sup> The tribunal found that "Particularly noteworthy is the legislation on EIA. Strict procedures in this respect are provided in EEC Directive 85/337 of June 27, 1985 and in Spain's Royal Legislative Decree No. 1302/1986 of June 28, 1986. Chemical industries are specifically required under both measures to undertake an EIA. Public information, consultation with pertinent authorities, licensing and other procedures are also a part thereof. The EEC Directive, like the one that later came to amend it, requires 'that an EIA is undertaken before consent is given to certain public and private projects considered to have significant environmental implications.' Suspension of projects can be ordered under Spanish Law, particularly if work thereon is begun before the EIA is approved": see *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 69).

<sup>110</sup> The role of EU Law in investment arbitration was also at stake in several disputes, although the investment tribunals never addressed this issue: see *Saluka Investments BV v. Czech Republic* (PCA Case, Partial Award of 17 March 2006, paras. 357-358); *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 13 September 2006, para. 50); *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No.

State to consider the application of EU Law,<sup>111</sup> but concluded that both international and national Law applied and made no mention to EU Law in the award.<sup>112</sup> In this context, three recent developments in the arbitral practice may shed some light on how investment tribunals are dealing with this issue.

**58.** In *AES Summit*, an ICSID case based on the provisions of the ECT, the parties agreed on the ECT being the applicable Law.<sup>113</sup> Thus, the tribunal did neither interpret EU Law nor ponder its application to the dispute. In fact, the majority of the tribunal found that the disputed legislative measures undertaken by Hungary with respect to the foreign investor, consisting in the reintroduction of regulated pricing, were “not motivated by pressure from the Commission”,<sup>114</sup> which at that time had initiated investigations in order to assess the compatibility of the contracts negotiated by Hungary and the foreign investor in the electricity sector, with regard to the EU State aid regime.<sup>115</sup>

**59.** In *Achmea*, a case administered by the PCA pursuant to the Netherlands-Slovak BIT and the Rules of Arbitration of the UNCITRAL, the tribunal declared that it could apply EU Law in the merits phase, if necessary.<sup>116</sup> It is unlikely that it made such a finding, if the European Commission had not argued in its *amicus curiae* submission that the tribunal was bound to take EU Law into account. According to the website of the PCA the arbitral tribunal rendered its Final Award on 7 December 2012.<sup>117</sup> Although this award remains unpublished, the investor summarized its basic content and announced the outcome of the arbitration in a press release, confirming that the tribunal had ruled in its favor and had declared a breach of the BIT.<sup>118</sup>

**60.** Finally, in *Electrabel* an ICSID tribunal dealt with the issue of EU Law as part of the applicable Law, since the parties and the European Commission had raised multiple arguments in this regard.<sup>119</sup> In fact, both the respondent and the European Commission had advocated in favor of the consideration of the Commission’s Decision<sup>120</sup> –declaring that the power purchase agreements concluded by Hungary had conferred an illegal State aid on the claimant– as international Law applicable to the arbitration. According to the respondent, the tribunal had to interpret and apply the standards of protection set forth by the ECT in light of EU Law.<sup>121</sup> The tribunal addressed this argument in detail, notwithstanding that the claims brought by the claimant referred to the application of EU Law partially, and did not challenge the validity of the EU Decision.

---

ARB/03/16, Award of 2 October 2006, para. 272); and *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007, paras. 334-336).

<sup>111</sup> The respondent discussed the lack of jurisdiction of the tribunal and the need to apply EU Law by presenting before it two letters sent by the European Commission to the national authorities of the Czech Republic: see *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic* (SCC Case No. 088/2004, Award of 27 March 2007, paras. 119-129).

<sup>112</sup> The tribunal found that “beyond the wording of the BIT, international Law applies, but that the Arbitral Tribunal should consider, before reaching any decision, how nonconflicting provisions of Czech Law might be relevant and, if so, could be taken into account”: see *Ibid.*, para. 197.

<sup>113</sup> *AES Summit Generation Limited & AES-Tizsa Erömü kft v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22, Award of 23 October 2010, paras. 7.6.1-7.6.9).

<sup>114</sup> *Ibid.*, paras. 10.3.15-10.3.18.

<sup>115</sup> See *supra*, footnote 12.

<sup>116</sup> *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010, para. 189).

<sup>117</sup> See [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1414](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1414) (last accessed on 6 May 2013).

<sup>118</sup> See the press release at <https://www.achmea.com/press/Paginas/international-arbitration-tribunal-rules-in-favour-of-achmea.aspx> (last accessed on 6 May 2013).

<sup>119</sup> The respondent discussed the applicability of EU Law thoroughly in its Rejoinder, after having examined the submissions presented by the European Commission acting as *amicus curiae*: see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, para. 4.63).

<sup>120</sup> OJ L 225, of 27 August 2009, p. 53.

<sup>121</sup> *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, para. 4.78).

61. In fact, the tribunal distinguished between the “annulment claim”, which had been brought before the Luxembourg Court, and the “ECT claim” under which it had been constituted. Having made this distinction, it accepted the applicability of EU Law to the arbitration as international Law<sup>122</sup>, only to the extent that it was necessary to interpret the disputed national measures in light of the Decision issued by the European Commission.<sup>123</sup>

62. The tribunal’s decision in *Electrabel* basically followed and developed the argumentative approach that the *Maffezini* tribunal had already taken in 2000. An investment tribunal may consider EU Law as applicable Law as long as it neither interferes with its validity nor rules on its interpretation, being these issues exclusively reserved to the jurisdiction of the Luxembourg Court.<sup>124</sup> Whereas in *Maffezini* EU Law had been incorporated into national Law, in *Electrabel* it was considered as part of international Law.

63. In *Achmea*, pursuant to Article 8.6 of the Netherlands-Slovak BIT, the applicable Law had to be defined among the Law in force of the contracting party concerned; the provisions of the BIT, and other relevant agreements concluded between the contracting parties; the provisions of special agreements relating to the investment; and the general principles of international Law. In *Electrabel* the applicable Law had to be determined among the ECT, and the applicable rules and principles of international Law pursuant to the ECT.

64. In conclusion, in light of the arbitral and conventional practice, the wording already proposed on paragraph 50 would offer sufficient grounds to advocate for the consideration of EU Law as applicable Law to an investment dispute, if necessary, under the future EU investment regime. Consequently, we must turn next to address the necessity of including EU Law as part of the applicable Law in investment arbitration.

#### 4. Is It Necessary to Include EU Law as Part of the Applicable Law in Investment Arbitration?

65. It is no longer necessary to advocate for the consideration of EU Law as a mere fact in investment arbitration,<sup>125</sup> a less invasive argument used by the tribunal in *AES Summit*.<sup>126</sup> The international

<sup>122</sup> As a whole, including not only the EU Treaties, but also *le droit dérivé* (Regulations, Directives, and Decisions).

<sup>123</sup> In paragraph 4.124 of the decision, the tribunal found that “the fact that EU Law is also applied within the national legal order of an EU Member State does not deprive it of its international legal nature. EU Law remains international Law; EU Law is not limited to a treaty but includes a body of Law flowing from the EU Treaties. Legal rules created under the Treaties can apply directly within the different national legal orders, without any further procedural step taken by EU Member States”: see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, paras. 4.119 and 4.124-4.126).

<sup>124</sup> ECJ, Opinion of 8 March 2011, *Draft agreement on the creation of a unified patent litigation system* (Case 1/09), *Rep.*, p. I-1137.

<sup>125</sup> In *Electrabel* the tribunal also declared that “where a binding decision of the European Commission is concerned, even when not applied as EU Law or international Law, EU Law may have to be taken into account as a rule to be applied as part of a national legal order, as a fact”: see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, para. 4.129). It is worth noting that in a case brought by the European Commission against the Slovak Republic before the ECJ, the Luxembourg Court analyzed if the investment contract concluded between a Swiss investor and the host State (Slovak Republic) granting preferential access to the former, could be considered as an investment protected under the Swiss-Slovak BIT: see ECJ, Judgment of 15 September 2011, *European Commission v. Slovak Republic* (Case C-264/09) (*OJ C* 319 of 29 October 2011, p. 2), paras. 43-52. Advocate General Jääskinen endorsed this analysis by declaring that “For the purposes of these infringement proceedings, however, the Court must adopt a certain ‘interpretative reconstruction’ of the elements of the legal situation created by these undertakings, in order to determine whether there is an obligation within the meaning of Article 307(1) EC. Nevertheless, for the Court these legal elements appear as facts relating to the alleged infringement, not as legal norms to be interpreted by the Court”: see Opinion of 15 March 2011, *European Commission v. Slovak Republic* (Case C-264/09), para. 80 (emphasis added).

<sup>126</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22, Award of 23 September 2010, paras. 7.3.4 and 7.6.6).

investment regime<sup>127</sup> and the arbitral practice (*Achmea* and *Electrabel*) have made legally possible to apply EU Law to investment arbitration. The issue that must be dealt with, before examining the implications of that assertion, is whether it is necessary under the forthcoming EU investment regime to include EU Law as part of the applicable Law.

**66.** The debate concerning the applicability of EU Law in investment arbitration has hitherto been invested with an academic profile. As analyzed in paragraphs 58-63, investment tribunals have tipped over it by restraining their interpretative competences and waiving the use of the principle of systemic integration set forth in several BITs. Whilst the EU Member States solely exercised the competence on the protection of foreign investments, investment tribunals need not enter into this complex issue. However, with the EU investment regime under negotiation, it is time to discuss the need to include EU Law in investment arbitration.

**67.** From the international Law standpoint, under the EU investment regime, breaches of an investment treaty could be performed both by the EU Member States and the EU institutions.

**68.** In the first case, an investment tribunal most likely would be assessing the compatibility of the national measures undertaken by the State vis-à-vis the investment. EU Law might be relevant for the settlement of the dispute but, as the arbitral practice has already suggested (*AES Summit*), it could be brought in as a mere fact to the arbitration, automatically eliminating any potential risks for the judicial interpretative monopoly of the ECJ over EU Law.

**69.** On the contrary, should the breach of the investment treaty be attributable to the EU institutions, the investment tribunal might be forced to undertake a legal analysis of *le droit dérivé*. The latter scenario could generate risks for the competences of the ECJ, since the investment tribunal would be invading the exclusive interpretative powers of the Luxembourg Court, as explained in paragraph 56.

**70.** In order to safeguard the judicial monopoly of the ECJ, the EU investment regime could envisage an asymmetric dispute resolution mechanism through which an arbitration tribunal would settle any investment disputes brought against the Member States, whereas the General Court, the ECJ or the Strasbourg Court would settle the disputes brought against the EU institutions in light of the EU Treaties or the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (EConVHR), respectively.<sup>128</sup>

**71.** Under this *de lege ferenda* regime, we could reach the conclusion that EU Law would not be relevant as applicable Law in investment arbitration, being only considered as a fact, when necessary. However, should the EU institutions and its Member States decide to include EU Law as part of the applicable Law, it is worth discussing the impact of this decision at EU level.

**72.** The European Commission would be entitled to intervene in investment arbitration as a non-disputing third party (*amicus curiae*). Until now, the Commission has intervened in several arbitrations, through which it has been allowed to inform the arbitral tribunal about the content and the scope of the EU Law provisions related to the investment dispute.<sup>129</sup>

**73.** From the EU Law perspective, the need to preserve the judicial interpretative monopoly of the Luxembourg Court over EU Law remains a major issue. The doctrine set forth by the ECJ in the *Nordsee* and *Eco Swiss* cases may offer some guidance in order to find procedural solutions to guarantee the fundamental role of this judicial institution within the EU legal system. In *Nordsee*, the ECJ concluded that a national court from a Member State is allowed to refer preliminary rulings while dealing with

<sup>127</sup> See *supra*, footnote 86.

<sup>128</sup> *Boletín Oficial del Estado* of 10 October 1979.

<sup>129</sup> See *supra*, Part II.1, paras. 6-9.

provisional measures or reviewing the validity of an arbitral award, should questions of EU Law arise in these contexts.<sup>130</sup> Further, in *Eco Swiss*, the ECJ faced a preliminary ruling in which a Dutch court had to decide whether to grant the annulment of an arbitration award founded on a failure to observe national rules of public policy. In this case, in light of the “Nordsee doctrine”, the national court asked the ECJ if a failure to comply with the prohibition laid down in Article 81.1 of the Treaty of European Community<sup>131</sup> would qualify as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention.<sup>132</sup> By operation of the “Eco Swiss doctrine”, the restrictions imposed by Article 267 of the TFEU<sup>133</sup> to the referral of preliminary rulings by arbitral bodies might be partially circumvented.

**74.** Following this line of reasoning, it is worth distinguishing, first, between the investment arbitrations initiated under the ICSID system and those administered under other procedural frameworks. And second, between the investment arbitrations whose seat is located on the EU Member States and those administered elsewhere. Should investment arbitrations be initiated under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL, the seat of the arbitration being a Member State,<sup>134</sup> national courts would be entitled to intervene in different phases of the proceedings and, eventually, preliminary rulings might be presented before the Luxembourg Court.<sup>135</sup> In those cases, any threats for the judicial monopoly of the ECJ would vanish by application of the “Eco Swiss doctrine”.<sup>136</sup>

<sup>130</sup> The ECJ noted that “if questions of Community Law are raised in an arbitration resorted to by agreement the ordinary courts may be called upon to examine them either in the context of their collaboration with arbitration tribunals, in particular in order to assist them in certain procedural matters or to interpret the law applicable, or in the course of a review of an arbitration award –which may be more or less extensive depending on the circumstances– and which they may be required to effect in case of an appeal or objection, in proceedings for leave to issue execution or by any other method of recourse available under the relevant national legislation”: see ECJ, Judgment of 23 March 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*. (Case 102/81), *Rep.*, p. 1095, para. 14.

<sup>131</sup> Article 81.1. of the Treaty of the European Community is currently Article 101 of the TFEU, concerning competition Law: “The following shall be prohibited as incompatible with the internal market all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

<sup>132</sup> The Luxembourg Court declared that “a national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary to Article 81 EC (...), where its domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on failure to observe national rules of public policy”: see ECJ, Judgment of 1 June 1999, *Eco Swiss China Time Ltd and Benetton International NV* (Case C-126/97), *Rep.*, p. I-3055, para. 41.

<sup>133</sup> Article 267 of the TFEU envisages that “The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: (a) the interpretation of the Treaties; (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay.”

<sup>134</sup> As the tribunal noted in *Electrabel* “this ICSID arbitration does not have its seat or legal place of arbitration in Hungary or elsewhere in the European Union. Such an arbitral seat could trigger the application of the *lex loci arbitri* and give rise to the jurisdiction of the local courts in regard to the arbitral process, including challenges to the award”: see *Electrabel v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012, para. 4.112).

<sup>135</sup> In *Achmea* –an investment arbitration conducted under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL– the claimants unsuccessfully brought actions against the Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension before the national courts in Germany, the seat of the arbitration being in Frankfurt am Main: see Decision of the Frankfurt Higher Regional Court of 10 May 2012 (26 SchH 11/10), available at <http://www.itaLaw.com/documents/26schh01110.pdf> (last accessed on 7 May 2013).

<sup>136</sup> S.W. SCHILL, “Luxemburg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investment Agreements”, in M. BUNGENBERG, A. REINISCH AND CH. TIETJE (eds.), *EU and Investment Agreements...*, *op. cit.*, 37-54, pp. 51-53.

75. However, access to the ECJ would be barred not only for investment arbitrations initiated under the ICSID system, by reason of its autonomous (self-contained) character,<sup>137</sup> but also for those conducted outside the EU Member States. In these cases, EU Law would not be part of the *lex loci arbitri*, the national courts of the EU Member States would have no chance to invoke the “Eco Swiss doctrine”, and the ECJ would be unable to review the conformity of the decisions taken by these investment tribunals in the context of EU Law.

76. The choice of *forum*, as anticipated in paragraph 32, constitutes an important issue when dealing with the eventual applicability of EU Law in investment arbitration. Travelling the “ICSID route”, notwithstanding the benefits arising from the enforcement provisions set forth by the ICSID Convention,<sup>138</sup> could be detrimental to the judicial dialogue that must be fostered between the ECJ and investment tribunals.

77. Apart from ensuring the compatibility between the investment framework and the exclusive competences of the ECJ, the EU investment regime needs also to reach a compromise concerning the scope of the powers of the Luxembourg Court when interpreting the EU investment agreements. As part of the EU legal system, the interpretation of these agreements would be subject to the ECJ.<sup>139</sup> Any interpretation of their provisions given from Luxembourg, in principle, would not only produce *ad intra* effects (within the EU), but could also have an indirect effect (*ad extra*) in the activity of investment tribunals.

78. A two-way judicial dialogue must be implemented in order to establish a coherent dispute settlement mechanism under the forthcoming EU investment regime.<sup>140</sup> Managing and balancing this judicial dialogue can become a complex affair, but turns out to be a very important asset to protect, if EU Law were finally considered as necessary in investment arbitration. However, as explained in paragraphs 67-71, EU Law could be deliberately excluded from the provisions envisaging the applicable Law when concluding EU investment treaties. In this scenario, investment tribunals would only apply the investment treaty<sup>141</sup> as well as the rules and principles of international Law.

## 5. The Implications Arising from the Acceptance of European Union Law as Applicable Law in Investment Arbitration

79. Finally, we must consider certain implications of the acceptance of EU Law as applicable Law in international investment arbitration, from the standpoint of the European legal system.

80. Firstly, as for the interplay between investment tribunals and the ECJ, it is worthy to recall that an international investment tribunal is not a “court or tribunal of a Member State” within the mea-

<sup>137</sup> Z. DOUGLAS, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *British Yearbook of International Law*, vol. 74 (2003), 152-289, pp. 213-226.

<sup>138</sup> See *supra*, Part II.3, paras. 25-26.

<sup>139</sup> ECJ, Judgment of 30 April 1974, *R. & V. Haegeman v. Belgian State* (Case 181/73), *Rep.*, p. 449, paras. 6-7.

<sup>140</sup> Some traces of this dialogue can already be perceived in the *Atel* case, in which the ECJ made an eccentric interpretation of Article 351.1 of the TFEU (extending its application to individuals) in order to find that the preferential access granted to an investor could be regarded as an investment protected by a BIT and, therefore, was not affected by the provisions of the EU Treaties: see ECJ, Judgment of 15 September 2011, *European Commission v. Slovak Republic* (Case C-264/09), *Rep.*, p. I-8065, paras. 41-53. Should the ECJ have found otherwise, the Slovak Republic would have been forced to modify the terms or effects of the contract at issue, or to deprive that contract of legal effects, in accordance with Article 351.1 of the TFEU. Slovak legislation declaring contracts providing for privileged access to the transmission system invalid and inapplicable would have not altered the fact that the national authority that entered the contract on behalf of the Slovak Republic would have remained bound by the contract at issue. Therefore, the only way for the Slovak Republic to comply with its obligation in this case would have been to enact legislation targeting the national authority and preventing it from implementing that contract, which would have been tantamount to an indirect expropriation of the investor’s right under the contract.

<sup>141</sup> As asserted in paragraph 77, it is yet to be explored the impact that any interpretation of the investment treaty made by the Luxembourg Court could generate in investment arbitration.

ning of Article 267 of the TFEU and, thus, it cannot refer preliminary rulings to the ECJ.<sup>142</sup> It is also true that as long as a tribunal finds no doubt while applying EU Law, in light of the ECJ case Law, no duty to refer a preliminary ruling arises.<sup>143</sup> It follows that, as ruled in the inter-State *Iron Rhine Railway* arbitration,<sup>144</sup> an arbitral tribunal may decide to apply EU Law without having to refer preliminary rulings to the ECJ,<sup>145</sup> provided that the tribunal restrains its activity only to analyzing whether the national measures taken by the host State in light of EU Law are in conformity with the international obligations enshrined in the BIT or the multilateral investment treaty applicable to the dispute.

**81.** Applying EU Law in this context does not threaten the judicial monopoly of the Luxembourg Court over its validity and interpretation.<sup>146</sup> Foreign investors may challenge the validity of a measure adopted by the EU with regard to their investments under the EU judicial system, and its validity with respect to the international investment obligations concluded by the EU before an arbitral tribunal. In order to assess a breach of the latter duties, an investment tribunal needs not to interpret EU Law, but only to ponder if the agreement has been breached.

**82.** However, if investment tribunals were to rule on the application of EU Law under the EU investment regime, as was suggested in paragraph 56, an infringement of the judicial monopoly of the ECJ over the interpretation of EU Law could take place.<sup>147</sup> Judicial comity or deference<sup>148</sup> between investment tribunals and the ECJ constitutes a pivotal element in the forthcoming EU investment regime.<sup>149</sup>

**83.** And secondly, should EU Law be considered as applicable Law to the arbitration, investment tribunals should refer to EU Law only when necessary for the settlement of the dispute. *Ad hoc* Committees have consistently found that in order to annul an arbitral award under Article 52.1.b) of the ICSID Convention for a manifest excess of the tribunal's powers<sup>150</sup> consisting of a failure to apply

<sup>142</sup> ECJ, Judgment of 27 January 2005, *Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA* (Case C-125/04), *Rep.*, p. I-923, para. 13.

<sup>143</sup> ECJ, Judgment of 6 October 1982, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità* (Case 283/81), *Rep.*, p. 3415, paras. 10-11.

<sup>144</sup> *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005 (Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII, p. 35)*. In paragraph 104 of the award, the tribunal found "As to the necessity *vel non* of the Tribunal having to decide issues of EC Law in order to enable it to render its Award, the criteria elaborated in the application of Article 234 of the EC Treaty by national courts and the European Court of Justice will also apply by analogy. In this regard, *not all mention of EC Law brings with it the duty to refer*" (emphasis added). In the same fashion, in *Achmea* the investment tribunal ruled that the ECJ had a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU Law, but it then recalled the *acte clair* doctrine to confirm that EU Law could be applied to the dispute, if necessary: see *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. Slovak Republic* (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010, para. 282).

<sup>145</sup> It is for the ECJ, should EU Member States reform its Statute, to change its case Law and start accepting preliminary rulings presented by investment tribunals: see K. VON PAPP, "Clash of 'Autonomous Legal Orders': Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ", *Common Market Law Review*, vol. 50, No. 4, 2013, 1039-1081; and S.W. SCHILL, "Arbitration Procedure: The Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration", in C. KESSEDIAN (dir.), *Le droit européen...*, *op. cit.*, 129-147, pp. 136-137 and 144-145.

<sup>146</sup> A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 333.

<sup>147</sup> M. BURGSTALLER, "Investor-State Arbitration...", *op. cit.*, pp. 207-221; and A. REINISCH, "Les investissements intra-communautaires. Entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement: concilier l'inconciliable?", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, No. 1, 2013, 179-196, p. 194.

<sup>148</sup> TH. BUERGENTHAL, "The Proliferation of International Courts and the Future of International Law", *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. 5, 2001, 29-44, p. 41.

<sup>149</sup> As one author has already noted, investment tribunals need to "engage" with Luxembourg: see S.W. SCHILL, "Luxembourg Limits...", *op. cit.*, p. 54.

<sup>150</sup> Article 52.1.c) of the ICSID Convention sets forth that "Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (...) (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers."

the applicable Law, at the very least something more than a “serious error” is required.<sup>151</sup> Further, under Article 52.1.e) of the ICSID Convention a failure to state reasons constitutes another ground for annulment,<sup>152</sup> when the reasons provided for the tribunal are so contradictory that they effectively amount to no reasons at all.<sup>153</sup>

**84.** In *AES Summit*, notwithstanding that the parties to the arbitration had agreed on the ECT together with the relevant rules and principles of international Law as being the applicable Law to the arbitration, during the annulment phase the claimant unsuccessfully challenged the award on both grounds, by arguing that the arbitral tribunal had not pondered the impact of Hungarian and EU Law in the arbitration.<sup>154</sup> In other words, if the parties agree on the applicability of EU Law to an investment dispute initiated under the ICSID system, a non-application<sup>155</sup> of this legal system by the tribunal might trigger an annulment proceeding pursuant to Article 52.1.b) of the ICSID Convention.

#### IV. Final Remarks

**85.** As it can be inferred from the present paper, the design of the EU investment regime shall contribute to the development not only of the international investment regime, but also of the rules of public international Law created within the institutional framework of the international system as well as the principle of systemic integration.

**86.** Concerning the first part of the proposition, the EU participation in investment arbitration may consolidate the role played by the Rules of Arbitration of the UNCITRAL and even stimulate the creation of new arbitration *forum* outside the ICSID system. The PCA has recently adapted its arbitration rules in order to enable the institution of disputes in which one of the parties is an International Organization. Keeping in mind the objections raised by certain States to the ICSID system, from the standpoint of the choice of *forum*, and the technical and legal problems faced by the EU under this system, the international investment regime seems to be heading towards a larger decentralization.

**87.** Future international investment agreements negotiated by the EU and its Member States with third States must build bridges and foster the judicial dialogue between the ECJ and the investment tribunals, in order to diminish any potential conflict between these specialized regimes. By resorting to

<sup>151</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (ICSID Case No. ARB/02/7, Decision on the Application for Annulment of 5 June 2007, para. 19).

<sup>152</sup> Article 52.1.e) of the ICSID Convention sets forth that “Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (...) (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.”

<sup>153</sup> *Compañía del Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Application for Annulment of 3 July 2002, para. 64).

<sup>154</sup> As for the arguments presented by the claimant, the *ad hoc* Committee found that “The Tribunal therefore was not required to evaluate the legality of Hungary’s reintroduction of regulated pricing under Hungarian or EU Law, since this was not part of its adopted standard. (...) In any case, as discussed at length above, an error of Law is not a valid basis for annulment. It is not open to *AES* or the *ad hoc* Committee to challenge the correctness of the standards applied by the Tribunal. Further, a tribunal is not required to address every argument invoked by a party if it considers that this argument is not essential in deciding the issue before it”: see *AES Summit Generation v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/22, Decision on the Application for Annulment of 29 June 2012, paras. 174-175).

<sup>155</sup> The *ad hoc* Committee in *MINE* found that Article 42.1 of the ICSID Convention “grants the parties to the dispute unlimited freedom to agree on the rules of law applicable to the substance of their dispute and requires the tribunal to respect the parties’ autonomy and to apply those rules. From another perspective, the parties’ agreement on applicable law forms part of their arbitration agreement. Thus, a tribunal’s disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation from the terms of reference within which the tribunal has been authorized to function. Examples of such derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision *ex aequo et bono*. If the derogation is manifest, it entails a manifest excess of power”: see *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on the Application for Annulment of 14 December 1989, para. 5.03).

*ad hoc* arbitrations initiated under the Rules of Arbitration of the UNCITRAL, foreign investors and the EU might explore procedural avenues capable of establishing a judicial dialogue between national and international tribunals so as to safeguard the *ordre public communautaire*, for instance, by allowing the national courts of the EU Member States to refer preliminary rulings before the Luxembourg Court.

**88.** Foreign investors operating in the territory of the EU Member States shall have at their disposal multiple judicial avenues to settle disputes arising from their investment activities. Apart from the tribunals designed to protect the rights conferred by the future EU investment agreements, investors may resort to the ECJ in order to challenge the validity of the measures taken by the EU against their investment or even hit the road from Luxembourg to Strasbourg, so as to ponder the EU measures in light of the EConvHR. Should parallel proceedings were initiated by the same investors against the EU in two different *forum*, the effects of the decisions rendered by these international tribunals shall be constrained within the institutional framework in which they operate, notwithstanding that they might be used as a circumstantial argument before other tribunals.

**89.** As for the development of the rules of public international Law, it is worth noting that the EU participation in investment arbitration shall contribute to the application and further development of the rules of international responsibility (attribution), Law of the treaties (interpretation and systemic integration), and immunities. Investment tribunals will test the scope of these rules, created within the institutional framework of the international legal system.

**90.** As a result of the legal interaction between these specialized regimes, the development of the Law of the International Organizations will be enhanced as well as enriched. In sum, international investment Law will become more international and less self-contained.

# EL CARÁCTER DISTINTIVO DE LA MARCA TRIDIMENSIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MANUEL REY-ALVITE VILLAR

*Área de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Santiago de Compostela*

Recibido: 15.01.2014 / Aceptado: 21.01.2014

**Resumen:** Junto a los signos distintivos convencionales de los que se puede servir el empresario para operar en el mercado, principalmente denominativos y figurativos, los signos no convencionales adquieren cada vez un mayor peso en la cartera de derechos de propiedad industrial de nuestras empresas. Entre ellos se encuentran las formas tridimensionales, cuya protección marcaría resulta controvertida en tanto que ésta puede ser objeto de protección por diversos derechos de la propiedad industrial e intelectual. Los riesgos derivados de la naturaleza prorrogable de los derechos de marca han propiciado que las instituciones europeas hayan dedicado una atención especial al análisis del carácter distintivo de las formas tridimensionales, esto es, de su capacidad para distinguir productos y servicios en el mercado, criterio básico de registro. A fin de evitar abusos y niveles de protección excesivos, las instancias europeas han llevado a cabo una interpretación más restrictiva de los criterios generales de apreciación del carácter distintivo de las marcas, línea interpretativa de cuyo análisis nos ocupamos en el presente trabajo.

**Palabras clave:** Derecho de marcas, marcas de forma, signos tridimensionales, carácter distintivo.

**Abstract:** Next to those traditional distinctive signs a company can use to operate in the marketplace, mainly word signs and graphical signs, non-traditional signs have also been acquiring an increasing weight in nowadays companies' portfolios of intellectual property rights. Among them we find three-dimensional shapes, for which trademark protection remains controversial since these can also receive protection from a number of intellectual property rights. Risks derived from the extendable nature of trademark rights have made European institutions be particularly cautious in analyzing the distinctive character of three-dimensional shapes, that is their ability to distinguish goods and services in the marketplace, a basic criterium in order to access registration. Aiming to avoid abusive use and excessive levels of protection, European instances have followed a restrictive interpretation of the criteria to determine a sign's distinctive character when shapes are concerned, a line of interpretation in which the present work places its main focus.

**Key words:** Trademark law, shape trademarks, three-dimensional signs, distinctive character.

**Summary:** I. Introducción. II. La marca tridimensional. 1. Caracteres y límites al concepto de marca tridimensional. A) Forma impuesta por la naturaleza del producto. B) Forma necesaria para obtener un resultado técnico. C) Forma que da un valor sustancial al producto. 2. Signos incluidos en el concepto de marca tridimensional. A) Forma tridimensional del envase del producto o de su presentación. B) Forma tridimensional del propio producto. C) Forma tridimensional desvinculada de la forma del producto. 3. Figuras afines a la marca tridimensional. A) Marca de posición. B) Motivo aplicado a la superficie del producto. C) Marca figurativa consistente en la representación bidimensional de la forma del producto. III. El carácter distintivo de la marca tridimensional. 1. Las prohibiciones absolutas de registro. A) Formas no susceptibles de representación gráfica. B) Formas descriptivas y habituales. 2. La prohibición relativa a los signos carentes de carácter distintivo en relación con la marca

tridimensional. A) El carácter distintivo, un concepto dinámico y mutable. a) Formas inherentemente distintivas. b) Formas descriptivas y genéricas. c) Formas banales y excesivamente complejas. d) Caducidad por pérdida de carácter distintivo. B) La prohibición de registro referida a los signos carentes de carácter distintivo. a) La doble tipificación de la prohibición: los apartados a) y b). b) Carácter distintivo mínimo. c) Ausencia de carácter distintivo lato sensu y stricto sensu. La independencia entre las prohibiciones de registro de los apartados b), c) y d). 3. Criterios de apreciación del carácter distintivo de los signos tridimensionales. a) La excepción al principio de aplicación uniforme de los criterios sobre distintividad. Carácter distintivo mínimo y marca tridimensional. b) De los elementos arbitrarios a las diferencias significativas. c) Carácter distintivo en relación con los productos incluidos en la solicitud. d) Impresión de conjunto. e) Percepción del consumidor. f) Diferencias significativas y carácter singular. 4. La adquisición sobrevenida de carácter distintivo de la marca tridimensional. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto el examen de uno de los requisitos esenciales que debe reunir todo signo para obtener la protección del Derecho de marcas, el carácter distintivo, o lo que es lo mismo, la aptitud del signo para distinguir en el mercado los productos y servicios de una empresa de aquellos de sus competidores. En particular, analizaremos las condiciones en que un signo en tres dimensiones, con especial atención a aquellos signos constituidos por la forma del propio producto designado o la del envase que lo contiene, puede considerarse dotado de carácter distintivo y acceder su protección como marca tridimensional.

2. La marca tridimensional presenta una serie de peculiaridades que la separan de las marcas convencionales, principalmente denominativas y gráficas, en tanto que, a diferencia de éstas, una marca tridimensional puede unir en una misma realidad el signo como objeto del bien inmaterial y el medio material en que éste se plasma. Ello puede generar confusión en el consumidor que es destinatario del producto designado, menos acostumbrado a identificar el origen empresarial de los productos que adquiere a través de la forma en que éstos son objeto de presentación en el mercado, lo que puede resultar en un menor grado de carácter distintivo o en su total carencia.

3. A la vista de las dificultades inherentes a esta categoría de signos, las instancias judiciales de la Unión Europea han desarrollado con el tiempo una línea jurisprudencial autónoma concerniente al examen del carácter distintivo de la marca tridimensional. El objeto de nuestro análisis lo centrará, por tanto, el desarrollo y evolución de esta línea interpretativa tanto por las instancias judiciales de la Unión como por parte de la Oficina de Armonización del Mercado Interior.

## II. La marca tridimensional

### 1. Caracteres y límites al concepto de marca tridimensional

4. De conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2008/95/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (en adelante DM) y 4 del Reglamento (CE) N° 207/2009, de marca comunitaria (en adelante RMC), pueden constituir marcas «todos los signos que puedan ser objeto de representación gráfica, y en particular [...] la forma del producto o de su presentación». En el plano nacional, el artículo 4.2.d) de la Ley 17/2001, de marcas (en adelante LM) señala que una marca puede consistir en una forma tridimensional, «entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación». Este enunciado nos indica la posibilidad de registrar como marca toda forma dotada de altura, anchura y profundidad, pues debemos considerar la enumeración contenida en este apartado como meramente ejemplificativa, como se desprende del uso de la expresión «entre las que se incluyen». Ambos enunciados admiten el registro de las formas tridimensionales y, más concretamente, se refieren a dos de las manifestaciones más evidentes

de la marca tridimensional, como son la consistente en la forma del propio producto y la consistente en la forma de su envase. Sin embargo, ambos dejan de lado un tercer tipo de marca tridimensional, en el que se encuadran aquellas marcas consistentes en formas tridimensionales desvinculadas del producto que representan, como pueden ser la insignia de un vehículo o una marca tridimensional representativa de servicios.

5. El concepto de marca tridimensional se completa con tres reglas que han sido incorporadas a la normativa europea como prohibiciones de registro en los artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC cuando, en realidad, estas tres prohibiciones constituyen verdaderos límites intrínsecos y absolutos del concepto de marca tridimensional<sup>1</sup>. Al igual que los restantes signos, las formas tridimensionales deben superar el examen de las prohibiciones absolutas que establece la normativa de registro, con la singularidad de que entre estas prohibiciones figuran una serie de reglas que son únicamente aplicables a las formas tridimensionales, definiendo en conjunto los límites de la protección que el derecho de marcas puede proporcionar a las formas tridimensionales. Así, los artículos 3.1.e) LM y 7.1.e) RMC prohíben el registro de aquellos signos constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto, o por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma que da un valor sustancial al producto. Si bien al objeto de nuestro estudio nos interesan únicamente las implicaciones que estas reglas tienen respecto de las formas tridimensionales, cabe reseñar que el enunciado del artículo se refiere únicamente a «formas», por lo que no cabe excluir su aplicación a determinadas formas bidimensionales<sup>2</sup>. Al margen de esta consideración, no cabe duda de que este precepto distingue a las formas tridimensionales de las restantes categorías de signos, exigiendo para su registrabilidad como marca la superación del examen de criterios específicos destinados a delimitar con claridad bajo qué circunstancias la forma tridimensional es merecedora de protección como marca y qué aspectos de la misma deben quedar fuera de dicha protección.

6. Con independencia de la ubicación elegida por el legislador, debemos entender que un signo en tres dimensiones que se halle incurso en alguno de los motivos de prohibición de registro contenidos en este apartado no puede acceder a protección alguna por parte del Derecho de marcas. Más allá del sistema de registro de marcas, al que no podría acceder en ningún caso pues éste requiere el examen previo de estas prohibiciones específicas, no cabe tampoco defender su protección como marca no registrada en el sentido de los artículos 4.2.d) LM y 8.2.c) RMC, ambos en relación con los dispuesto en el artículo 6bis del Convenio de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial. Estas disposiciones reconocen la protección del Derecho de marcas como marcas anteriores a aquellos signos que, aún no estando registrados en el territorio en que se solicita la protección, son notoriamente conocidos en el mismo. En el caso de los signos tridimensionales, los diferentes intereses generales protegidos bajo cada una de estas reglas deben ser considerados intereses estructurales del sistema de marcas y, por descontado, cobrar más peso que el interés del titular del signo notoriamente conocido, pese al eventual grado de conexión que los consumidores puedan apreciar entre la forma tridimensional y el origen empresarial de los productos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> España ha optado por seguir fielmente el modelo de la Directiva. Sin embargo, en otros países, como los que integran el sistema marcario del Benelux o Alemania, se ha optado en cambio por la inclusión de dichas reglas en la delimitación del propio concepto de marca, lo cual a mi juicio constituye un proceder más acertado y coherente con los intereses objeto de protección. Vid. artículos 2.1.2 de la *Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles)*, de 25 de febrero de 2005, y §3(2) de la *Markengesetz* de 25 de octubre de 1994.

<sup>2</sup> MARCO ARCALÁ propone el ejemplo de los dibujos y combinaciones de colores de una corbata o una vajilla. L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 217.

<sup>3</sup> En estos supuestos, y siempre partiendo de la base de que el signo poseyera efectivamente un cierto carácter distintivo, cabría afirmar la posibilidad de obtener la protección del Derecho de la competencia desleal frente al uso de formas tridimensionales de carácter funcional que pudieran provocar confusión entre los consumidores respecto del origen empresarial de los productos que designan. Sin embargo, la protección por el sistema de competencia desleal sólo sería defendible en supuesto en que el empleo de una forma funcional susceptible de provocar confusión en cuanto al origen empresarial de los productos no resultase necesario a la luz de las formas disponibles que resulten capaces de cumplir idénticas funciones. En este sentido, A. KUR, en W. PRINZ ZU WALDECK UND PYRMONT et al. (Eds.), *Patents and technological progress in a globalized world: Liber amicorum Joseph Straus*, Heidelberg, Springer, 2009, pp. 524 y ss.

7. Este es también el fundamento de la exclusión de los apartados 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC al regular la registrabilidad por *secondary meaning* en los artículos 3.3 DM y 7.3 RMC<sup>4</sup>. Estos artículos salvan la posibilidad de registrar signos incursos en las prohibiciones generales de los respectivos apartados b), c) y d), concernientes a signos carentes de distintividad, descriptivos y genéricos, excepción de la que también puede beneficiarse una forma tridimensional que incurra en dichas prohibiciones. Sin embargo, se excluye conscientemente el registro de un signo tridimensional incurso en alguna de las prohibiciones específicas, con total independencia de que tales signos pudieran haber adquirido la aptitud de diferenciar productos o servicios en el mercado a consecuencia de su uso<sup>5</sup>.

8. A la vista de su relevancia para la delimitación del concepto de marca tridimensional, parece oportuno hacer en esta sede un breve comentario de cada una de estas tres prohibiciones específicas de registro en relación con las formas tridimensionales.

### A) Forma impuesta por la naturaleza del producto

9. Esta primera prohibición se contiene en el inciso primero de los artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC. El fundamento de esta prohibición, relativa a las formas impuestas por la propia naturaleza del producto designado, resulta evidente. Se trata de evitar que por la vía del derecho de marcas se adquiera un monopolio temporalmente ilimitado sobre una categoría de productos. Como señala FERNÁNDEZ-NÓVOA, esta prohibición impide el registro de las formas básicas habitualmente utilizadas en el tráfico económico; trátese de la forma básica de un producto o de la de su envase<sup>6</sup>. La forma impuesta por la naturaleza del producto designado es necesariamente descriptiva de esa categoría de productos, por lo que se trata de proteger intereses fundamentales en un mercado competitivo, al impedir posibles intentos de apropiación sobre la forma de un producto que, por su propia naturaleza, debe presentar necesariamente dicha forma. Este sería el caso, por ejemplo, del registro de la forma tridimensional de una canica, un balón o una manzana, en relación con cada uno de dichos productos. Esta circunstancia parece refrendada por la posición del Tribunal General, que ha tenido ocasión de señalar la inaplicabilidad de esta prohibición en el supuesto de que la forma objeto de la solicitud presente alguna característica que no esté incluida en las restantes formas presentes en el mercado<sup>7</sup>.

### B) Forma necesaria para obtener un resultado técnico

10. La segunda de las prohibiciones específicas que debe superar toda forma tridimensional es la contenida en el inciso segundo de los artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC, que impide el registro de formas que vengan impuestas por motivos de orden técnico. Esta prohibición tiene que ver con la propia naturaleza del derecho de marca, cuya finalidad es proteger aquellos signos que identifiquen el origen empresarial de un producto, y no las especificaciones técnicas del mismo. Esta prohibición busca delimitar los sistemas de marcas y patentes, impidiendo la concesión de un derecho de exclusiva ilimitado temporalmente sobre una forma técnicamente necesaria, pues ello supondría perpetuar un monopolio sobre una solución técnica, con la correlativa subversión de la normativa sobre patentes y modelos de utilidad, cuya limitación temporal es esencial al funcionamiento del sistema de protección de las invenciones<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Vid. *infra*, ap. III.3.

<sup>5</sup> El Tribunal de Justicia ha dejado claro este extremo en su STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 81, Rec. 2002 I-05475, señalando que «*procede destacar que las marcas cuyo registro puede denegarse por las causas enumeradas en el artículo 3, apartado 1, letras b) a d), de la Directiva pueden, con arreglo al apartado 3 de esta misma disposición, adquirir un carácter distintivo gracias al uso que se haya hecho de las mismas. En cambio, un signo cuyo registro se deniegue sobre la base del artículo 3, apartado 1, letra e), de la Directiva no puede adquirir nunca carácter distintivo, a efectos del artículo 3, apartado 3, por el uso que se haya hecho del mismo*».

<sup>6</sup> C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 221.

<sup>7</sup> STPI de 16 de febrero de 2000, asunto T-122/99, Procter & Gamble Company c. OAMI, aps. 55-56, Rec. 2000 II-00265.

<sup>8</sup> Respecto del fundamento de esta prohibición y el conflicto con la protección de las invenciones, el Abogado General RUÍZ-JARABO COLOMER dejó clara su preocupación al elaborar sus Conclusiones en el asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., en cuyo apartado 31 señalaba los siguiente: «*De no existir la letra e)*

**11.** Lo expuesto no significa que resulte imposible la concesión de un derecho de marca sobre una forma que cumpla de alguna manera una función técnica, pero sí endurece el examen de este tipo de formas, denegando aquellas exclusivamente motivadas por razones de orden técnico. El Tribunal de Justicia ha dejado claro, además, que resulta irrelevante la existencia de otras formas que permitan obtener el mismo resultado técnico<sup>9</sup>, pues la norma no valora las especificaciones técnicas de la forma objeto de análisis, sino que se limita a garantizar que un derecho de marca nunca suponga un obstáculo a la disponibilidad en el mercado de formas tridimensionales susceptibles de aplicación técnica.

### C) Forma que da un valor sustancial al producto

**12.** La última de las prohibiciones específicas para el registro de marcas tridimensionales se regula en el inciso tercero de los artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC, e impide el registro como marca de aquellas formas que den un valor sustancial al producto, la conocida en la doctrina norteamericana como «funcionalidad estética»<sup>10</sup>. A través de esta prohibición se trata de trazar los límites entre el sistema de marcas y el sistema de dibujos y modelos industriales, cuya finalidad es fomentar y recompensar los esfuerzos de los operadores económicos encaminados a la obtención de nuevos productos y formas ornamentales<sup>11</sup>.

**13.** Así pues, esta prohibición afecta de manera especial al registro de la forma de aquellos productos cuya apariencia estética incide de manera directa sobre la valoración positiva de los consumidores, así como a los envases o formas de presentación de dichos productos cuyas características ornamentales los hagan más atractivos al consumidor. Cabe mencionar que el Prof. OTERO LASTRES se muestra contrario a considerar que esta regla afecta a los envases y formas de presentación de los productos<sup>12</sup>. Este autor, que se muestra muy crítico con la introducción de esta prohibición, propone una interpretación restrictiva de la misma con apoyo en el supuesto uso conscientemente diferencial de la expresión «producto» por el legislador. De esta manera, únicamente la forma del producto y no la de su envase o su presentación comercial resultarían afectadas por la prohibición. En mi opinión, y aún compartiendo las inquietudes del autor en torno a los efectos en el tráfico de la prohibición, una interpretación de esta naturaleza contraveniría la finalidad de la norma. Si bien es cierto que la forma del producto puede ser moldeada a efectos de agradar más al consumidor y aumentar su potencial de ventas, el escenario más habitual en el mercado es que sean los envases y la presentación comercial del producto los encargados de atraer al consumidor por sus virtudes estéticas, quedando el producto oculto detrás de los mismos<sup>13</sup>. Eliminar de la prohibición los elementos más susceptibles de dar un valor añadido al producto vaciaría de contenido la misma en buena medida sin motivación alguna de fondo, por lo que creo que haría falta más que una interpretación literal de los términos empleados por el legislador para operar dicha restricción<sup>14</sup>.

---

*del artículo 3, apartado 1, se burlaría fácilmente el equilibrio de interés público que debe existir entre la justa recompensa por el esfuerzo innovador, plasmada en la concesión de una protección exclusiva, y el fomento de la evolución industrial, que aconseja imponer un plazo a esa protección, con objeto de que, una vez transcurrido éste, el producto o el diseño de que se trate quede libremente disponible».*

<sup>9</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 81, Rec. 2002 I-05475.

<sup>10</sup> El origen doctrinal de esta teoría puede ser atribuido al American Law Institute, que recogió originalmente esta idea en su §742 Restatement (First) of Torts. Comment a), posteriormente desarrollada, en muy diversos sentidos, por la jurisprudencia norteamericana.

<sup>11</sup> Esta es la fundamentación que encontraba también el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER para la inclusión de esta prohibición de registro en el sistema de la Directiva, como expresa en sus Conclusiones en el asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd, ap. 37.

<sup>12</sup> J. M. OTERO LASTRES, “La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto”, en *ADI* 28 (2007-2008), p. 390.

<sup>13</sup> Como señala Manuel DÍAZ VELASCO, los envases son más susceptibles de adoptar formas nuevas y originales. “Los envases y recipientes como marcas y como modelos industriales”, en *Revista de la Propiedad Industrial*, N° 1, 1953, p. 16.

<sup>14</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tampoco se ciñe a esta restricción y viene realizando el examen de las prohibiciones específicas del apartado e) a solicitudes de marca consistentes en la forma del envase del producto. *Vid.* STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, aps. 29 y ss., Rec. 2004 I-01725.

14. Dicho esto, debe ponerse de relieve la paradoja que opera esta prohibición. Como señala el Prof. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «cabe afirmar que cuanto más atractiva resulte una forma tridimensional, tanto más probable será que la forma no pueda registrarse como marca»<sup>15</sup>. De esta manera, la norma viene a penalizar a los creadores de formas estéticamente más llamativas y atractivas, negando el acceso de dichas creaciones al estatus de marca registrada. En cambio, una forma igualmente novedosa y dotada de carácter singular, por tanto merecedora de protección por el sistema de dibujos y modelos, pero que resulte menos atractiva a ojos del consumidor e incremente en menor medida su potencial de ventas por la vía de la fuerza sugestiva o *selling power* del signo, probablemente no tendrá problemas para obtener su acceso al registro. En cierta medida, podría afirmarse que esta prohibición penaliza a las marcas tridimensionales con mayor potencial de éxito, a la par que no cumple de manera eficiente con la pretendida finalidad de impedir la creación de monopolios sobre formas dotadas de una funcionalidad estética<sup>16</sup>.

## 2. Signos incluidos en el concepto de marca tridimensional

### A) Forma tridimensional del envase del producto o de su presentación

15. El empleo más habitual de la marca tridimensional consiste en el registro como marca de la forma tridimensional del envase, botella, contenedor, envoltorio y demás medios de presentación comercial del producto designado<sup>17</sup>. No cabe duda de que es más sencillo, a fin de diferenciar en el mercado los propios productos de aquellos de los competidores, alterar la forma del medio de presentación utilizado en dichos productos que la propia forma de éstos. Ha de tenerse en cuenta además que la forma del propio producto puede ser inalterable en razón a las características del producto, como sucede con los productos naturales, o es posible que éste deba ser comercializado necesariamente por medio de algún tipo de envase por motivos de practicabilidad, como ocurre con los clavos de carpintería.

16. Por último, que no menos importante, debe tenerse en cuenta que existe una gran variedad de productos que carecen de una forma definida por sí mismos, requiriendo de algún tipo de envase o embotellamiento para su comercialización. Éste es el supuesto de los productos consistentes en fluidos de diversa naturaleza, como zumos, perfumes, geles o cremas. En el caso de estos productos resulta imposible jugar con la forma del producto para diferenciarlo en el mercado, por lo que se potencia la figura del envase como elemento de distintividad, adquiriendo éste un especial valor económico y comercial. Además, ante solicitudes hechas en relación con estos productos, el Tribunal de Justicia ha mantenido que el envase elegido confiere su forma al producto y, por tanto, dicho envase debe asimilarse a la forma del producto a efectos del examen de la solicitud de registro<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., p. 229.

<sup>16</sup> La expresión «forma estéticamente funcional», importada recientemente a la doctrina europea, ha sido acuñada por un sector de la jurisprudencia norteamericana. Vid. R. CALLMANN, *The law of unfair competition, trademarks and monopolies*, 4ª ed., Vol. 3, Callaghan, Mundelein, Illinois, 1989, §19.35.

<sup>17</sup> La posibilidad de registrar como marca la forma del envase que contiene el producto, en España acuñada en su momento como «marca-envase», término introducido en el texto del Estatuto de Propiedad Industrial para referirse precisamente a esta figura a raíz de la reforma del mismo operada por Decreto de 26 de diciembre de 1947, ha sido poco discutida en nuestro país desde los inicios del sistema de marcas. De hecho, ya la Ley de 1902 reconocía en su artículo 22 entre los signos registrables las «cubiertas, envases ó recipientes», mientras que en otras tradiciones jurídicas nos podemos remontar incluso más atrás en el tiempo. En Francia se considera que se produjo el primer registro de un envase como marca (una lata), cuya validez fue reconocida expresamente por Sentencia del Tribunal Civil de la Seine de 6 de febrero de 1835. Lo que sí ha sido objeto de discusión es la concepción que la Ley ofrecía de dicha «marca-envase», pues hasta la promulgación de la Ley de 1988, el Estatuto de Propiedad Industrial prohibía el registro como marca de envases que no contuvieran, grabados o estampados, elementos que los caracterizaran y distinguieran como «marcas-envase». Ello implicaba que en realidad no se estuviese permitiendo el acceso al registro como marca de la forma de un envase, sino el de éste en necesaria combinación con un verdadero elemento distintivo, lo que OTERO LASTRES bautizó con el nombre de «pseudomarca-envase». No se reconocía, por tanto, a los envases (y, por ende, a las formas tridimensionales) aptitud intrínseca para diferenciar productos en el mercado, cumpliendo con la función esencial de la marca, cuestión fuera de toda duda en la actualidad. Para una crítica en mayor profundidad de éste y otros aspectos de la regulación española de la «marca-envase» previa a la Ley de Marcas de 1988, vid. J. M. OTERO LASTRES, «En torno a la figura de la marca-envase», en *ADI I* (1974), pp. 289 y ss.

<sup>18</sup> STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 33, Rec. 2004 I-01725.

## B) Forma tridimensional del propio producto

17. El otro supuesto que prevé expresamente la normativa, tanto nacional como comunitaria, es el de la protección como marca de la forma tridimensional del propio producto designado. Como ya hemos señalado anteriormente, en este supuesto coinciden en una misma realidad signo y producto.

18. Esta cuestión ha sido más debatida entre la doctrina con anterioridad a la publicación de la Primera Directiva de Marcas, principalmente movida por las dudas en torno a la colisión con otros derechos de propiedad industrial o la preocupación por los efectos que pudiera tener en la competencia la concesión de un derecho de exclusiva potencialmente ilimitado en el tiempo sobre la configuración externa de un producto<sup>19</sup>. Sin embargo, en España la ausencia de tipificación expresa de la forma del producto como signo registrable ha supuesto en la práctica la existencia de menores trabas que las que recibía la «marca-envase»<sup>20</sup>.

19. Como también hemos tenido ocasión de destacar con anterioridad, llama la atención el hecho de que las prohibiciones absolutas de registro específicas de las formas tridimensionales<sup>21</sup> se refieran únicamente a la forma del producto, sin mencionar expresamente los envases y demás formas de presentación del producto. Ello ha motivado a un sector de la doctrina a defender la aplicación de dichas prohibiciones con carácter exclusivo respecto de la forma del producto, mientras otros autores mantienen la extensión de las mismas a ambas realidades<sup>22</sup>.

## C) Forma tridimensional desvinculada de la forma del producto

20. Por último, una tercera clase de signos merecedores de protección como marca tridimensional se define por exclusión de las dos anteriores. Son aquellos que, consistiendo en una forma en tres dimensiones, no coinciden ni con la forma del producto designado ni con la de su envase o forma de presentación comercial. En esta tercera categoría se incluyen signos de naturaleza más convencional, como insignias, escudos, relieves y demás distintivos dotados de volumen que identifiquen el origen empresarial de los productos. Asimismo, también deben incluirse aquí aquellas marcas tridimensionales que designen servicios, en tanto que, por definición, éstos carecen de cualquier tipo de representación visual de con la que identificarse.

21. Esta tercera clase de marcas tridimensionales no ha sido recogida expresamente por el legislador, tanto comunitario como nacional. En el caso del legislador nacional, el artículo 1.2.d) LM señala la registrabilidad de «las formas tridimensionales, entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación». Si bien no se refiere a ellas expresamente, este tipo de formas se incluyen sin problema en el concepto amplio de «formas tridimensionales». En cambio, el legislador comunitario sí las obvia por completo, en tanto que los artículos 2 DM y 4 RMC señalan que puede constituir una marca comunitaria «la forma del producto o de su presentación». En el caso de la normativa europea, por tanto, debemos entender que esta categoría de signos son protegibles por la cláu-

<sup>19</sup> A título de ejemplo, Ramón PELLA entendía incompatible la concesión de un modelo industrial sobre la forma del producto con la de una marca, excluyendo completamente la posibilidad de que se pudiera proteger como marca la forma del producto precisamente porque éste era el objeto de protección de los modelos industriales, sin ofrecer más argumentos. R. PELLA, *Tratado teórico-práctico de las marcas de fábrica y de comercio en España*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1911, pp. 92-93.

<sup>20</sup> La doctrina mayoritaria admitía sin reservas la registrabilidad de la forma del producto, *vid.* M. DÍAZ VELASCO, “Los envases...”, *cit.*, pp. 15-16; C. FERNÁNDEZ NÓVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 31-32, mientras que el Tribunal Supremo utilizaba el carácter no exhaustivo del catálogo de signos registrables para admitir la validez del registro como marca de la forma del producto, *vid.* STS de 24 de abril de 1931.

<sup>21</sup> Artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC.

<sup>22</sup> *Vid. supra*, ap. II.3.

sula general de estos preceptos, cuando se refieren a «todos los signos», dado el carácter no exhaustivo de la enumeración que en ellos se lleva a cabo<sup>23</sup>.

**22.** A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en mi opinión es más que discutible que la línea jurisprudencial del Tribunal en relación con las marcas tridimensionales resulte aplicable a esta categoría de signos. La pista nos la da la sentencia dictada en el caso “Storck”, en la que el Tribunal de Justicia se expresó en los siguientes términos:

«Según una jurisprudencia asimismo reiterada, los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del propio producto no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas. No obstante, en el marco de la aplicación de dichos criterios, la percepción del público relevante no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional, constituida por el aspecto del propio producto, que en el caso de una marca denominativa o figurativa, que consiste en un *signo independiente del aspecto de los productos que designa* [la cursiva es propia]»<sup>24</sup>.

**23.** Aunque en este inciso final el Tribunal se refiera a las marcas denominativas y figurativas, el razonamiento que utiliza es en mi opinión igualmente válido para las formas tridimensionales desvinculadas de la forma del producto o de su presentación. En efecto, el consumidor no tiene los mismos problemas para identificar el origen empresarial de un altavoz contemplando únicamente su forma que si lo que observa es un automóvil del que sobresale en su parte delantera la forma tridimensional de una estrella de tres puntas.

**24.** De la misma manera, considero inaplicables las prohibiciones específicas de los artículos 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC a las formas tridimensionales de este tipo. Nunca una forma de esta naturaleza podrá venir impuesta por la naturaleza del producto, pues esta forma es necesariamente ajena al mismo. De la misma manera, no se pueden extender a estas formas las cautelas de los incisos segundo y tercero. En el primer caso, al ser ajenas al producto designado, estas formas son incapaces de cumplir una función técnica en relación con él. Respecto de las formas que dan un valor sustancial al producto, es posible que la adición al producto de una insignia o elemento distintivo dotado de volumen mejore sensiblemente su atractivo estético a ojos del consumidor. Sin embargo, ésta tendría que cobrar tal importancia en la presentación final del producto designado para representar un valor añadido de suficiente entidad como para motivar la aplicación de la prohibición, que realmente deberíamos replantearnos el encaje de dicho signo en esta categoría o entrar a considerarlo parte integrante de la forma del producto.

### 3. Figuras afines a la marca tridimensional

**25.** Junto a las diferentes manifestaciones de la marca tridimensional que acabamos de analizar, existen otras figuras que, sin encajar con comodidad en el concepto de marca tridimensional ni consistir siquiera en formas tridimensionales propiamente dichas, han recibido un tratamiento similar a las mismas por parte del Tribunal de Justicia y los diferentes órganos de registro de marcas. Como ha señalado el Tribunal General, el elemento determinante a efectos de la aplicabilidad de esta línea jurisprudencial no es la calificación del signo como figurativo, tridimensional u otro, sino el hecho de que se confunda con el aspecto del producto designado<sup>25</sup>. Así, en alguno de estos casos el Tribunal se ha referido a estas figuras como si de marcas tridimensionales se tratase, y en otros ha extendido expresamente la línea jurisprudencial de examen de las marcas tridimensionales aún consciente de las diferencias existentes

<sup>23</sup> En la misma línea, el Tribunal de Justicia viene afirmando que puede constituir una marca cualquier tipo de signo que cumpla las tres condiciones del artículo 4 RMC: consistir propiamente en un signo, ser susceptible de representación gráfica y ser capaz de distinguir productos o servicios en el mercado. STJCE de 6 de mayo de 2003, asunto C-104/01, Libertel c. Benelux-Merkenbureau, ap. 23, Rec. 2003 I-03793; de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 37, Rec. 2003 I-03161.

<sup>24</sup> STJCE de 22 de junio de 2006, asunto C-25/05, August Storck KG c. OAMI, aps. 26 y 27, Rec. 2006 I-05719.

<sup>25</sup> STG de 15 de junio de 2010, asunto T-547/08, X Technology Swiss GmbH c. OAMI, ap. 26, Rec. 2010 II-02409.

entre ambas realidades. Por este motivo, considero de interés hacer al menos aquí una breve referencia a estas nuevas figuras marcarias, que probablemente tendrán todavía un largo recorrido hasta su definición como categorías autónomas de signos.

### A) Marca de posición

26. Una «marca de posición» tiene por objeto la protección de un signo bidimensional o tridimensional en el cual un determinado elemento aparece siempre en exactamente la misma posición y tamaño sobre una determinada parte del producto, bien en términos absolutos o proporcionales al tamaño del mismo<sup>26</sup>. En la práctica de la OAMI se han incoado solicitudes de marcas de posición presentadas tanto a título de marcas figurativas como de marcas tridimensionales, lo cual habla de su indefinición actual incluso a ojos de los propios solicitantes pese a su reconocimiento internacional como tipo marcario autónomo<sup>27</sup>.

27. El elemento esencial del objeto de estas marcas no es el signo en sí, sino su ubicación en relación al producto, lo cual podría comportar problemas en cuanto a su consideración siquiera como signos en el sentido de la Directiva de Marcas. De hecho, algunos autores defienden que el signo objeto de la marca de posición debe carecer necesariamente de carácter distintivo intrínseco, sea éste una forma geométrica básica o la aplicación de un color a una región concreta del producto, accediendo al registro únicamente como resultado de la adquisición en el mercado de un *secondary meaning*<sup>28</sup>. Por tanto, se exigiría para su registro una práctica previa y un uso constante de dicho elemento no distintivo en una concreta y constante ubicación del producto designado, que el público objetivo haya llegado a vincular con el tiempo con un determinado origen empresarial. Esta postura no parece, sin embargo, coherente con las posiciones adoptadas por la jurisprudencia europea en este terreno<sup>29</sup>.

28. El Tribunal General entendió aplicables los criterios jurisprudenciales desarrollados para las marcas tridimensionales al enjuiciar una marca identificada en la solicitud como marca de posición y que consistía en la aplicación del color naranja sobre la región de la puntera de un calcetín blanco. El Tribunal General identificó la marca como marca de posición y determinó que «la marca solicitada no puede disociarse de la forma de una parte de ese producto, a saber, de la forma de la puntera de una prenda de calcetería»<sup>30</sup>. Por ese motivo, llega el Tribunal a la conclusión de que la marca se confunde con el aspecto del producto designado y que, en consecuencia, resulta igualmente aplicable la jurisprudencia relativa a las marcas tridimensionales<sup>31</sup>.

### B) Motivo aplicado a la superficie del producto

29. La práctica nos ha mostrado que en ocasiones se pretende el registro como marca de una forma tridimensional que no se presume capaz de distinguir por sí misma el origen empresarial del pro-

<sup>26</sup> En estos términos se expresa la Resolución de la Sala de Recurso de 20 de noviembre de 2002 (Sala Tercera), asunto R 983/2001-3, Roter punkt, ap. 22.

<sup>27</sup> La marca de posición se ha hecho un lugar como tipo marcario autónomo en las directrices incorporadas al Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, adoptado el 27 de marzo de 2006 (Tratado en vigor desde 2009 y Reglamento en vigor desde 2011). Debe tenerse en cuenta que, si bien la mayoría de Estados europeos se han incorporado ya al Tratado, entre ellos España, la Unión Europea no es parte firmante como tal, por lo que sus disposiciones no son aplicables en cualquier caso a la marca comunitaria. Sin embargo, no dejan de ser interesantes las guías adoptadas a fin de garantizar una adecuada representación y registro de las marcas de posición.

<sup>28</sup> S. SHIMIZU, “Opinions on the «Draft Report by the Working Group on New Types of Trademarks»”, disponible en: [www.jipa.or.jp/english/opinion/pdf/090317.pdf](http://www.jipa.or.jp/english/opinion/pdf/090317.pdf) (visitado por última vez el 15.12.13).

<sup>29</sup> M. REY-ALVITE VILLAR, “En torno a la distintividad y ámbito de protección de la marca de posición” en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 853-854.

<sup>30</sup> STG de 15 de junio de 2010, asunto T-547/08, X Technology Swiss GmbH c. OAMI, ap. 28, Rec. 2010 II-02409.

<sup>31</sup> Los matices en la apreciación del carácter distintivo de las marcas de posición en la jurisprudencia comunitaria son objeto de análisis en M. REY-ALVITE VILLAR, “En torno a la distintividad...”, cit., pp. 857 y ss.

ducto designado, por lo que éste se pone en combinación con un elemento de distintividad consistente en aplicar sobre su superficie un motivo figurativo en relieve. La aplicación de este motivo sobre la propia superficie del producto nos impide hablar de una marca mixta que combine dos elementos, en tanto que el motivo aplicado pasa a conformar los mismos contornos de la forma tridimensional. Estamos por tanto ante un único signo, tridimensional, pero dotado de una característica peculiar sobre la que recae la carga de dotar de distintividad a la forma del producto, y sobre la que procederá el examen de la misma.

**30.** Algunos autores han relacionado este fenómeno con el de la marca táctil, en la que el carácter distintivo se pretende por la vía de la percepción táctil del motivo por los consumidores<sup>32</sup>. En mi opinión no resulta acertado confundir las vías por las que ambas marcas pretenden diferenciar el origen empresarial del producto. En las marcas en que se aplica un motivo en relieve a su superficie, o «marcas de superficie» el carácter distintivo se obtiene por la vía de la percepción visual de la forma del producto, al igual que ocurre con las marcas tridimensionales y restantes signos objeto de pacífica aceptación hasta el momento en nuestro derecho de marcas. Lo contrario supondría abrir debates propios de las marcas táctiles, como el de su representación gráfica, que en mi opinión son del todo innecesarios respecto de este tipo de marcas.

**31.** El Tribunal de Justicia ha extendido también expresamente a este tipo de signos la línea jurisprudencial elaborada respecto de la marca tridimensional. En su reciente sentencia en el caso “Freixenet”, en el que se enjuiciaba una marca consistente en la forma de una botella de cava sobre la que aplica un motivo esmerilado blanco, el Tribunal manifestó con claridad que «esta jurisprudencia [...] también es válida cuando, como ocurre en el presente asunto, la marca cuyo registro se solicita es una marca comprendida en la categoría «otras» y constituida por el aspecto específico de la superficie del envase de un producto líquido»<sup>33</sup>.

### C) Marca figurativa consistente en la representación bidimensional de la forma del producto

**32.** Éste es un supuesto especialmente curioso, en tanto que en todo momento resulta claro que el objeto de la solicitud de marca es una marca figurativa y no un signo tridimensional o encuadrable dentro de una categoría ajena a las tradicionales, como podía ocurrir en los casos anteriores.

**33.** El objeto de la solicitud es en este caso una imagen en la que se puede ver la representación gráfica en dos dimensiones del aspecto exterior de un producto. De entrada, cuesta imaginar que un signo como éste pueda ser percibido por el consumidor como una marca, sino más bien como una imagen promocional del producto en la que se podría apreciar la verdadera marca, consista ésta en la forma tridimensional del mismo o en un signo denominativo o figurativo visible sobre su superficie. El Tribunal de Justicia se topó con este escenario en los sucesivos asuntos “August Storck c. OAMI”, en las que se enjuiciaban respectivamente las solicitudes de marca sobre la imagen bidimensional de la forma de un caramelo y la de su envoltorio<sup>34</sup>. En la sentencia recaída en el asunto C-25/05, el Tribunal manifestó en su apartado 29 que «esta jurisprudencia, desarrollada en relación con marcas tridimensionales constituidas por el aspecto del propio producto, también es válida cuando, como ocurre en el presente asunto, la marca solicitada es una marca figurativa constituida por la representación bidimensional de dicho producto». Los motivos son idénticos a los referidos por el Tribunal en los supuestos anteriores, siendo la confusión que se produce entre el signo solicitado y el aspecto de los productos que éste designa la que determina la aplicación de criterios diversos en el análisis de su carácter distintivo.

<sup>32</sup> A. FIRTH, “Signs, surfaces, shapes and structures - the protection of product design under trade mark law”, en *Trademark law and theory: A handbook of contemporary research*, Edward Elgar, Northampton, 2008, p. 512.

<sup>33</sup> STJUE de 20 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-344/10 P y C-345/10 P, Freixenet, SA c. OAMI, no publicado en Rec.

<sup>34</sup> SSTJCE de 22 de junio de 2006, asunto C-24/05, August Storck KG c. OAMI, Rec. 2006 I-05677; de 22 de junio de 2006, C-25/05, August Storck KG c. OAMI, Rec. 2006 I-05719.

### III. El carácter distintivo de la marca tridimensional

#### 1. Las prohibiciones absolutas de registro

34. Al igual que los restantes tipos de marcas, el registro de toda marca tridimensional está sometido al previo examen de una serie de prohibiciones de registro. Por un lado, las prohibiciones absolutas de registro, reflejadas en los artículos 3 DM y 7 RMC, se refieren al signo considerado en sí mismo y protegen intereses generales<sup>35</sup>, como el buen funcionamiento del mercado competitivo y sus repercusiones en los distintos agentes que participan en él, como los distintos operadores económicos y los consumidores y usuarios. Por este motivo, su examen se lleva a cabo de oficio por parte del funcionario encargado del registro<sup>36</sup>. Por otro lado, las prohibiciones relativas de registro, contenidas en los artículos 4 DM y 8 RMC, se refieren a la colisión entre el signo y otras marcas o derechos anteriores y defienden por tanto intereses particulares, sin desmerecer el efecto positivo que en el buen funcionamiento del mercado tiene la defensa de dichos intereses<sup>37</sup>.

35. El objeto de este trabajo consiste en el estudio de las prohibiciones absolutas de registro concernientes a la falta de carácter distintivo en relación con los signos tridimensionales, por lo que nos centraremos entonces en las restantes causas absolutas de denegación de dicho registro que pueden afectar a la marca tridimensional. Los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC contienen un largo listado de prohibiciones, la mayoría de las cuales resultan aplicables a este tipo de marcas, pero algunas de ellas presentan un especial interés y relevancia en relación con los signos tridimensionales, que vamos a analizar brevemente a fin de encuadrar el objeto de nuestro estudio. Ya hemos tenido ocasión de detenernos en las prohibiciones específicas de los apartados 3.1.e) DM y 7.1.e) RMC con ocasión de la delimitación del concepto de marca tridimensional, por lo que a continuación completaremos este análisis previo refiriéndonos a las principales prohibiciones generales que afectan a esta categoría de signos.

#### A) Formas no susceptibles de representación gráfica

36. Por descontado, toda forma tridimensional que pretenda su acceso al registro como marca debe ser capaz de cumplir con los mismos requisitos básicos que los artículos 2 DM y 4 RMC disponen para toda marca, como se desprende de la prohibición de registro relativa a la aptitud del signo para constituir una marca que establecen los artículos 3.1.a) DM y 7.1.a) RMC. Estos requisitos son su susceptibilidad de representación gráfica y su aptitud en abstracto para diferenciar productos y servicios en el mercado.

37. Respecto de la primera de ellas, la regla 3ª, apartado 4 del RERMC<sup>38</sup>, que establece las disposiciones de ejecución del RMC, señala que cuando se solicite el registro de una marca tridimensional, en primer lugar se debe dejar constancia de tal circunstancia en la propia solicitud. El Tribunal de Justicia viene exigiendo que todo signo objeto de registro como marca pueda ser objeto de una representación gráfica, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, que sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva<sup>39</sup>. A tal efecto, en tanto que lo que se exige es una representación bidimensional del objeto del registro como marca, la representación que figure en la solicitud debe consistir en una reproducción fotográfica de la forma tridimensional o en una plasmación gráfica de la marca en la que quede patente que se trata de una figura en tres dimensiones dotada de

<sup>35</sup> En este sentido se expresa la STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-329/02 P, SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH c. OAMI, ap. 25, Rec. 2004 I-08317.

<sup>36</sup> Para la marca nacional española, artículo 20.1 LM, para la marca comunitaria, artículos 36 y 37 RMC.

<sup>37</sup> L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 106 y ss.

<sup>38</sup> Reglamento (CE) 2868/95 de la Comisión de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria.

<sup>39</sup> STCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-273/00, Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt, ap. 55, Rec. 2002 I-11737.

volumen. Asimismo, a fin de garantizar una representación completa del signo, el Reglamento permite adjuntar a la solicitud hasta seis perspectivas diferentes de la marca<sup>40</sup>. De estas previsiones resulta que lo verdaderamente importante es que la persona que visualiza la solicitud sea capaz de componer en su mente una imagen mental precisa del signo en tres dimensiones.

**38.** La descripción adjunta a la solicitud adquiere también una especial relevancia en el caso de las marcas tridimensionales, a fin de delimitar con precisión el verdadero objeto del registro<sup>41</sup>. Cabe destacar en este sentido la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en el caso *Dyson*<sup>42</sup>, en el que la solicitante pretendía el registro como marca del compartimento transparente de una aspiradora. *Dyson* adjuntó a su solicitud una imagen de la aspiradora acompañada de una descripción en la que explicaba que la marca consistía «en un receptáculo o compartimento de recogida transparente que forma parte de la superficie externa de una aspiradora tal como se muestra en la imagen». La marca fue denegada y el caso llegó al Tribunal de Justicia, que llegó a la conclusión de que la solicitud tenía por objeto todas las formas imaginables de un compartimento de recogida transparente que forme parte de la superficie externa de una aspiradora. Esto es, al no delimitar con precisión el verdadero objeto de la solicitud, se debía entender que lo que *Dyson* pretendía con ella era registrar el propio concepto de un compartimento de recogida transparente, y no la concreta forma tridimensional del mismo que presentaba la aspiradora de la imagen. Como señala el Tribunal, un concepto no puede ser considerado un signo en el sentido de la PDM y por tanto no puede constituir el objeto de una solicitud de marca. Y ello por no entrar en la afectación que un registro de este tipo, que en realidad comporta la pretensión de un derecho de exclusiva sobre una regla técnica o funcional, puede tener bajo la óptica de las restantes prohibiciones de registro.

### C) Formas descriptivas y habituales

**39.** Un problema frecuente en relación con las marcas tridimensionales es el carácter descriptivo o habitual del signo tridimensional que integra la solicitud de registro. La prohibición de registro referida a los signos descriptivos, entendidos como aquellos que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio, se contiene en los artículos 3.1.c) DM y 7.1.c) RMC. Por su parte, la prohibición referida a los signos usuales, o que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio se halla establecida en los artículos 3.1.d) DM y 7.1.d) RMC. En ambos casos, el fundamento de la prohibición reside en la incapacidad de estos signos para cumplir la función esencial de la marca, pues al identificarse en cierto grado con la clase de productos que designan, resultan incapaces de diferenciar el concreto origen empresarial del que éstos proceden. Además, en ambos casos debe primar la necesidad de que los signos de esta naturaleza permanezcan a disposición de todos los operadores del mercado para su uso<sup>43</sup>.

**40.** En efecto, cuando hablamos de registrar la forma de un producto o la de su envase nos topamos inmediatamente con la posibilidad de que la categoría de productos para la que se pretende el registro sea identificada por los consumidores con una determinada forma tridimensional, sobre la que estará prohibido conceder un derecho de exclusiva a cualquier agente que participe en el mercado.

<sup>40</sup> En este sentido, tanto la citada Regla 3ª, apartado 4 del RERMC como las *Directrices relativas a los procedimientos ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), Parte B*, publicadas en abril de 2008, p. 9. Por su parte, el Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas establece en su artículo 2.4 que estas seis perspectivas deben ser agrupadas en una única ilustración.

<sup>41</sup> El RELM prevé en su artículo 2.4, inciso final, que la descripción adquiera carácter obligatorio en caso de que la reproducción adjunta no muestre suficientemente los detalles de la marca.

<sup>42</sup> STJCE de 25 de enero de 2007, asunto C-321/03, *Dyson Ltd. c. Registrar of Trade Marks*, Rec. 2007 I-00687.

<sup>43</sup> C. LEMA DEVESA, “Motivos de denegación absolutos”, en A. CASADO CERVIÑO y M. L. LLOBREGAT HURTADO (Coords.), *Comentarios a los reglamentos sobre la marca comunitaria*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

**41.** Ciertas formas tridimensionales son percibidas en el mercado como identificativas de la especie a la que pertenece el producto dotado de esa forma o presentado por medio de esa forma y, como tales, se ven afectadas por un imperativo de disponibilidad que las excluye de ser registradas como marca<sup>44</sup>. Por ejemplo, ante una solicitud de registro concerniente a la forma tridimensional de un *brick* de leche, la concesión de la marca otorgaría un derecho de exclusiva que en la práctica supondría la sustracción a la competencia no ya de una forma de presentación del producto, sino del propio producto (leche en envase ligero), ya que sólo el titular de la marca estaría habilitado para la producción y venta de leche envasada en *bricks*<sup>45</sup>.

**42.** En el terreno de las marcas tridimensionales la valoración de las prohibiciones referentes a los signos descriptivos y habituales debe llevarse a cabo de manera distinta a lo que sucede con otras categorías de signos. En este caso, el objeto del derecho de marca lo constituye la forma del producto o la de su presentación comercial, signos menos aptos de lo que lo pueden resultar una denominación o un elemento gráfico para transmitir mensajes relativos a la calidad, la procedencia geográfica u otras características del producto más allá de su especie<sup>46</sup>. Por este motivo, la principal diferencia entre las prohibiciones relativas a los signos descriptivos y los signos habituales la constituye el hecho de que la forma objeto de la solicitud de registro sea ontológicamente identificativa de la categoría de productos designada, esto es, haya sido vinculada a dichos productos desde la propia existencia de los mismos, o haya adquirido esa vinculación a resultas de su utilización en el mercado, con lo que deviene habitual para identificar tales productos.

## **2. La prohibición relativa a los signos carentes de carácter distintivo en relación con la marca tridimensional**

### **A) El carácter distintivo, un concepto dinámico y mutable**

**43.** El carácter distintivo de una marca es la aptitud de ésta para identificar los bienes o servicios que designa con un determinado origen empresarial, distinguiéndolos de otros bienes o servicios similares presentes en el mercado<sup>47</sup>. Se trata de un rasgo esencial no sólo para la marca, sino para cualquier signo distintivo, del que éstos adquieren su misma denominación.

<sup>44</sup> Al enjuiciar un asunto en el que se pretendía el registro de la forma de una linterna, el Tribunal de Primera Instancia (contradiendo a la Sala de Recurso de la OAMI, que había argumentado su decisión en términos del artículo 7.1.c) RMC) rechazó la registrabilidad de la forma objeto de conflicto en base a su carencia de carácter distintivo, pero manejando la siguiente argumentación: «*dichas formas parecen más bien variantes de una de las formas habituales de las linternas y no formas aptas para diferenciar los productos de que se trata y revelar, por sí mismas, un origen comercial determinado. El consumidor medio está acostumbrado a ver formas análogas a las controvertidas, que ofrecen una amplia gama de diseños. Las formas cuyo registro se ha solicitado no se distinguen de las formas del mismo tipo de productos que generalmente se encuentran en el comercio*». STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-88/00, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 37, Rec. 2002 II-00467. Con independencia de la prohibición formalmente invocada, parece claro que los argumentos del Tribunal coinciden con los que estamos manejando.

<sup>45</sup> M. LOBATO, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas* (2ª ed.), Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 188-189.

<sup>46</sup> El Tribunal de Justicia ha señalado, sin embargo, que aunque pueda resultar difícil identificar tales características, no cabe excluir completamente la posibilidad de que un envase asimilado a la forma de un producto resulte por sí mismo apto para describir algunas características del producto y, en particular, su calidad. STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 42, Rec. 2004 I-01725.

<sup>47</sup> El Tribunal de Justicia así lo ha expresado en varias ocasiones: «*[E]l carácter distintivo de una marca adquirido mediante el uso que se ha hecho de ella significa, al igual que el carácter distintivo que, según el artículo 3, apartado 1, letra b), constituye uno de los requisitos generales exigidos para el registro de una marca, que ésta es apta para identificar el producto para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y, por consiguiente, para distinguir este producto de los de otras empresas*». STJCE de 4 de mayo de 1999, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Windsurfing Chiemsee Produktions- Und Vertriebs GmbH c. Boots Und- Segelzubehor Walter Huber y Franz Attenberger, ap. 46, Rec. 1999 I-02779. En el mismo sentido, STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 35, Rec. 2002 I-05475.

44. El concepto de carácter distintivo es quizás el más fundamental de cuantos maneja el Derecho de marcas, no sólo por su evidente incardinación en el núcleo de la función esencial de la marca<sup>48</sup>, sino también debido a la importancia que tiene su determinación en cada una de las fases de la vida de la misma. Así, la apreciación del carácter distintivo de una marca afecta no sólo a su registrabilidad, sino también al grado de protección que ésta pueda recibir durante la vigencia de dicho registro y al eventual cese de dicha protección por pérdida de distintividad.

45. El carácter distintivo de un signo dista de ser un concepto rígido o inalterable. Más bien al contrario, podemos afirmar que el carácter distintivo es un concepto dinámico, mutable, cuyas alteraciones afectan de manera decisiva a la viabilidad del signo como marca.

#### a) Formas inherentemente distintivas

46. Si bien el concepto legal señala que pueden constituir marcas aquellos signos «que sirvan para distinguir» productos o servicios en el mercado, el Prof. GÓMEZ SEGADE<sup>49</sup> señala acertadamente que las marcas pueden gozar de este carácter distintivo de dos maneras distintas. De un lado de la balanza, es posible hablar de signos que, efectivamente, resulten por sí mismos apropiados para distinguir productos y servicios en el mercado en razón a su origen empresarial. Estos signos se denominan signos inherentemente distintivos o dotados de lo que GÓMEZ SEGADE denomina distintividad ontológica. Utilizando a efectos ejemplificativos la clasificación de las marcas en razón a su grado de aptitud diferenciadora desarrollada en la jurisprudencia norteamericana<sup>50</sup>, entre los signos inherentemente distintivos nos encontraríamos con tres categorías:

- Los signos dotados de mayor fuerza diferenciadora son los llamados signos de fantasía, que son aquellos que carecen de un significado propio. Trasladado al terreno de las formas tridimensionales, estaríamos pensando en formas que no se identifican con la de ningún producto o envase conocido en el comercio, como sucede con los envases de ciertos perfumes, que juegan con formas novedosas e imposibles para atraer la atención del consumidor y distinguir sus productos en el mercado de manera eficiente.
- En segundo lugar, los signos arbitrarios son aquellos que poseen un significado propio, pudiendo identificarse con la denominación o características de algún producto concreto, pero que no guarda relación alguna con el producto efectivamente designado. Formas tridimen-

<sup>48</sup> La jurisprudencia comunitaria ha puesto de relieve la conexión entre ambas en numerosas ocasiones: «Los signos carentes de carácter distintivo a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94 se consideran inapropiados para ejercer la función esencial de la marca, a saber; la de identificar el origen del producto o del servicio, para permitir así que el consumidor que adquiere el producto u obtiene el servicio que la marca designa haga la misma elección al efectuar una adquisición posterior; si la experiencia resulta positiva, o haga otra elección, si resulta negativa». SSTPI de 27 de febrero de 2002, asunto T-34/00, Eurocool Logistik GmbH c. OAMI, ap. 37, Rec. 2002 II-00683; de 25 de septiembre de 2002, asunto T-316/00, Viking-Umwelttechnik GmbH c. OAMI, ap. 25, Rec. 2002 II-03715.

<sup>49</sup> J. A. GÓMEZ SEGADE, “Fuerza distintiva...” cit., p. 349 y ss.

<sup>50</sup> Esta clasificación o test de distintividad fue enunciada en la Sentencia *Abercrombie & Fitch Co v Hunting World Inc*, 537 F. 2d 4 at 11 (2nd Cir., 1976). Con posterioridad, el Tribunal Supremo norteamericano extendió su aplicación a la evaluación del carácter distintivo de las formas de presentación del producto (*trade dress*) en la Sentencia *Two Pesos, Inc. vs. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992). *Vid.* el comentario que de esta última hace el Prof. GÓMEZ SEGADE en “Concepto y protección de la presentación comercial (*trade dress*): ¿Debe seguirse el ejemplo USA en el caso Taco Cabaña?”, en *CJPI*, 1995. Sobre los signos a incluir en cada categoría, *vid.* J. MCCARTHY, *McCarthy on trademarks and unfair competition* (4ª ed.), West Group, Washington, 2009, §11:1 a §11:4. Cabe destacar que el Tribunal Supremo estadounidense rectificó algunas de las posturas de “Two Pesos” en su Sentencia *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.* 529 U.S. 205 (2000), en la que matizó que este test no resulta aplicable al *trade dress* consistente en la forma del producto, al que consideró incapaz de gozar de distintividad inherente. Se trata de una línea jurisprudencial poco consolidada, a menudo criticada e incluso obviada por algunos de los Tribunales de Apelación de los Circuitos, *vid.* Sentencias *Clicks Billiards Inc v Sixshooters Inc*, 58 U.S.P.Q.2d 1881 (9th Cir., 2001); *Sally Beauty Co v Beautyco Inc*, 64 U.S.P.Q.2d 1321 (10th Cir., 2002); *Decorations for Generations Inc v Home Depot USA Inc*, 128 Fed.Appx. 133, 2005, Federal Circuit.

- sionales que reúnan estas características pueden ser la de un plátano para designar bolígrafos o la silueta de un dinosaurio para galletas.
- Por último, en el último peldaño de la distintividad inherente tenemos los signos sugestivos, que son aquellos que, sin indicarlas expresamente, evocan en cierta medida alguna de las características o funciones de los productos designados. Esta circunstancia los convierte en los signos más valiosos desde el punto de vista de su *selling power*, puesto que el consumidor tiende a formar en su mente de forma indirecta la asociación entre marca y producto que no se permite describir. En el campo de las formas tridimensionales nos podemos imaginar un caramelo con sabor a plátano contorneado con la forma de un mono<sup>51</sup>.

### b) Formas descriptivas y genéricas

47. Del otro lado de la balanza nos encontramos con otra serie de signos que no resultan aptos por sí mismos para diferenciar determinados productos o servicios en el mercado, pero que no por ello quedan necesariamente fuera del ámbito de protección del derecho de marcas. Como señala GÓMEZ SEGAGE, una segunda manera de gozar de carácter distintivo es adquirir dicha aptitud diferenciadora como resultado del uso que del signo se hace en el mercado, a través de la institución del *secondary meaning*, de tal manera que se pueden registrar signos que no «sirven» para distinguir, pero que, de hecho, «distinguen»<sup>52</sup>. Aunque volveremos más adelante sobre la cuestión de la distintividad sobrevenida, veamos ahora las dos categorías restantes de signos por debajo del espectro de la distintividad inherente, cuyo acceso a la protección del Derecho de marcas exige una previa consolidación de su uso distintivo en el mercado. Son las siguientes:

- Por un lado, los llamados signos descriptivos, que resultan indicativos de alguna de las características de los productos designados. La diferencia con los signos sugestivos reside en que aquellos llevaban a cabo esta asociación entre marca y producto de manera indirecta, formando una idea en la mente del consumidor, mientras que los signos descriptivos designan directamente dicha característica. Un ejemplo de forma tridimensional descriptiva sería la de un envase con la forma de naranja en el que se comercializase un zumo de naranja.
- Por último, en el escalón más bajo del carácter distintivo nos encontramos con los signos genéricos, que se identifican de manera directa no con alguna de las características del producto, sino con el propio producto. Las formas básicas de cada categoría de productos y sus formas de presentación adquieren esta calificación una vez analizadas como signos, como pueden ser las de un paraguas o una botella de agua mineral. En el caso de las formas tridimensionales, se presenta la peculiaridad de que estas formas básicas no pueden acceder al registro ni constituir marcas, aún pretendiendo la adquisición de un *secondary meaning*, cuando éstas consistan en la forma necesaria del producto, esto es, que resulten impuestas por la misma naturaleza de los productos designados<sup>53</sup>.

### c) Formas banales y excesivamente complejas

48. Junto a esta clasificación podemos añadir otras dos clases de signos a los que tampoco podemos reconocer un carácter distintivo inherente, los signos banales y los excesivamente complejos. La

<sup>51</sup> El Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito utilizó estos caramelos con sabor a plátano para elaborar una completa lista de correspondencias entre los signos que integran el test de distintividad. *Vid.* Sentencia Ashley Furniture Industries c. Sangiacomo NA, 187 F.3d 363 (4th Cir. 1999).

<sup>52</sup> Por este motivo, el autor defendía la redacción del concepto de marca que ofrecía la LM'88, que requería del signo en su artículo 1 que éste «distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona». Ello en contraste con el concepto del artículo 2 PDM, en que se utiliza, al igual que en el 4 RMC, la expresión «que sean apropiados para distinguir», excluyendo la distintividad sobrevenida de las marcas y la protección de las marcas notorias. J. A. GÓMEZ SEGAGE, “Fuerza distintiva...”, cit., pp. 349-350. En la misma línea crítica, J. M. OTERO LASTRES, “La definición legal de marca en la nueva Ley española de Marcas”, en *ADI XXII (2001)*, pp. 205 y ss.

<sup>53</sup> *Vid. supra*, ap. II.1.A).

diferencia entre éstos y los signos genéricos reside en que examen de la distintividad de estos últimos se lleva a cabo siempre en relación con unos concretos productos o servicios, mientras que en el caso de los signos banales y excesivamente complejos esta ausencia de carácter distintivo se presenta en abstracto, esto es, en relación con cualquier categoría de productos<sup>54</sup>.

- Signos banales serían aquellos con un grado de simplicidad tan elevado que no sólo le impiden cumplir con la función esencial de la marca, sino que el interés general recomienda que permanezca a disposición de todos los operadores sin restricción de su uso. Se podría predicar este grado de simplicidad de las formas geométricas tridimensionales más básicas, como el cubo o la esfera. En efecto, no cabe duda de que la marca tridimensional desvinculada de la forma del producto o de su envase no podrá consistir exclusivamente en un cubo o en una esfera<sup>55</sup>. Dicho esto, aunque la OAMI se muestra inflexible a este respecto, quizá en el caso de marcas consistentes en la forma del producto designado o la de su envase resultaría más discutible que estas mismas formas no puedan resultar aptas para cumplir la función de la marca, siempre y cuando difieran de la forma habitual en el mercado de esos mismos productos o sus envases. Por ejemplo, una lata de refresco, género comercializado habitualmente bajo formas cilíndricas, a la que se diera una forma estrictamente cúbica diferiría en tal medida de los usos del mercado que difícilmente podría defenderse que ésta no resultase capaz de cumplir la función esencial de la marca<sup>56</sup>.
- Por su parte, los signos excesivamente complejos se encuentran en el polo opuesto a la simplicidad del signo banal. La excesiva complejidad del signo impide al consumidor aprehenderlo en su totalidad como marca, por lo que resulta igualmente incapaz de cumplir con su función esencial. Formas tridimensionales dotadas de demasiados elementos estructurales o excesivamente ornamentadas pueden considerarse dentro de esta categoría.

**49.** Con todo, existe una notable diferencia entre los signos banales y los signos excesivamente complejos, y es que respecto de estos últimos no existe necesidad alguna de que permanezcan a la libre disposición de todos los competidores en el mercado. Por este motivo, como señala FERNÁNDEZ-NÓVOA<sup>57</sup>, cabría admitir la eventual adquisición de un *secondary meaning* por parte de un signo excesivamente complejo. Evidentemente, a un signo de estas características le resultará más complicado adquirir un carácter distintivo mediante su uso en el mercado, pero no existen razones de interés general para oponerse a los intentos del titular del signo por conseguir dicho fin y acceder al registro.

#### d) Caducidad por pérdida de carácter distintivo

**50.** Podemos terminar este apartado advirtiendo de la posibilidad de que el carácter distintivo de un signo recorra el viaje inverso al que señala el *secondary meaning*. En efecto, los artículos 12.2.a) DM y 51.1.b RMC regulan la hipótesis de que un signo originariamente apto para vincular una determinada procedencia empresarial a los productos y servicios que designa resulte posteriormente desprovisto de esa aptitud diferenciadora con posterioridad. Dicho signo pasaría a designar el género de productos o servicios al que pertenece el producto o servicio que identificaba, provocando la caducidad de la marca.

**51.** Un signo, por tanto, que en principio era inherentemente distintivo, desciende en la escala de distintividad a consecuencia de su uso en el mercado, adquiriendo la calificación de signo genérico. Este

<sup>54</sup> L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación...*, cit., pp. 165-166.

<sup>55</sup> Las *Directrices de la OAMI...*, cit., señalan expresamente en su apartado 7.6.2.2 que «*las formas simples y banales no tienen carácter distintivo*». De la misma manera, la Guía de la OEPM señala en su p. 12 que no se debe aceptar el registro de las marcas «*ni excesivamente simples ni excesivamente complejas*».

<sup>56</sup> Sin embargo, la OAMI hace primar la regla de la disponibilidad de las formas básicas en cualquier categoría de productos, señalando en la p. 46 de sus *Directrices de examen* que «*en cualquier caso*», se debe denegar el registro de estas formas si consisten en formas geométricas básicas o elementos banales.

<sup>57</sup> C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *El sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 124-125.

fenómeno se conoce como vulgarización de la marca, y tiene su desencadenante en las circunstancias que rodean su uso y reconocimiento en el mercado. Estas circunstancias se concretan en dos requisitos cumulativos<sup>58</sup>. Por un lado, un cambio en el comportamiento de los consumidores, que pasan a identificar el signo como la denominación habitual del género de productos y servicios al que pertenecía aquél al que identificaba en origen. Por otro lado, que dicho cambio haya tenido lugar como resultado de la propia conducta del titular del derecho de marca. Esta conducta se puede manifestar a través de una actividad tendente a la transformación de la marca en designación usual de un género de productos y servicios, o bien, más habitual, o bien a través de una actitud pasiva ante el cambio en los hábitos del público objetivo.

**52.** Si bien lo habitual es que sean los signos denominativos los más proclives a la vulgarización, no por ello cabe excluir la posibilidad de vulgarización respecto de otros signos, como los tridimensionales. En este sentido, es digna de elogio la elección de los términos del artículo 55.1.d) LM, que señala la caducidad de una marca cuando ésta se haya convertido en el comercio “en la designación habitual” de los productos o servicios marcados, abriendo la vulgarización a cualquier tipo de signo. Éstos son también los términos de las versiones oficiales en castellano tanto de la DM como del RMC, pero otras versiones oficiales utilizan términos como “name in the trade”<sup>59</sup> o “denominazione commerciale”<sup>60</sup> que han pasado a las legislaciones de los países afectados, sugiriendo su extensión exclusiva a los signos denominativos<sup>61</sup>.

**53.** Si bien no han llegado a nuestra jurisprudencia supuestos de marcas tridimensionales sometidas a vulgarización<sup>62</sup>, el Tribunal de Justicia sí se refirió a la vulgarización de una marca puramente figurativa, consistente en la forma de una gaviota a través de los pespuntos del bolsillo de un pantalón vaquero, cuando resolvió el caso “Levi Strauss”<sup>63</sup>. No existe, por tanto, ninguna razón para entender que la vulgarización no pueda alcanzar a otras categorías de signos. Con toda lógica, si una forma tridimensional puede carecer de carácter distintivo por constituir la forma habitual en el comercio de los productos designados conforme a los artículos 3.1.d) DM y 7.1.d) RMC en el momento en que pretende el registro, perfectamente podrá adquirir dicho carácter habitual con posterioridad al registro, por lo que podrá ser declarada su caducidad en base a este extremo<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> Tanto la DM, en su artículo 12.2.a), como el RMC, en su artículo 51.1.b), optan por este sistema de requisitos cumulativos, denominado subjetivo o mixto. Este sistema coexiste con el llamado sistema objetivo, imperante en el ordenamiento norteamericano, por el que la vulgarización resulta efectiva en el momento en que el público objetivo ha interiorizado el signo como genérico, sin que resulte relevante la actividad del titular de la marca en uno u otro sentido. Vid. J. McCARTHY, *McCarthy on Trademarks*, cit., §17.02.3. Como reflexiona FERNÁNDEZ-NÓVOA, este último resulta más coherente con la naturaleza de la marca como bien inmateral, en tanto que el derecho de marca es un bien objetivado, desligado de la persona de su titular, pero por otra parte también puede provocar la desprotección del titular que llevó a cabo, sin éxito, campañas para prevenir la vulgarización de su marca. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., p. 660.

<sup>59</sup> Artículo 46(1)(c) de la Trade Marks Act de 1994 (Reino Unido).

<sup>60</sup> Artículo 13.4 del Codice della Proprietà Industriale de 2002 (Italia).

<sup>61</sup> De hecho, no falta quien interpreta que la vulgarización afecta únicamente a los signos denominativos. Vid. en este sentido D. KITCHIN / D. LLEWELLYN et. al., *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 14ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2005, §10-099; T. VAN INNIS, *Les signes distinctifs*, De Boeck & Larcier, Bruselas, 1997.

<sup>62</sup> En Derecho comparado sí podemos encontrar algún caso de vulgarización de marcas tridimensionales, como el que resolvió la Corte del Benelux en 1997 a raíz del caso “Beaphar”. En esta sentencia, la Corte aplicó la doctrina de la vulgarización en los siguientes términos: «[S]i le caractère distinctif qu'une marque de forme possédait au moment de son dépôt a déjà complètement disparu au moment de l'emploi de la marque, incriminé par le titulaire comme atteinte à sa marque de forme, le droit à cette marque ne permet plus à son titulaire de s'opposer à cet emploi». Sentencia de la Corte del Benelux de 19 de diciembre de 1997, asunto A 96/2, Beaphar c. Nederma, ap. 22.

<sup>63</sup> STJCE de 27 de abril de 2006, asunto C-145/05, Levi Strauss & Co. c. Casucci SpA, Rec. 2006 I-03703.

<sup>64</sup> También BRAUN se muestra proclive a extender la vulgarización a las marcas tridimensionales, así como otros tipos de signos, aún considerándolo una situación «singular». A. BRAUN / E. CORNU, *Précis des marques*, Larcier, Bruselas, 2009, p. 598.

## B) La prohibición de registro referida a los signos carentes de carácter distintivo

### a) La doble tipificación de la prohibición: los apartados a) y b)

**54.** El requisito de carácter distintivo que debe reunir todo signo ha sido objeto de una polémica doble tipificación como prohibición de registro en los apartados a) y b) de los artículos 3.1.a) DM y 7.1.a) RMC. El alcance de cada una de estas prohibiciones y la posible superposición parcial entre ambas han dado lugar a interpretaciones diversas en doctrina y jurisprudencia que vamos a analizar muy brevemente.

**55.** Por una parte, según se desprende del concepto de marca contenido en los artículos 2 DM y 4 RMC, sólo pueden constituir marcas aquellos signos que sirvan para distinguir productos y servicios en el mercado. Por tanto, el carácter distintivo es un requisito esencial que el signo debe reunir para poder cumplir la función esencial de la marca y acceder al registro como tal. El apartado a) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC prohíben el registro de aquellos signos que no puedan constituir una marca conforme al concepto legal, el cual ya hemos visto que demanda dos requisitos: la susceptibilidad de representación gráfica y la citada aptitud diferenciadora. Por su parte, el apartado b) enuncia la prohibición de registrar signos carentes de distintividad en su tenor literal. Por tanto, es clara la duplicidad parcial en el enunciado de ambas prohibiciones<sup>65</sup>.

**56.** Una redundancia normativa de este tipo no tendría mayor importancia de no ser porque ambas prohibiciones presentan un régimen jurídico distinto. Mientras la del apartado a) constituye una prohibición absoluta en grado máximo, que no presenta excepción alguna, los signos incursos en la prohibición del b) pueden acceder igualmente al registro si se demuestra la adquisición sobrevenida de carácter distintivo según los artículos 3.3 DM y 7.3 RMC<sup>66</sup>. Ello supone que la registrabilidad de un mismo signo desprovisto de carácter distintivo podría depender de la aplicación de una u otra prohibición. A efectos de evitar la arbitrariedad de este resultado se han propuesto diferentes soluciones interpretativas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque nos vamos a centrar únicamente en la línea que ha establecido la jurisprudencia comunitaria.

**57.** Inicialmente, las Salas de Recurso de la OAMI atribuían un contenido diferente a ambas prohibiciones, utilizando la teoría que distingue entre el carácter distintivo en abstracto y el carácter distintivo en concreto, importada de la doctrina alemana<sup>67</sup>. Un signo carece de carácter distintivo en abstracto si éste resulta incapaz de distinguir en el mercado ninguna categoría imaginable de productos y servicios<sup>68</sup>. El apartado a) se dedicaría, según esta interpretación, a este tipo de signos:

«La expresión «todos los signos» del artículo 4 del RMC debe entenderse por tanto, de acuerdo con una interpretación sistemática y teleológica, como un término general amplio y abierto que incluye todos

<sup>65</sup> El origen de la duplicidad reside probablemente en la adaptación directa a la Directiva 89/104/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas (PDM) del contenido prohibitivo del artículo 6 *quinquies* B.2. del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, cuerpo normativo que, a diferencia de los comunitarios, no incluía un concepto de marca. Al incorporar a la regulación el concepto de marca, que en buena lógica impone excluir de registro a los signos que no cumplan sus requisitos, quizá habría resultado deseable enunciar las prohibiciones de registro de manera diferente a como lo hace el Convenio de París.

<sup>66</sup> La adquisición sobrevenida del carácter distintivo no es el único ámbito en que difiere la protección otorgada por uno y otro apartado. Así, cabe también la inclusión en una marca mixta de un elemento incurso en la prohibición del apartado b), siempre y cuando el conjunto de elementos sea en sí mismo distintivo, lo cual no ocurriría con un elemento que consideremos que carece de distintividad conforme al apartado a). Este extremo se desprende de la doctrina del Tribunal de Justicia, *vid.* STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-383/99, Procter & Gamble Company c. OAMI, Rec. 2001 I-06251, y ha sido también positivizado en la legislación de algunos países, como en España (artículo 5.3 LM) o en los países que integran el Benelux (artículo 2.11.2 CBPI).

<sup>67</sup> K-H. FEZER, *Markenrecht*, Beck, Munich, 2009, §8-36 y ss.

<sup>68</sup> R. INGERL / C. ROHNKE, *Markengesetz: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, Beck, Munich, 2010, §8-118.

los tipos concebibles de marcas, incluidas las marcas olfativas, siempre que sean capaces, en abstracto, de distinguir los productos de una empresa de los productos de la competencia»<sup>69</sup>.

**58.** Según esta línea interpretativa, la prohibición del apartado b) se referiría entonces al carácter distintivo en concreto, esto es, en relación con la concreta categoría de productos para los que se solicita el registro, que sólo debía ser objeto de examen una vez superado este primer test de distintividad en abstracto<sup>70</sup>.

**59.** Pese al arraigo de esta teoría entre un sector de la doctrina<sup>71</sup>, la misma ha sido también objeto de duras críticas. No sólo se le ha criticado el carácter más teórico que práctico de esta distinción<sup>72</sup>, sino también la virtual imposibilidad de hallar un signo verdaderamente carente de distintividad en abstracto<sup>73</sup>.

**60.** Esta interpretación desaparece de la línea argumental de las Salas de Recurso de la OAMI coincidiendo con la resolución por el Tribunal de Justicia del caso “Philips/Remington”<sup>74</sup>. En su sentencia, el Tribunal afirmó que «no existe una clase de marcas que tenga un carácter distintivo, por naturaleza o a causa de su uso, que no sea apropiada para distinguir productos o servicios en el sentido del artículo 2 [PDM]»<sup>75</sup>. Este pronunciamiento ha sido interpretado como la exclusión por el Tribunal de toda posible aplicación de la teoría del carácter distintivo en abstracto en el Derecho comunitario<sup>76</sup>. Con todo, la imprecisión del pronunciamiento permite argumentar otras afirmaciones, como que éste sólo se extiende a los signos tridimensionales<sup>77</sup> o que, a un nivel puramente teórico y sin posible aplicación práctica, sigue existiendo la posibilidad de que un signo *no* posea carácter distintivo, ni por naturaleza ni a consecuencia de su uso, con lo que sería rechazado en el examen de los dos apartados.

**61.** Sea como sea, el Tribunal ha rehusado hasta la fecha hacer nuevas valoraciones sobre la distinción entre los apartados a) y b), pese a haber tenido ocasión<sup>78</sup>, y ha reconducido siempre el análisis

<sup>69</sup> Resolución de la Sala de Recurso de 5 de diciembre de 2001 (Sala Tercera), asunto R 711/1999-3, Myles Limited, ap. 27. En el mismo sentido, Resolución de la Sala de Recurso de 18 de diciembre de 1998 (Sala Tercera), asunto R 122/1998-3, Light Green, ap. 17.

<sup>70</sup> Resolución de la Sala de Recurso de 3 de mayo de 2000 (Sala Tercera), asunto R 272/1999-3, Ferragamo, ap. 22: «L'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), RMC, esclude dalla registrazione tutti i marchi, anche quelli di forma, che hanno superato il test dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), ma che sono privi di qualsiasi carattere distintivo, anche se di un gradiente minimo».

<sup>71</sup> Junto a la doctrina alemana a la que nos hemos referido, en nuestro país el Prof. FERNÁNDEZ-NÓVOA ha defendido también la aplicación de esta distinción a la delimitación entre las prohibiciones de los apartados a) y b) del artículo 5.1 LM, equivalentes a los del artículo 3.1 DM. C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., pp. 161-162.

<sup>72</sup> Para consultar un resumen de las críticas doctrinales a esta teoría, *vid.*, L. A. MARCO ARCALÁ, “La tipificación de la falta de carácter distintivo como motivo de denegación absoluto en la nueva Ley de Marcas”, en *ADI XXII (2001)*, p. 137.

<sup>73</sup> GÓMEZ SEGADÉ afirma esta imposibilidad, entendiendo que la distintividad «nunca puede determinarse en abstracto, sino que siempre tendrá carácter relativo porque hay que ponerla en relación con los productos o servicios indicados en el momento de la solicitud y a los que se refiere el signo». J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Fuerza distintiva y secondary meaning en el derecho de los signos distintivos”, en J. J. NAVARRO CHINCHILLA / R. J. VÁZQUEZ GARCÍA (Coords.), *Estudios sobre marcas*, Comares, Granada, 1995, p. 349. Pese al mantenimiento en sus razonamientos de esta línea teórica, es digno de mención el hecho de que las Salas de Recurso de la OAMI nunca llegasen a apreciar la ausencia de carácter distintivo en abstracto en ninguna de las ocasiones en que éste fue examinado.

<sup>74</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., Rec. 2002 I-05475.

<sup>75</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 39, Rec. 2002 I-05475.

<sup>76</sup> M. MONTEAGUDO, “Los requisitos de validez de una marca tridimensional”, en *ADI XXIII (2002)*, p. 399.

<sup>77</sup> L. A. MARCO ARCALÁ, “Comentario al artículo 5”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 150-151.

<sup>78</sup> En efecto, esta cuestión fue objeto, entre otras, de cuestión prejudicial en el asunto “Postkantoor”. El Tribunal de Justicia finalmente se pronunció en su STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-363/99, Koninklijke KPN Nederland NV c. Benelux-Merkenbureau, Rec. 2004 I-01619, reconociendo cierta duplicidad en algunas prohibiciones, pero sólo en las contenidas en los apartados b), c) y d) (ap. 85). Eludía así hacer referencia a la existente entre los apartados a) y b), pese a las vehementes palabras del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER en este sentido: «Es lamentable esta anfibia de la legislación, que

del carácter distintivo por la prohibición del apartado b), dejando el a) para el análisis del requisito de representación gráfica<sup>79</sup> o del concepto de signo<sup>80</sup>. Esta solución interpretativa parece desde luego la más acertada, si bien en el fondo supone soslayar un problema de técnica legislativa que convendría corregir<sup>81</sup>.

### b) Carácter distintivo mínimo

**62.** Según resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, toda marca, y en particular la consistente en la forma del producto, debe presentar un carácter distintivo mínimo para superar la prohibición del apartado b) y obtener la protección del Derecho de marcas<sup>82</sup>. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el carácter distintivo de las marcas presenta una doble vertiente. Por un lado, la de identificar el origen empresarial de los productos y servicios designados; por otro, la de diferenciar los productos y servicios de una empresa de los productos y servicios de las demás. Con todo, la prohibición relativa a los signos carentes de carácter distintivo ha sido interpretada con flexibilidad, entendiéndose suficiente para el registro el mero cumplimiento de esta segunda vertiente de la aptitud diferenciadora<sup>83</sup>. El Tribunal de Primera Instancia ha señalado que debe considerarse que posee carácter distintivo una marca que permita distinguir según su origen los productos o servicios para los cuales se haya solicitado el registro. Pero, a tal efecto, «no es preciso que informe con precisión sobre la identidad del fabricante del producto o del prestador de servicios»<sup>84</sup>. Bastará con que la marca permita que el público interesado distinguir el producto o servicio de los que tienen un origen empresarial distinto, sea éste conocido o no, llegando a la conclusión de que todos los productos o servicios que designa han sido fabricados, comercializados o suministrados bajo el control del titular de esa marca<sup>85</sup>. Esto es básico para apreciar una aptitud diferenciadora inherente en determinados signos tridimensionales, a la vista de la ya mencionada inidoneidad

---

*lleva a contemplar una «aptitud para distinguir» o carácter distintivo potencial (artículo 2), un carácter distintivo concreto [artículo 3, apartado 1, letra b)] y un carácter distintivo como categoría (artículo 3, apartado 3), lo que se añade a las dificultades considerables de delimitación conceptual. [...] La apreciación de cada una de estas condiciones, y en particular la del carácter distintivo de un signo entendido como categoría, es apenas concebible en abstracto. En efecto, los signos son diferenciadores, descriptivos o genéricos en función de los particulares productos o servicios que están llamados a designar y en relación a los cuales se solicita protección». Conclusiones del Abogado General presentadas el 31 de enero de 2002 en el asunto C-363/99, Koninklijke KPN Nederland NV c. Benelux-Merkenbureau, aps. 40 y 41.*

<sup>79</sup> SSTJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-273/00, Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt, Rec. 2002 I-11737; de 6 de mayo de 2003, asunto C-104/01, Libertel Groep BV c. Benelux-Merkenbureau, Rec. 2003 I-03793; de 27 de noviembre de 2003, asunto C-283/01, Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Memex, Rec. 2003 I-14313.

<sup>80</sup> STJCE de 25 de enero de 2007, asunto C-321/03, Dyson Ltd. c. Registrar of Trade Marks, Rec. 2007 I-00687.

<sup>81</sup> En el mismo sentido se manifiesta MARCO ARCALÁ, quien propone la reformulación del apartado a) como prohibición de registro de aquellos signos que no resulten susceptibles de representación gráfica. Con esta solución se evitarían duplicidades e interacciones innecesarias entre las prohibiciones de registro y el concepto de marca. L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación...*, cit., pp. 148-149.

<sup>82</sup> Es el propio Tribunal de Justicia el que utiliza esta expresión en su interpretación: «De los términos del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 se deduce que basta un carácter mínimamente distintivo para que no sea aplicable el motivo de denegación establecido en dicho artículo». STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-473/01 P y C-474/01 P, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 49, Rec. 2004 I-05173.

<sup>83</sup> STPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-335/99, Henkel KGaA, c. OAMI, ap. 44, Rec. 2001 II-02581. La postura del Tribunal de Primera Instancia fue refrendada por el Tribunal de Justicia, aún sin referirse a este extremo en concreto, al resolver el recurso de casación en su STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-456/01 y C-457/01, Henkel KGaA c. OAMI, Rec. 2004 I-05089. Posteriormente, el Tribunal de Justicia reafirmó esta idea en su STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 35, Rec. 2002 I-05475, al afirmar que «para que la marca pueda desempeñar su función de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer, debe constituir la garantía de que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados o prestados bajo el control de una única empresa», señalando así la preponderancia de la aptitud para distinguir sobre la aptitud para designar un origen empresarial determinado.

<sup>84</sup> STPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-335/99, Henkel KGaA, c. OAMI, ap. 43, Rec. 2001 II-02581.

<sup>85</sup> Tal es la conclusión que se extrae de los fundamentos de la STPI de 2 de julio de 2002, asunto T-323/00, SAT.1 SatellitenFernsehen GmbH c. OAMI, ap. 35, Rec. 2002 II-02839: «Del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 40/94 se deduce que basta un carácter mínimamente distintivo para que no sea aplicable el motivo de denegación absoluto establecido en dicha disposición. Por lo tanto, debe analizarse si la marca solicitada permitirá que el público correspondiente distinga los productos o servicios designados con dicha marca de los que tengan otro origen comercial cuando tenga que elegir al adquirir tales productos u obtener tales servicios».

de algunos signos consistentes en la forma del producto o de su presentación para designar el concreto origen empresarial del que procede el producto designado<sup>86</sup>.

*c) Ausencia de carácter distintivo lato sensu y stricto sensu. La independencia entre las prohibiciones de registro de los apartados b), c) y d).*

**63.** Junto a la prohibición del apartado b) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC, relativa a aquellos signos carentes de carácter distintivo, ambos instrumentos introducen otras dos prohibiciones de registro que deniegan igualmente signos que no pueden cumplir con la función esencial de la marca, que como sabemos consiste en diferenciar los productos y servicios de una empresa de aquellos de sus competidores. Se trata de las prohibiciones de los apartados c) y d) de estos mismos preceptos, que impiden el registro de signos descriptivos y usuales, a las que nos hemos referido brevemente con anterioridad.

**64.** Las tres prohibiciones tienen en común el hecho de que los signos que incurran en cualquiera de ellas pueden acceder igualmente al registro en caso de que se pruebe que han adquirido carácter distintivo como resultado de su uso en el mercado. Ello nos indica, en sentido contrario, que tampoco los signos descriptivos y habituales poseen carácter distintivo de manera inherente, o no podrían adquirirlo posteriormente a través de su uso en el mercado. Como refiere algún autor<sup>87</sup>, estas tres prohibiciones conforman, juntas, la protección del sistema de marcas frente a la registrabilidad de signos desprovistos de carácter distintivo *lato sensu*, mientras que la ausencia de distintividad entendida *stricto sensu* conforma el objeto de la prohibición del apartado b)<sup>88</sup>. De hecho, cabe destacar que en algunos países se ha optado por la regulación conjunta de las tres prohibiciones a la hora de adaptar a sus legislaciones nacionales el contenido de las Directivas comunitarias sobre Derecho de marcas<sup>89</sup>.

**65.** El Tribunal de Justicia ha señalado en multitud de ocasiones la necesidad de considerar y analizar cada una de las prohibiciones de registro por separado, pues cada una de ellas posee su propio ámbito de aplicación y protegen sus propios intereses<sup>90</sup>. Las prohibiciones de los apartados c) y d) presentan además cada una de ellas una problemática específica en relación con las formas tridimensionales, y han merecido por ello un trato individualizado en la jurisprudencia. Si bien podemos afirmar que las formas descriptivas y habituales carecen en efecto de carácter distintivo, se trata de condiciones

<sup>86</sup> El Tribunal General llegó incluso a afirmar, al examinar el carácter distintivo del relieve aplicado a la superficie de una botella de cava que se comercializaba sin inscripción alguna, que puesto que ninguna botella se vende sin etiqueta ni mención equivalente, únicamente este elemento denominativo permite determinar el origen del vino espumoso de que se trata, de modo que el color y el bruñido del vidrio de la botella no pueden «funcionar como marca» para el vino espumoso en lo que concierne al público pertinente, cuando no se utilizan en relación con un elemento denominativo. STG de 27 de abril de 2010, asunto T-109/08, Freixenet, SA c. OAMI, aps. 78 y 79, Rec. 2010 II-00066. Esta interpretación fue posteriormente rectificada por el Tribunal de Justicia, al señalar con acierto que una consideración de tal naturaleza suponía el rechazo a la registrabilidad de cualquier envase que no presente una inscripción o un elemento denominativo, lo cual negaría toda distintividad inherente a la marca tridimensional. STJUE de 20 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-344/10 P y C-345/10 P, Freixenet, SA c. OAMI, aps. 50 y 51, no publicada en Rec.

<sup>87</sup> L. A. MARCO ARCALÁ, *Las causas de denegación...*, cit., pp. 138 y ss.

<sup>88</sup> A este respecto se muestra muy expresivo el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER: «[L]as condiciones de las letras b), c) y d) del artículo 3, apartado 1, de la Directiva requieren un examen separado. De ahí que la ausencia de capacidad descriptiva en un signo no prefigure necesariamente que posea carácter distintivo en sentido lato [es decir, como categoría que engloba los supuestos del artículo 3, apartado 1, letras b), c) y d)] y, mucho menos, en sentido estricto [ex artículo 3, apartado 1, letra b)]». Conclusiones del Abogado General presentadas el 31 de enero de 2002 en el asunto C-363/99, Koninklijke KPN Nederland NV c. Benelux-Merkenbureau, ap. 44.

<sup>89</sup> Ejemplos de esta técnica legislativa son el artículo L711-2 del CPIF francés o el artículo 13 del CPII italiano.

<sup>90</sup> STJCE de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG AG, ap. 67, Rec. 2003 I-03161: «En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva se deduce claramente que cada una de las causas de denegación del registro mencionadas en esta disposición es independiente de las demás y exige un examen por separado». En el mismo sentido, SSTJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-363/99, Koninklijke KPN Nederland NV c. Benelux-Merkenbureau, ap. 67, Rec. 2004 I-01619; de 16 de septiembre de 2004, asunto C-329/02 P, SAT.1 SatellitenFernsehen GmbH c. OAMI, ap. 25, Rec. 2004 I-08317; de 21 de octubre de 2004, asunto C-64/02, OAMI c. Erpo MöbelWerk GmbH, ap. 39, Rec. 2004 I-10031.

complejas de ausencia de distintividad. Como ya hemos comentado, protegen intereses autónomos que van más allá de la incapacidad de un signo para cumplir la función diferenciadora, sino que protegen también la libre disponibilidad de dicho signo entre los operadores, lo cual adquiere especial relevancia cuando el signo consiste en la forma del producto o de su presentación. Por tanto, y fin de poder llevar a cabo un análisis en detalle de las prohibiciones referidas a la marca tridimensional, nos referiremos a continuación a los criterios de apreciación del carácter distintivo de las formas tridimensionales en relación con la prohibición del apartado b) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC, relativa a los signos desprovistos de carácter distintivo en sentido estricto.

### 3. Criterios de apreciación del carácter distintivo de los signos tridimensionales

**66.** Como hemos adelantado anteriormente, en la última década se ha ido conformando en la jurisprudencia comunitaria una línea interpretativa autónoma en relación con la aptitud de las marcas tridimensionales para diferenciar productos y servicios en el mercado. Afecta, por lo tanto, a la interpretación del concepto de marca y las prohibiciones de registro tanto de la DM como del RMC y, en virtud de la condición del Tribunal de Justicia como supremo intérprete del Derecho comunitario, la vigencia de esta línea jurisprudencial se extiende igualmente al ámbito de cada una de las legislaciones nacionales que han sido objeto de armonización según la DM.

**67.** Podemos afirmar que esta línea jurisprudencial dio inicio con las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia, ambas de 19 de septiembre de 2001, en los casos “Procter & Gamble” y “Henkel”, en los que se enjuiciaba el carácter distintivo de un signo consistente en la forma de una pastilla de detergente<sup>91</sup>, y en la actualidad se encuentra todavía en continuo desarrollo. También debe reseñarse que estos criterios interpretativos se levantan principalmente sobre el análisis de dos de los tipos de signos objeto de marca tridimensional, como son la forma del producto designado y la forma del envase que contiene a dicho producto en aquellos supuestos en que ésta se identifica con la forma del producto. Si bien el Tribunal de Justicia se refiere habitualmente al carácter distintivo de la forma del producto, el propio Tribunal ha afirmado que esta misma expresión resulta extensible a la valoración del carácter distintivo de la forma del envase que contiene el producto designado, cuando dicho producto carezca de una forma propia:

«[E]xisten otros productos que no tienen una forma intrínseca y cuya comercialización exige un envase. El envase elegido confiere su forma al producto. En tales circunstancias, dicho envase debe asimilarse a la forma del producto, a efectos del examen de una solicitud de registro de marca. Este es el caso, por ejemplo, de los productos fabricados, en particular, en forma de gránulos, de polvo o de líquido que debido a su propia naturaleza carecen de una forma propia»<sup>92</sup>.

**68.** En cambio, afirma el Tribunal de Justicia que los criterios sobre distintividad no son extensibles a la forma del envase que contiene el producto cuando no exista una relación lo suficientemente estrecha entre ambos, como puede suceder con una bolsa de patatas fritas o una caja de clavos<sup>93</sup>. Con todo, como hemos tenido ocasión de indicar al estudiar los distintos tipos de signos tridimensionales, su aplicación se ha extendido puntualmente a signos distintos de la forma del producto en sí misma considerada, algunos de los cuales no son ni siquiera propiamente tridimensionales<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> SSTPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-129/00, Procter & Gamble Company c. OAMI, Rec. 2001 II-02793; de 19 de septiembre de 2001, asunto T-335/99, Henkel KGaA c. OAMI, Rec. 2001 II-02581. La primera de las citadas, en su apartado 42, comenzaba la fundamentación de su examen del carácter distintivo de la pastilla de detergente advirtiendo que, pese a que el RMC reconocía expresamente la registrabilidad como marca de la forma del producto, «no obstante, la aptitud general de una categoría de signos para constituir una marca no implica que los signos pertenecientes a esa categoría tengan necesariamente carácter distintivo con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 40/94, en relación con un producto o un servicio determinado».

<sup>92</sup> STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 32, Rec. 2004 I-01725.

<sup>93</sup> Ídem.

<sup>94</sup> Vid. *supra*, ap. II.4.

**69.** A continuación vamos a intentar desgranar y sistematizar los distintos criterios interpretativos que conforman esta línea jurisprudencial.

*a) La excepción al principio de aplicación uniforme de los criterios sobre distintividad. Carácter distintivo mínimo y marca tridimensional*

**70.** Es jurisprudencia asentada del Tribunal de Justicia que los criterios de apreciación del carácter distintivo no deben variar entre los distintos tipos de signos. Ello quiere decir que los mismos criterios que se aplican para una tipología de marcas deben aplicarse para las demás, sin establecer exigencias más severas respecto de ninguna de ellas<sup>95</sup>. Sin embargo, nada más enunciar este principio en “Henkel”, el Tribunal de Primera Instancia hizo enseguida un importante matiz, sobre el que se asientan los fundamentos de la línea jurisprudencial comentada:

«No obstante, a efectos de la aplicación de dichos criterios, procede tener en cuenta el hecho de que la percepción del público interesado no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional constituida por la forma y los colores del propio producto que en el caso de una marca denominativa, figurativa o tridimensional que no esté constituida por la forma del producto. En efecto, mientras que el público está acostumbrado a percibir inmediatamente estas últimas marcas como signos identificadores del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del propio producto»<sup>96</sup>.

**71.** Como, vemos, el Tribunal de Primera Instancia avanzaba de esta manera la posibilidad de que el carácter distintivo de la forma del producto pudiera ser analizada según sus propios criterios. Aunque todavía no lo afirmaba, el hecho de que el público consumidor de los productos marcados no esté acostumbrado a percibir la forma del producto como identificador del origen empresarial de los mismos sólo puede derivar en la aplicación de criterios, de ser éstos propios, más estrictos o cautelosos, a efectos de asegurar que el signo objeto de conflicto resulte capaz de cumplir con la función esencial de la marca. Abundando en esta idea, el Tribunal de Justicia afirmaría más adelante que el carácter distintivo de una marca constituida por la forma de un producto puede resultar más difícil de acreditar que el de una marca denominativa o figurativa<sup>97</sup>. Con todo, el propio Tribunal ha afirmado que la mayor dificultad que puede producir la apreciación concreta del carácter distintivo de ciertos signos no convencionales no puede justificar, en ningún caso, una presunción de ausencia de distintividad, lo cual debe ser aplicable igualmente a la valoración de la forma del producto<sup>98</sup>.

**72.** Posteriormente, de nuevo el Tribunal de Primera Instancia daba un paso más en la interpretación sostenida en “Henkel” al resolver el caso “Mag Instrument”, en el que se pretendía el registro como marca de la forma de una linterna doméstica. Tras reiterar las dificultades del consumidor medio

<sup>95</sup> STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-88/00, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 32, Rec. 2002 II-00467: «[E]l artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 40/94, que prevé la denegación del registro de las marcas que carecen de todo carácter distintivo, no distingue entre diferentes clases de marcas. Por consiguiente, al apreciar el carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma de los propios productos, como las solicitadas en el caso de autos, no procede aplicar criterios, o imponer exigencias, más severos que los criterios o exigencias aplicados a otras clases de marcas». También en relación con las formas tridimensionales, STJCE de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 49, Rec. 2003 I-03161; en relación con el signo consistente en la representación gráfica de la forma del producto, STPI de 6 de marzo de 2003, asunto T-128/01, DaimlerChrysler Corporation c. OAMI, ap. 38, Rec. 2003 II-00701; en relación con los eslóganes, STPI de 11 de diciembre de 2001, asunto T-138/00, Erpo Möbelwerk GmbH c. OAMI, ap. 44, Rec. 2001 II-03739; en relación con los nombres de personas, STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-404/02, Nichols plc c. Registrar of Trade Marks, ap. 25, Rec. 2004 I-08499.

<sup>96</sup> STPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-335/99, Henkel KGaA, c. OAMI, ap. 46, Rec. 2001 II-02581

<sup>97</sup> STJCE de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 48, Rec. 2003 I-03161.

<sup>98</sup> La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado en este sentido a la hora de valorar el carácter distintivo de un eslogan, STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-404/02, Nichols plc c. Registrar of Trade Marks, ap. 29, Rec. 2004 I-08499; y el de un signo consistente en una sola letra, STPI de 13 de junio de 2007, asunto T-441/05, IVG Immobilien AG c. OAMI, ap. 40, Rec. 2007 II-01937.

para percibir la forma del producto como signo, el Tribunal de Primera Instancia afirmaba que «las exigencias sobre el carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del producto no pueden ser inferiores a las relativas a las marcas denominativas, puesto que el consumidor está acostumbrado a centrar su atención en éstas»<sup>99</sup>.

**73.** Tras advertir el Tribunal de Primera Instancia de las peculiaridades de los signos constituidos por la forma del producto y afirmar que los criterios a utilizar en el examen de la marca tridimensional no pueden ser inferiores a los, según el principio de aplicación uniforme, constantes criterios de apreciación del carácter distintivo de los signos convencionales, el paso siguiente lo dio el Tribunal de Justicia. Fue al resolver un recurso de casación en el caso “Procter & Gamble”, en el que, reafirmando una interpretación previa vertida en el caso “Henkel”<sup>100</sup>, dejó claro que los criterios de apreciación del carácter distintivo no podían ser los mismos en el caso de las marcas tridimensionales consistentes en la forma del producto que los aplicables a los restantes signos:

«[C]uanto más se acerque la forma cuyo registro se solicita a la forma más probable que tendrá el producto de que se trata, más verosímil será que dicha forma carezca de carácter distintivo [...] Sólo una marca que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no está desprovista de carácter distintivo a efectos de la citada disposición»<sup>101</sup>.

**74.** La adición de la expresión «sólo», implica que lo expuesto no es un mero pronunciamiento interpretativo, sino un verdadero requisito adicional. Aunque el Tribunal de Justicia continúa reafirmando a día de hoy la idea de que los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del propio producto no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas<sup>102</sup>, resulta evidente que esta afirmación no se corresponde ya con la realidad. Como veremos a continuación, a las marcas tridimensionales, y en particular a aquellas consistentes en la forma del producto, se les aplica de hecho un *test* de distintividad específico y más estricto que el utilizado para el examen de los signos convencionales, como son los denominativos o gráficos. El principal criterio de este *test* es precisamente la exigencia de que la forma propuesta presente diferencias significativas con las formas habituales en la categoría de productos para la que se solicita la marca.

#### *b) De los elementos arbitrarios a las diferencias significativas*

**75.** En los primeros años de práctica de las Salas de Recurso de la OAMI se percibía cierto celo a registrar como marcas aquellas formas tridimensionales consistentes en la forma del producto. En la argumentación de sus resoluciones a menudo se utilizaba un criterio de valoración del carácter distintivo según el cual la forma de un producto precisaba de la adición de algún tipo de elemento arbitrario que la diferenciase de las formas corrientes en el mercado<sup>103</sup>. Especialmente expresiva de esta argumentación

<sup>99</sup> STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-88/00, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 38, Rec. 2002 II-00467.

<sup>100</sup> En el caso “Henkel” ya se había dicho que «una mera diferencia de la norma o de los usos del ramo no es suficiente para excluir la causa de denegación que figura en el artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva. Por el contrario, una marca que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no está desprovista de carácter distintivo». STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 29 y ss., Rec. 2004 I-01725.

<sup>101</sup> STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-468/01 P a C-472/01 P, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 37, Rec. 2004 I-05141. En el mismo sentido, STJCE de 7 de octubre de 2004, asunto C-136/02, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 31, Rec. 2004 I-09165.

<sup>102</sup> Los ejemplos más recientes son, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la STJUE de 20 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-344/10 P y C-345/10 P, Freixenet, SA c. OAMI, ap. 45, no publicada en Rec.; y, en la jurisprudencia del Tribunal General, la STG de 12 de julio de 2012, asunto T-323/11, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston SAA c. OAMI, ap. 15, no publicada en Rec.

<sup>103</sup> *Vid.* Resoluciones de la Sala de Recurso de 14 de noviembre de 2000 (Sala Tercera), asunto R 820/1999-3, Drawstring-purse; de 31 de enero de 2001 (Sala Primera), asunto R 556/1999-1, Pot (food container); de 22 de febrero de 2001 (Sala Primera), asunto R 842/1999-1, Clip purse.

fue la Resolución de la Sala Primera de Recurso de 13 de marzo de 2000, que planteaba los siguientes términos:

«[L]a forma de un producto puede registrarse como marca comunitaria siempre que presente características que sean suficientemente inusuales y arbitrarias como para permitir al consumidor reconocer el producto exclusivamente por su apariencia y atribuirlo a una empresa determinada»<sup>104</sup>.

**76.** La vigencia de este criterio fue objeto de cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia por la High Court of Justice británica en el caso “Philips/Remington”, en la que este órgano se planteaba si la adición de dichos elementos arbitrarios era necesaria para apreciar la distintividad de la forma del producto. Debe mencionarse que el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER se mostró en sus Conclusiones a favor del mantenimiento del criterio de las adiciones arbitrarias, al señalar que «si por *adición arbitraria* se entiende todo elemento cuyas características esenciales no persigan la obtención de un resultado técnico, la respuesta afirmativa se impone. Sólo si una forma contiene una adición de ese tipo será procedente examinar su carácter distintivo, suponiendo que no se trate de una forma impuesta por la naturaleza o que dé un valor sustancial al producto»<sup>105</sup>. Sin embargo, la apreciación del Abogado General no influyó esta vez en el Tribunal de Justicia, que en su sentencia afirmó con rotundidad que, en tanto que la PDM no hace distinciones entre los distintos tipos de marcas al abordar las prohibiciones de registro, ante signos consistentes en la forma del producto no se requiere que dicha forma presente ningún tipo de adición arbitraria a efectos de considerar que ésta posee carácter distintivo<sup>106</sup>. Esta decisión provocó la retirada del criterio de los elementos arbitrarios en las resoluciones de la OAMI, que ya no entiende necesaria ni suficiente la adición de éstos<sup>107</sup>, y poco después el Tribunal de Justicia reafirmaría la idea de que la ausencia de un elemento adicional de imaginación o fantasía no es relevante a efectos del examen del carácter distintivo<sup>108</sup>.

**77.** En coherencia con esta postura se mantuvo posteriormente en “Linde”, en cuya sentencia el Tribunal de Justicia sostuvo, como ya había señalado el Tribunal de Primera Instancia<sup>109</sup>, que los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del producto no deben ser distintos de los aplicables al resto de signos<sup>110</sup>.

**78.** Tras la paulatina evolución de la percepción por parte del Tribunal de las dificultades inherentes a los signos constituidos por la forma del producto respecto de su distintividad, según hemos visto en el anterior apartado, el Tribunal de Justicia planteó la introducción de un criterio interpretativo adicional para este tipo de signos, a mi juicio todavía no preceptivo, en el caso “Henkel”:

«Una mera diferencia de la norma o de los usos del ramo no es suficiente para excluir la causa de denegación que figura en el artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva. Por el contrario, una marca

<sup>104</sup> Resolución de la Sala de Recurso de 13 de marzo de 2000 (Sala Primera), asunto R 508/1999-1, Tabs.

<sup>105</sup> Conclusiones del Abogado General presentadas el 23 de enero de 2001 al asunto C-299/99, Philips Electronics NV c. Remington, resuelto por STJCE de 18 de junio de 2002, ap. 47.

<sup>106</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Philips c. Remington, ap. 50, Rec. 2002 I-05475: «[L]a forma del producto para el que se ha registrado el signo no precisa ninguna adición arbitraria, como un adorno que no tenga finalidad funcional». Si bien se podría sostener que el Tribunal de Justicia hacía esta apreciación en relación con el carácter distintivo de una forma funcional, el cabezal de una máquina de afeitar, debe recordarse que más adelante reiteró esta línea interpretativa respecto de otro tipo de adiciones, como son las inscripciones y demás elementos denominativos. Vid. STJUE de 20 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-344/10 P y C-345/10 P, Freixenet, SA c. OAMI, aps. 50 y 51, no publicada en Rec.

<sup>107</sup> Resolución de la Sala de Recurso de 7 de diciembre de 2011 (Sala Segunda), R-892/2011-2, Shape of a box: «La presencia de elementos arbitrarios no es suficiente para apreciar la distintividad de una forma. No cualquier forma “innecesaria, funcional u ornamental” adquiere distintividad por resultar arbitrarias o de fantasía».

<sup>108</sup> STJCE de 21 de octubre de 2004, asunto C-64/02, OAMI c. Erpo Möbelwerk GmbH, ap. 50, Rec. 2004 I-10031. Si bien el objeto del examen lo constituía el signo consistente en un eslogan, el pronunciamiento del Tribunal se lleva a cabo sin especificar su aplicación a una categoría específica de signos.

<sup>109</sup> STPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-129/00, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 50, Rec. 2001 II-02793.

<sup>110</sup> STJCE de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 42, Rec. 2003 I-03161.

que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no está desprovista de carácter distintivo»<sup>111</sup>.

**79.** Este criterio fue elevado a requisito inmediatamente después por el Tribunal de Justicia en la sentencia “Procter & Gamble”<sup>112</sup>. Desde entonces, debemos entender que «sólo» pueden superar la prohibición del apartado b) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC aquellas formas de un producto que, «de una manera significativa, difieran de la norma o de los usos de ese ramo»<sup>113</sup>. Entiende el Tribunal de Justicia que este requisito resulta indispensable para que la forma de un producto pueda cumplir con la función esencial de la marca<sup>114</sup>.

*c) Carácter distintivo en relación con los productos incluidos en la solicitud*

**80.** Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el carácter distintivo de todo signo debe apreciarse en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca<sup>115</sup>. Esto incluye el examen del signo consistente en la forma del producto, para el que se tomará como referencia el ramo o sector en el que se encuadra dicho producto. En caso de que la marca se solicite en relación con varios productos, como puede suceder en el supuesto de la forma de un envase o botella que el solicitante pretenda utilizar para comercializar productos pertenecientes a diferentes clases, el examen del carácter distintivo deberá llevarse a cabo respecto de cada uno de dichos productos de manera individualizada<sup>116</sup>.

**81.** Como hemos señalado anteriormente, en particular el Tribunal de Justicia exige que la forma solicitada difiera significativamente «de la norma o de los usos del ramo» al que pertenezca el producto. De ello se infiere que no bastará para apreciar el carácter distintivo con que la forma del producto se aparte sin más de lo habitual en su sector comercial.

**82.** Respecto a qué debemos entender por «diferencia significativa», el Tribunal de Justicia no ha ofrecido criterios demasiado claros en su jurisprudencia, quizá por no contravenir de manera tan explícita su propia interpretación sobre la aplicación uniforme de los criterios sobre distintividad, pero sí ha ofrecido algunas pistas de qué «no» constituye una diferencia significativa. En el caso “Mag Instrument” se discutía el registro como marca de diversas formas de linternas domésticas, que presentaban todas formas cilíndricas relativamente similares. El Tribunal consideró estas formas meras «variantes» de una de las formas habituales en el mercado de este tipo de linternas, señalando que «el mero hecho de que dicha forma sea una «variante» de una de las formas habituales de este tipo de productos no basta

<sup>111</sup> STJCE de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 49, Rec. 2004 I-01725.

<sup>112</sup> *Vid. supra*, ap. III.3.

<sup>113</sup> Como señala Javier FRAMIÑÁN SANTAS, el Tribunal de Justicia no se ha mostrado demasiado consistente al aplicar este criterio a figuras afines a la marca tridimensional, en principio objeto del mismo tratamiento interpretativo que ésta. Así, en la STJCE de 22 de junio de 2006, asunto C-24/05, August Storck KG c. OAMI, ap. 31, Rec. 2006 I-05677 el Tribunal apunta como suficiente una mera divergencia entre la marca analizada (una representación bidimensional de la forma del producto designado) y las normas o usos del ramo para entender ésta como dotada de carácter distintivo, lo cual resulta contradictorio con la enunciación del criterio de las diferencias significativas. J. FRAMIÑÁN SANTAS, “El carácter distintivo de las marcas gráficas consistentes en la representación del propio producto”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / A. GARCÍA VIDAL / J. FRAMIÑÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2006): Comentarios, recopilación y extractos sistematizados*, Comares, Granada, 2008, pp. 96-97.

<sup>114</sup> STJCE de 7 de octubre de 2004, asunto C-136/02, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 31, Rec. 2004 I-09165.

<sup>115</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 59, Rec. 2002 I-05475; de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 41, Rec. 2003 I-03161; de 12 de febrero de 2004, asunto C-218/01, Henkel KGaA, ap. 31, Rec. 2004 I-01725; de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-468/01 P a C-472/01 P, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 33, Rec. 2004 I-05141.

<sup>116</sup> STJCE de 25 de octubre de 2007, asunto C-238/06, Develley Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAMI, aps. 91 y 92, 2007 I-09375.

para demostrar que dicha marca no carece de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del RMC de 1994»<sup>117</sup>.

**83.** Por otra parte, en los sucesivos casos “Storck”, en los que se discutía respectivamente el carácter distintivo de la forma del envoltorio de un caramelo y la representación gráfica del mismo, el Tribunal de Justicia hizo un apunte adicional. No sólo deben existir diferencias significativas entre la forma del producto y las habituales en los usos del ramo, sino que éstas deben además ser «fácilmente perceptibles», pues de lo contrario no permitirían al público relevante distinguir de forma inmediata y cierta los caramelos de la recurrente de los que tienen un origen comercial distinto<sup>118</sup>.

**84.** Sin embargo, la aproximación más clara en cuanto a qué extremos deben ser objeto de valoración a la hora de analizar los usos del ramo nos la ha dado el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia en el caso “Bang & Olufsen”. Analizaba el carácter distintivo de la forma de un altavoz de diseño, en la que el cuerpo del altavoz estaba formado por un cono con apariencia de lápiz o de tubo de órgano, cuya parte puntiaguda se asentaba sobre una base cuadrada. El Tribunal de Primera Instancia apreció lo siguiente:

«Todas estas características alejan la marca solicitada de las formas habituales de los productos de la misma categoría que se encuentran normalmente en el comercio y que incluyen generalmente líneas regulares en ángulo recto. [...] Por ello, procede constatar que la marca solicitada difiere, de manera significativa, de lo habitual en el sector. En efecto, tiene características suficientemente específicas y arbitrarias capaces de captar la atención del consumidor medio y de permitirle ser sensible a la forma de los productos de la demandante. En consecuencia, no son unas formas habituales de los productos del sector de que se trata ni una simple variante de éstas, sino una forma que tiene una apariencia particular que, habida cuenta asimismo del resultado estético del conjunto, permite captar la atención del público interesado y que este último pueda diferenciar los productos designados en la solicitud de registro de los que tienen otro origen comercial»<sup>119</sup>.

**85.** El Tribunal de Primera Instancia recalca así la importancia del carácter «particular» y «arbitrario» de la configuración externa del producto, cerrando así el círculo relativo a la interpretación de la necesidad de incorporar elementos arbitrarios a la forma del producto para apreciar la distintividad de la forma del producto. Sin embargo, considero que el Tribunal de Primera Instancia llegaba finalmente a una conclusión perfectamente razonable. No debe considerarse que la apreciación de la existencia de características arbitrarias, particulares u originales resulte necesaria a efectos de superar la prohibición de registro del apartado b) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC. Sin embargo, no es menos cierto que la presencia de éstas puede contribuir en gran medida a que el consumidor retenga en su memoria con mayor facilidad la forma del producto, de tal manera que le resulte más sencillo identificar el origen empresarial de los productos marcados, ayudando a conferir el carácter distintivo exigido a la forma de un producto que de otro modo carecería de éste<sup>120</sup>.

**86.** Por último, pese a que la referencia que utiliza esta línea jurisprudencial es el ramo de productos designados o incluidos en la solicitud, el Tribunal de Justicia no ha querido ser estricto a la hora de restringir el examen del carácter distintivo únicamente a dicho ramo. En el caso “Deutsche SiSi-Werke”, en que se solicitaba el registro de varias marcas tridimensionales consistentes en la forma de

<sup>117</sup> STJCE de 7 de octubre de 2004, asunto C-136/02, Mag Instrument Inc. c. OAMI, ap. 32, Rec. 2004 I-09165. En el caso enjuiciado se discutía el registro como marca de diversas formas de linternas domésticas. Éstas presentaban todas ellas formas cilíndricas, relativamente similares entre ellas, que el Tribunal consideró meras «variantes» de una de las formas habituales en el mercado de este tipo de linternas.

<sup>118</sup> STJCE de 22 de junio de 2006, asunto C-24/05, August Storck KG c. OAMI, ap. 29, Rec. 2006 I-05677.

<sup>119</sup> STPI de 10 de octubre de 2007, asunto T-460/05, Bang & Olufsen A/S c. OAMI, aps. 41 y 42, Rec. 2007 II-04207. El Tribunal de Justicia no entró a valorar de nuevo los criterios de apreciación del carácter distintivo utilizados por el Tribunal de Primera Instancia al resolver un recurso de casación en su STJUE.

<sup>120</sup> STPI de 10 de octubre de 2007, asunto T-460/05, Bang & Olufsen A/S c. OAMI, ap. 43, Rec. 2007 II-04207.

unas peculiares bolsas abombadas capaces de sostenerse en pie por sí mismas, se planteó la cuestión de si el análisis del carácter distintivo debía llevarse a cabo únicamente en relación a los productos incorporados a la solicitud, en este caso zumos de frutas. Al parecer, dichas bolsas, pese a no ser comunes en el sector de los zumos de frutas sí era utilizadas habitualmente para la comercialización de otros productos alimenticios. Ante esta coyuntura, el Tribunal de Justicia optó por la flexibilidad:

«[D]e esta jurisprudencia no se desprende que sea necesario sistemáticamente limitar el ramo en el que se opera la comparación a los propios productos para los que se solicita el registro. No puede excluirse que, en su caso, los consumidores de un producto dado se vean influidos [...] por las modalidades de comercialización desarrolladas para otros productos de los que también son consumidores. Así, según la naturaleza de los productos de que se trata y de la marca solicitada, para apreciar si la marca carece o no de carácter distintivo puede ser necesario tomar en consideración un ramo más amplio»<sup>121</sup>.

**87.** Por lo tanto, al llevar a cabo el examen del carácter distintivo deberá atenderse a las peculiares circunstancias del ramo a que pertenecen los productos objeto de la solicitud y, en su caso, extender el análisis a otros géneros de productos que puedan tener en común con el mismo una misma forma de presentación de los productos y un mismo público destinatario.

#### *d) Impresión de conjunto*

**88.** Analizada la referencia a utilizar a la hora de aplicar el baremo jurisprudencial de las diferencias significativas, nos corresponde delimitar cuales son las condiciones en que debemos valorar el carácter distintivo del otro extremo de la comparación, la forma del producto. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha recogido para el examen del carácter distintivo de las marcas tridimensionales, adaptándola, la misma interpretación mantenida respecto del análisis comparativo propio del riesgo de confusión<sup>122</sup>. Ésta consiste en que el carácter distintivo de un signo, también el constituido por la forma del producto, debe ser analizado tomando en consideración la impresión de conjunto que produce<sup>123</sup>. De esta manera, lo relevante a efectos de distintividad no será la existencia o adición de algún elemento inherentemente distintivo, arbitrario o llamativo que permita diferenciar la forma propuesta de otras presentes en el mercado, sino que tal apreciación debe poder sostenerse respecto de la forma propuesta considerada globalmente.

**89.** Sin embargo, esto no implica que no pueda realizarse primero un examen sucesivo de los distintos elementos de presentación utilizados en dicha marca. El Tribunal de Justicia considera útil el análisis de cada uno de los elementos y características individuales que conforman la forma del producto a efectos de valorar su nivel de distintividad<sup>124</sup>. Sin embargo, este análisis, aunque útil, no debe imponerse al criterio general del predominio de la impresión de conjunto. En efecto, como ha indicado el Tribunal de Justicia, la confirmación de que la forma analizada posee carácter distintivo no debe derivarse «automáticamente» de la eventual observación de que alguna de las características de dicha forma la apartan de la norma o de los usos del ramo a que pertenece el producto<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> STJCE de 12 de enero de 2006, asunto C-173/04, Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG, ap. 32, Rec. 2006 I-00551.

<sup>122</sup> STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-251/95, SABEL BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport, ap. 23, Rec. 1997 I-06191.

<sup>123</sup> STJCE de 25 de octubre de 2007, asunto C-238/06, Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAMI, ap. 82, Rec. 2007 I-09375.

<sup>124</sup> Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia han utilizado esta técnica al valorar el carácter distintivo de diversas solicitudes de registro en relación con la forma de un producto. *Vid.* STJCE de 23 de junio de 2005, asunto C-286/04 P, Eurocermex, SA c. OAMI, aps. 23 y ss., Rec. 2005 I-05797; STPI de 15 de marzo de 2006, asunto T-129/04, Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAMI, aps. 50 y ss., Rec. 2006 II-00811.

<sup>125</sup> STJCE de 25 de octubre de 2007, asunto C-238/06, Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG c. OAMI, ap. 87, Rec. 2007 I-09375.

**90.** Del resultado de este análisis previo puede derivarse que el elemento dominante en la impresión que la forma del producto produce en quien lo observa es un elemento desprovisto por sí mismo de carácter distintivo. En este caso, el Tribunal de Justicia debe elevar el estándar de exigencia en la valoración del carácter distintivo de los restantes elementos accesorios que presenta la forma del producto<sup>126</sup>. Si dichos elementos accesorios, considerados por sí mismos o en atención a la manera en que éstos se combinan, no presentan un aspecto de fantasía o arbitrariedad relevantes, la forma del producto no resultará apta para diferenciarlo en el mercado de los productos de los competidores, resultando por tanto desprovista de carácter distintivo<sup>127</sup>.

#### e) Percepción del consumidor

**91.** Además de considerar la categoría de productos para la que se solicita el registro de la marca tridimensional, el examen del carácter distintivo de la misma debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las percepciones del público relevante en relación con dichos productos. En concreto, a efectos de este examen, el público relevante debe considerarse integrado por el sector de consumidores y usuarios que serán destinatarios en el mercado de los productos cuya forma se pretende registrar como marca<sup>128</sup>.

**92.** Dentro de dicho sector, el Tribunal de Justicia ha precisado además que el estándar de consumidor cuya perspectiva se debe tomar en cuenta es el «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»<sup>129</sup>. Sin embargo, esta figura no debe considerarse como un estándar rígido e inalterable, pues el Tribunal ha sido consciente de que el prototipo de consumidor varía en atención a más factores que el constituido por la categoría de productos a que pertenece la marca examinada. Influyen también otros aspectos, como las características o el precio de los productos, que pueden variar el sesgo de consumidores a tomar en consideración, así como el grado de atención que éstos mostrarán ante los productos<sup>130</sup>.

**93.** En el caso de las marcas constituidas por la forma del producto, esta graduación cobra especial importancia, en tanto que la falta de costumbre de los consumidores de percibir dicha forma como un indicador de la procedencia empresarial justifica elevar la atención que éstos deberán mostrar al producto. Esta circunstancia fue puesta de relieve desde el primer momento en la jurisprudencia comunitaria:

«[L]a percepción del público interesado no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional constituida por la forma y los colores del propio producto que en el caso de una marca denominativa, figurativa o tridimensional que no esté constituida por la forma del producto»<sup>131</sup>.

**94.** Aún tomando por referencia un determinado nivel de consumidor, el grado de atención que éste preste al producto a la hora de adquirirlo es igualmente significativo a efectos de valorar su

<sup>126</sup> STJCE de 15 de septiembre de 2005, asunto C-37/03, BioID AG c. OAMI, aps. 73 a 75, Rec. 2005 I-07975. Esta doctrina también ha sido aplicada por el Tribunal de Primera Instancia al análisis, entre otros, de un signo tridimensional, *vid.* STPI de 23 de febrero de 2006, asunto T-194/03, Il Ponte Finanziaria SpA c. OAMI, ap. 94, Rec. 2006 II-00445.

<sup>127</sup> Se trata de la vertiente negativa de la teoría del elemento dominante, comúnmente denominada entre la doctrina por su nombre alemán, *Prügetheorie*. Esta teoría se aplica a la comparación entre marcas cuando alguna de éstas presenta una estructura compleja o se trata de una marca mixta, compuesta por elementos de distinta naturaleza (p. ej. un elemento figurativo y uno denominativo; un elemento tridimensional y uno figurativo). Si existe coincidencia entre los elementos dominantes de las marcas analizadas o, en nuestro caso, entre la marca objeto de análisis y las formas habituales en el mercado, debe concluirse la existencia del conflicto. *Vid.* al respecto, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., pp. 312 y ss.

<sup>128</sup> SSTJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 63, Rec. 2002 I-05475; de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 41, Rec. 2003 I-03161.

<sup>129</sup> STJCE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung, ap. 37, Rec. 1998 I-04657.

<sup>130</sup> *Vid.* C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, "El grado de atención del consumidor ante las marcas", en *ADI 8 (1982)*, pp. 168 y ss.

<sup>131</sup> STPI de 19 de septiembre de 2001, asunto T-129/00, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 51, Rec. 2001 II-02793.

percepción del carácter distintivo de su configuración externa. A mayor atención prestada, mayores posibilidades de que el consumidor llegue a memorizar la forma del producto, diferenciar ésta de las de los restantes productos presentes en el mercado y terminar por relacionarla con su origen empresarial.

**95.** Para determinar el grado de atención influyen muy diversos factores. Por una parte, influye la categoría a la que pertenezca el producto y el sector del público a que se destine su comercialización<sup>132</sup>. Si se trata de un producto de consumo corriente, cuya comercialización puede ir dirigida a la generalidad del público, debe entenderse que todos los consumidores que integran un determinado mercado son destinatarios del producto. En ese caso, el estándar de consumidor a aplicar es el general, el del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz<sup>133</sup>, que, como ya hemos visto, prestará poca atención a la forma del producto a efectos de vincularlo con su origen empresarial. En cambio, si el producto se destina al consumo de un sector más reducido y especializado del público, el consumidor tomado por referencia será también más especializado. El Tribunal de Justicia ha reconocido que a este tipo de consumidor se le presume un grado de atención más elevado que el de un consumidor medio, lo cual puede influir positivamente en el carácter distintivo que podrá presentar la forma del producto. Sin embargo, aunque es un factor que debe tomarse en consideración, el mero hecho de dirigirse a un sector especializado del público no debe establecer la presunción automática de que su carácter distintivo es mayor<sup>134</sup>.

**96.** Pero no sólo el sector del público a que van dirigidos los productos altera el grado de atención del consumidor que se debe tomar por referencia. Factores que el Tribunal de Justicia ha considerado significativos son asimismo la calidad del producto o el precio por el que éste se comercializa. En un supuesto en que se pretendía el registro como marca de la forma de unos altavoces de diseño y alta gama, comercializados por un precio significativamente más elevado que el habitual en productos de esta naturaleza, el Tribunal General, entonces de Primera Instancia, consideró que el sector del público a quien iban destinados los productos era el constituido por la totalidad del mismo, en tanto que se trata de productos de consumo habitual, altavoces, por lo que el estándar a aplicar debía ser el del consumidor medio<sup>135</sup>. Sin embargo, el Tribunal General reconoció que el grado de atención de dicho consumidor medio es superior cuando se enfrenta a bienes duraderos o, simplemente, de bienes de mayor valor o de un uso más excepcional<sup>136</sup>. Otro factor relevante que puede determinar el grado de atención del consumidor medio es la posibilidad que se le brinde de probar los productos antes de su adquisición. Al analizar el carácter distintivo de una marca de posición ubicada sobre la puntera de unos calcetines, el Tribunal General afirmó que el consumidor medio estará generalmente atento al elegir determinadas prendas de vestir y determinados zapatos, pues querrá verificar antes de la compra si el producto responde a sus expectativas, tanto desde el punto de vista funcional como desde el punto de vista estético<sup>137</sup>. Al no poder el consumidor probarse los calcetines antes de su adquisición, el Tribunal General decidió no aplicar dicho grado de atención en su análisis del carácter distintivo.

**97.** Las condiciones del mercado y las modalidades de comercialización de los productos pueden ser también un extremo a valorar a efectos de la determinación del grado de atención del consumidor, pues éste está más habituado a fijarse en la forma del producto en sectores del mercado donde los

<sup>132</sup> STPI de 3 de diciembre de 2003, asunto T-305/02, Nestlé Waters France c. OAMI, ap. 33, Rec. 2003 II-05207.

<sup>133</sup> Así se determinó, por ejemplo, en el caso de unas pastillas de detergente, producto destinado al consumo masivo por la generalidad del público, STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-473/01 P y C-474/01 P, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 35, Rec. 2004 I-05173.

<sup>134</sup> A esta conclusión llega el Tribunal de Justicia a efectos de determinar el sector de público pertinente mientras examinaba el carácter distintivo del signo consistente en el eslogan de una empresa de software, STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-311/11 P, Smart Technologies ULC c. OAMI, ap. 48, no publicada en Rec.

<sup>135</sup> Esta afirmación del Tribunal General puede resultar discutible, habida cuenta de que los altavoces analizados no son percibidos entre el público como unos simples altavoces, sino también como piezas de decoración, lo cual podría reducir el sesgo de consumidores a tomar en consideración.

<sup>136</sup> STPI de 10 de octubre de 2007, asunto T-460/05, Bang & Olufsen A/S c. OAMI, ap. 33, Rec. 2007 II-04207.

<sup>137</sup> STG de 15 de junio de 2010, asunto T-547/08, X Technology Swiss GmbH c. OAMI, ap. 44, Rec. 2010 II-02409.

operadores utilizan dicha forma de manera generalizada para diferenciarse de sus competidores<sup>138</sup>. Un sector del mercado que identificó el Tribunal General fue el del agua mineral embotellada, en el que los distintos operadores llevaban muchos años utilizando la forma de sus botellas para diferenciar sus productos y atraer la atención del público. Esta circunstancia determina que el consumidor que accede a dicho mercado lo haga prestando una atención más elevada a la forma del producto o, en este caso, de su envase, conocedor de que los distintos competidores se distinguen por utilizar diferentes configuraciones en sus botellas<sup>139</sup>.

*f) Diferencias significativas y carácter singular*

**98.** La doctrina jurisprudencial de las diferencias significativas ha sido relacionada por un sector de la doctrina con uno de los requisitos de los dibujos y modelos industriales, en particular el que exige que éstos posean carácter singular<sup>140</sup>. Según el artículo 7 de la Ley 20/2003, de protección jurídica del diseño industrial, «se considerará que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad»<sup>141</sup>.

**99.** Esta impresión general diferente presenta efectivamente similitudes con las diferencias significativas que el Tribunal de Justicia exige a la forma del producto como marca para superar la prohibición de registro del apartado b) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC. Ambos criterios son analizados en atención a la impresión de conjunto generada por la forma, que también en el caso de las marcas tridimensionales tendrá un componente esencialmente visual, y sin llevar a cabo un análisis comparativo en detalle<sup>142</sup>. Sin embargo, se aprecian de inmediato diferencias importantes entre ambos conceptos, entre las que vamos a destacar las más llamativas.

**100.** El carácter visual del análisis de la forma del producto es predominante también en Derecho de marcas, pero al examinar la distintividad puede entrar en juego también la percepción conceptual de dicha forma por el consumidor, esto es, la eventual evocación de una idea en la mente del consumidor como puede ser la identificación del origen empresarial del producto asimilado a la forma observada. Por otra parte, aunque el Tribunal de Justicia introduce un elemento comparativo en su doctrina sobre las diferencias significativas, son también distintas las figuras de referencia que utilizan uno y otro examen comparativo. En el diseño industrial se compara el solicitado con otros diseños, registrados o no, que hubieran sido divulgados con anterioridad, con independencia del éxito que éstos hayan tenido efectivamente en el mercado. Mientras tanto, en el examen del carácter distintivo se toman como referencia comparativa «los usos del ramo», que la práctica parece encaminar a la toma en consideración de las formas predominantes en el mercado en relación con la categoría de productos respecto de la que solicita la marca. Por último, es también diferente el estándar de consumidor requerido por una y otra figuras. En Derecho de marcas, éste se identifica habitualmente con el consumidor medio, normalmente

<sup>138</sup> STPI de 23 de mayo de 2007, asuntos acumulados T-241/05, T-262/05 a T-264/05, T-346/05, T-347/05, T-29/06 a T-31/06, Procter & Gamble Company, c. OAMI, ap. 52, Rec. 2007 II-01549.

<sup>139</sup> STPI de 3 de diciembre de 2003, asunto T-305/02, Nestlé Waters France c. OAMI, ap. 34, Rec. 2003 II-05207.

<sup>140</sup> C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., pp. 219-220; L. A. MARCO ARCALÁ, “El requisito del carácter singular”, en A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) 6/2002*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 184; G. KELLY, “Protecting the goods: dealing with the lookalike phenomenon through the enforcement of IP rights in the United Kingdom and Ireland”, en *EIPR*, 2011, 33(7), p. 428.

<sup>141</sup> En idénticos términos, el artículo 6 del Reglamento (CE) 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2002, sobre los dibujos y modelos comunitarios. Cabe destacar que la proximidad entre ambos conceptos es tan relevante que en el Libro Verde elaborado durante la tramitación de este Reglamento figuraba el requisito de «carácter distintivo» y no «carácter singular». Sobre las razones del cambio, *vid.* A. HORTON, “European design law and the spare parts dilemma: the proposed regulation and Directive”, en *EIPR*, 1994, 16(2), pp. 52-53.

<sup>142</sup> *Vid.* J. M. OTERO LASTRES, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / J. M. OTERO LASTRES / M. BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 395-397.

informado y razonablemente atento y perspicaz, mientras que en relación con los diseños industriales se toma un estándar ligeramente más elevado, el usuario informado, que la doctrina sitúa en un nivel de especialización entre el consumidor medio del Derecho de los signos distintivos y el experto en la materia del Derecho de patentes<sup>143</sup>.

**101.** En definitiva, si bien se puede compartir sin reservas la opinión de que el hecho de que la forma de un producto posea carácter singular en términos del análisis de un diseño industrial puede ser un indicio significativo a efectos de la consideración de su carácter distintivo, entiendo excesivas las posturas que prácticamente equiparan ambas figuras<sup>144</sup>. Carácter distintivo y carácter singular, en paralelo al Derecho de marcas y al de diseños, manejan fundamentos y finalidades diversas, por lo que no será sorprendente encontrar en el mercado formas que resulten aptas para diferenciar productos y servicios en el mercado en razón a su origen empresarial sin resultar en absoluto singulares. Esta situación podría darse, sin ir más lejos, como consecuencia de la adquisición sobrevenida de dicho carácter distintivo mediante el uso en el mercado de una determinada forma.

#### 4. La adquisición sobrevenida de carácter distintivo de la marca tridimensional

**102.** Tras llevar a cabo el examen del carácter distintivo de un signo y determinar su carencia, con la correlativa aplicabilidad de la prohibición de registro en los términos que hemos analizado, todavía cabe la posibilidad de que el signo acceda igualmente al registro. Los artículos 3.3 DM y 7.3 RMC establecen que determinadas prohibiciones de registro, las que conforman la exigencia de lo que hemos llamado carácter distintivo *lato sensu*<sup>145</sup>, no resultan aplicables en caso de que el signo analizado hubiese adquirido, al tiempo de su examen y en relación con los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, un carácter distintivo sobrevenido a consecuencia del uso que se haya hecho del mismo en el mercado<sup>146</sup>.

**103.** Este fenómeno es lo que se conoce como *secondary meaning* o adquisición del carácter distintivo mediante el uso, según utilicemos la expresión con la que se conoce la figura desarrollada en el *common law*<sup>147</sup> o la habitual en la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia<sup>148</sup>. La expresión norteamericana, que implica la adquisición de un «significado secundario» o «segundo significado», consistente éste en identificar el origen empresarial de los productos o servicios designados, no debe interpretarse en el sentido de accesoriedad o subsidiariedad de este significado distintivo, sino que la interpretación correcta que se le debe dar al término es la de temporalidad<sup>149</sup>. A un signo que originaria-

<sup>143</sup> Vid. J. M. OTERO LASTRES, "El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003", en M. OLIVENCIA / C. FERNÁNDEZ-NÓVOA / R. JIMENEZ DE PARGA (Dir.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Vol. 2, T. 19, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 85.

<sup>144</sup> El Prof. FERNÁNDEZ-NÓVOA sostiene a este respecto que «posee carácter distintivo en el sentido del art. 5.1.b) de la Ley de Marcas la forma del producto cuya impresión general -vista desde el ángulo de un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz- difiera de la impresión que produce la forma de los restantes productos existentes en el pertinente sector del mercado». C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado de Derecho de Marcas*, cit., p. 220.

<sup>145</sup> Estas prohibiciones son las contenidas en los apartados b), c) y d) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC. Vid. *supra*, ap. III.2.B).c).

<sup>146</sup> Además, como se desprende de los artículos 52.2 RMC y 51.3 LM, la adquisición de carácter distintivo opera también como causa de subsanación de la nulidad de la marca registrada en contravención de las mencionadas prohibiciones absolutas.

<sup>147</sup> Vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 2012, disponible en [http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node\\_id=58](http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=58) (visitado por última vez el 10.01.14). La figura del *secondary meaning* hizo su aparición en el *common law* como una institución del Derecho contra la competencia desleal a finales del s. XIX. Pese a que a menudo se atribuye su desarrollo a la jurisprudencia norteamericana, lo cierto es que los primeros casos en que se aplicó esta doctrina fueron británicos. Vid. J. P. MORGAN, "The right to use a geographical name as a trade-mark or a trade name", en *Texas Law Review*, 1928, pp. 514-515; N. F. HESSELTINE, *A digest of the law of trade-marks and unfair trade*, Little, Brown & Co., Boston, 1906, pp. 159-160.

<sup>148</sup> STJCE de 4 de mayo de 1999, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) c. Boots- und Segelzubehör Walter Huber y Franz Attenberger*, ap. 38, Rec. 1999 I-02779.

<sup>149</sup> J. A. GÓMEZ SEGAGE, "Fuerza distintiva...", cit., pp. 352-353. El autor, para evitar posibles malinterpretaciones del significado del término norteamericano, propuso una nueva expresión para designar el fenómeno, la «distintividad sobrevenida», que ha tenido notable aceptación entre nuestra doctrina.

mente transmitía un significado no distintivo se le añade con posterioridad este *secondary meaning*, que nada tiene de subsidiario respecto del primero<sup>150</sup>. El consumidor percibe ambos significados por igual al contemplar la marca, por lo que ésta resulta capaz de cumplir su función esencial de indicar el origen empresarial de los productos o servicios marcados.

**104.** Lo primero que debe llamarnos la atención en el estudio del *secondary meaning* de la marca tridimensional es la ausencia, entre las prohibiciones exceptuadas, de las que figuran en el apartado e) de los artículos 3.1 DM y 7.1 RMC, relativas a las formas impuestas por la naturaleza del producto, formas necesarias para obtener un resultado técnico y formas que afecten al valor intrínseco del producto. Como ya hemos tenido ocasión de mencionar al comentar el concepto de marca tridimensional, la exclusión de estos motivos de denegación de la posibilidad se debe a la especial importancia de los intereses protegidos por estas prohibiciones, que se configuran como verdaderos límites intrínsecos al concepto de marca tridimensional, por lo que no pueden ser objeto de excepción. El Tribunal de Justicia no ha tenido dudas en excluir tajantemente esta posibilidad:

«[P]rocede destacar que las marcas cuyo registro puede denegarse por las causas enumeradas en el artículo 3, apartado 1, letras b) a d), de la Directiva pueden, con arreglo al apartado 3 de esta misma disposición, adquirir un carácter distintivo gracias al uso que se haya hecho de las mismas. En cambio, un signo cuyo registro se deniegue sobre la base del artículo 3, apartado 1, letra e), de la Directiva no puede adquirir nunca carácter distintivo, a efectos del artículo 3, apartado 3, por el uso que se haya hecho del mismo»<sup>151</sup>.

**105.** Al margen de las incursas en las citadas prohibiciones, debemos llegar a la conclusión de que cualquier marca tridimensional que no supere el test de distintividad que aplica la jurisprudencia comunitaria es susceptible de adquirir dicha distintividad mediante su uso en el mercado. Si bien al estudiar el carácter distintivo de la marca tridimensional hemos podido las dificultades inherentes a la forma del producto o de su presentación para diferenciar por sí mismas el origen empresarial de los productos marcados, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que ello no impide en ningún caso su adquisición mediante el uso:

«[E]sta dificultad, que puede dar lugar a que se deniegue el registro de marcas de este tipo, no excluye que éstas puedan adquirir carácter distintivo debido al uso que se haga de ellas y, en consecuencia, ser registradas como marcas sobre la base del artículo 3, apartado 3, de la Directiva»<sup>152</sup>.

**106.** Es más, esta será una manera habitual de acceder al registro para marcas tridimensionales que, pese a no manifestar diferencias significativas con las formas de presentar el producto habituales en el mercado, han tenido suficiente éxito entre los consumidores como para llegar a transmitir el mensaje de su procedencia empresarial. Sin embargo, el hecho de que el *secondary meaning* sea una medio previsible para el acceso al registro de una forma convencional no debe conducir a exigir la prueba de la adquisición sobrevenida del carácter distintivo al recibir una solicitud de registro de una forma del producto de esta naturaleza. Esta práctica la observaba la OAMI en los primeros años del RMC con la avenencia de las Salas de Recurso, que por si fuera poco denegaban a los solicitantes la posibilidad de aportar la prueba de la adquisición de dicho carácter distintivo en fase de recurso<sup>153</sup>. Por supuesto, esta

<sup>150</sup> En el ámbito de los signos no denominativos, dicho «significado» debe interpretarse como la idea que transmite a quien los observa, que en el caso de la marca tridimensional será habitualmente su identificación con el género de productos al que pertenece el designado.

<sup>151</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 75, Rec. 2002 I-05475. En particular, sobre las formas que afecten al valor intrínseco del producto, vid. STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto C-371/06, Benetton Group c. G-Star International, ap. 58, Rec. 2007 I-07709.

<sup>152</sup> STJCE de 8 de abril de 2003, asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01, Linde AG, Winward Industries Inc. y Rado Uhren AG, ap. 48, Rec. 2003 I-03161.

<sup>153</sup> Resolución de la Sala de Recurso de 14 de diciembre de 1998 (Sala Segunda), asunto R 60/1999-1, Oil pack large minale. La argumentación de la Sala de Recurso, que en este caso valoraba la registrabilidad de la forma de una lata de gasolina, consistió en que no se puede añadir en fase de recurso la alegación de un motivo que no fue alegado junto a la solicitud. Ello

práctica fue enseguida condenada por el Tribunal de Primera Instancia y desterrada de la práctica de las Salas de Recurso<sup>154</sup>.

**107.** En la práctica, al analizar la adquisición de carácter distintivo de la forma del producto se utilizan esencialmente los mismos criterios destinados al análisis del carácter distintivo intrínseco, esto es, su análisis en referencia a los productos incluidos en la solicitud y a la luz de las percepciones del público relevante<sup>155</sup>. En particular, el principal criterio que observa el Tribunal de Justicia para la apreciación del *secondary meaning* consiste en comprobar que, al menos, una parte significativa del público pertinente identifique los productos o servicios gracias a la forma del producto, atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada<sup>156</sup>. Para valorar este extremo, el Tribunal de Justicia señaló en el caso “Chiemsee”, con carácter general, una serie de factores a tomar en consideración, a saber: la cuota de mercado que ostenta la marca; la intensidad, extensión geográfica y duración del uso de dicha marca; la importancia de las inversiones en publicidad; la proporción de los sectores interesados que perciben el carácter distintivo de la marca; y las declaraciones de Cámaras de Comercio e Industria o de otras asociaciones profesionales<sup>157</sup>.

**108.** Pocas variaciones ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia en la apreciación del carácter distintivo sobrevenido de las marcas tridimensionales más allá de las que hemos analizado al estudiar el test destinado al examen del carácter distintivo intrínseco de las mismas, también manejadas a estos efectos. Con todo, sí resulta posible hacer alguna leve matización.

**109.** Respecto de la intensidad del uso, resulta interesante mencionar la cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* al Tribunal de Justicia en el caso “Benetton”<sup>158</sup>. Se analizaba la adquisición sobrevenida de carácter distintivo por un signo consistente en unos pespuntos en el bolsillo trasero de un pantalón vaquero, y el *Hoge Raad der Nederlanden* se preguntaba si la exclusión de las formas que dan un valor sustancial al producto era igualmente aplicable cuando la forma objeto de análisis hubiera adquirido una fuerza atractiva (que no distintiva) por el hecho de su notoriedad como signo distintivo y la intensa publicidad llevada a cabo. Aunque el Tribunal replanteó la pregunta y terminó por no contestarla, reiterando la exclusión de las formas incursas en las prohibiciones del apartado e), se perdió la ocasión de analizar una jurisprudencia muy interesante de la Corte de Justicia del Benelux. Según este tribunal, no se hallan incursas en esta prohibición y pueden acceder al registro aquellas formas que resulten atractivas para el público como consecuencia de la intensidad de su uso en el mercado, y no debido a su apariencia externa<sup>159</sup>. La respuesta tajante del Tribunal de Justicia supone negar los argumentos de la Corte de Justicia del Benelux, dando un paso más allá en las posibles extralimitaciones de esta prohibición<sup>160</sup>.

---

es tanto como obligar a probar desde un inicio que la forma del producto ha adquirido carácter distintivo por el uso, ante la previsibilidad de una ausencia de distintividad inherente.

<sup>154</sup> STPI de 8 de julio de 1999, asunto T-163/98, Procter & Gamble Company c. OAMI, ap. 43, Rec. 1999 II-02383.

<sup>155</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 59, Rec. 2002 I-05475: «El carácter distintivo de una marca, incluido el adquirido por el uso de la misma, debe apreciarse en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca».

<sup>156</sup> SSTJCE de 4 de mayo de 1999, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Windsurfing Chiemsee Produktions- Und Vertriebs GmbH c. Boots Und- Segelzubehor Walter Huber y Franz Attenberger, ap. 52, Rec. 1999 I-02779; de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd., ap. 61, Rec. 2002 I-05475

<sup>157</sup> STJCE de 4 de mayo de 1999, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Windsurfing Chiemsee Produktions- Und Vertriebs GmbH c. Boots Und- Segelzubehor Walter Huber y Franz Attenberger, ap. 51, Rec. 1999 I-02779.

<sup>158</sup> STJCE de 20 de septiembre de 2007, asunto C-371/06, Benetton Group c. G-Star International, ap. 58, Rec. 2007 I-07709.

<sup>159</sup> Para un estudio más detallado de esta sentencia y sus precedentes en la jurisprudencia del Benelux, *vid.* A. GARCÍA VIDAL, “*Secondary meaning* y formas que dan un valor sustancial al producto”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, / A. GARCÍA VIDAL, / J. FRAMIÑÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2007): Comentarios, recopilación y extractos sistematizados*, Comares, Granada, 2009, pp. 10 y ss.

<sup>160</sup> *Vid. supra*, ap. II.1.C).

**110.** Por otra parte, respecto de la duración del uso de la marca, el Tribunal de Justicia no ha sido particularmente explícito, aunque la OAMI sí ha manifestado en más de una ocasión que unos meses no resultan suficientes a efectos de distintividad sobrevenida<sup>161</sup>. Sin embargo, destaca la apreciación que hizo en el caso “Philips”, en el que afirmó que cuando un operador es el único que ofrece en el mercado un determinado producto, el uso «prolongado» del signo consistente en la forma de dicho producto puede ser suficiente para apreciar la adquisición de carácter distintivo<sup>162</sup>. Si bien esta valoración no parece tener demasiado que ver con la categoría a la que pertenece el signo tanto como al hecho de que el operador ejerza el monopolio en el mercado sobre dicho producto, lo cual sin duda facilitará a los consumidores identificarlo y diferenciarlo por su forma en el momento en que un nuevo competidor pretenda introducirse en dicho mercado.

#### IV. Conclusiones

**111.** A día de hoy, y a salvo los matices que resulten oportunos en función del sector económico en que nos movamos, resulta evidente que con carácter general el consumidor percibe la marca tridimensional en modo muy diferente a como percibe una marca convencional, sea ésta la constituida por signos denominativos, gráficos o por una combinación de ambos. Las formas tridimensionales, y en particular la forma del producto y la de su presentación, no son percibidas de manera preferente como indicadores de procedencia empresarial. Sin embargo, resulta indiscutible el potencial económico de las marcas tridimensionales como indicadores de procedencia empresarial, como demuestra el hecho de que el número de registros no hecho más que crecer exponencialmente cada año que transcurre, siendo con mucha diferencia el signo no convencional más utilizado en los registros a nivel nacional y comunitario. En la práctica, en raras ocasiones son utilizadas en el mercado como indicadores únicos de la procedencia empresarial de los productos designados, sino que son casi siempre objeto de combinación con otros signos convencionales que suplen esa dosis de información que la configuración externa del producto no resulta idónea para proporcionar, a la vez que refuerzan el carácter distintivo de esta última al proveer un “nombre” a dicha configuración externa. Si bien el potencial distintivo a priori en un primer contacto con la marca es bajo, éste aumenta con cada nuevo contacto del consumidor con el producto, pues resulta también innegable que no hay signo más inmediato para designar un producto que el mismo producto. Ello sienta las bases de un fuerte potencial de adquisición sobrevenida de carácter distintivo en aquellas formas que no cumplan en principio los rígidos *tests* de distintividad a que son sometidas.

**112.** Y es que los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales son claramente diversos y, sin duda, más estrictos que los aplicados a las marcas convencionales. No tiene ya sentido hablar de un principio de aplicación uniforme de los criterios sobre distintividad a las diferentes categorías de signos, pues resulta clara la tendencia a aplicar un *test* más restrictivo a la forma del producto o de su presentación, así como a aquellas figuras afines a éstas, que el aplicado a los signos convencionales. Resulta claro que la aplicación de un trato diferencial se halla además justificada en razón a las peculiaridades del signo, no en vano ha sido el propio legislador el primero en establecer restricciones específicas al registro de las formas tridimensionales, por lo que parece del todo injustificado el mantenimiento desde instancias judiciales de la defensa de este principio jurisprudencial.

**113.** Sin duda, existen numerosos supuestos todavía por abordar y matizaciones que resultarán necesarias para cubrir las flaquezas que presenta esta línea jurisprudencial. Probablemente la más

---

<sup>161</sup> Resoluciones de la Sala de Recurso de 3 de abril de 2001 (Sala Tercera), asunto R 250/2000-3, *Intelligent infrastructure*; de 17 de diciembre de 2001 (Sala Segunda), asunto R 1068/2000-2, *Last minute*. Como pone de relieve ANCA STAMATE, este criterio es siempre analizado en conjunción con los relativos a la intensidad y extensión geográfica del uso. E. ANCA STAMATE, “«Distintividad adquirida con el uso» vs. «secondary meaning»: un análisis comparado del Derecho de marcas europeo y estadounidense”, en *RDM*, 268, 2008, pp. 699-700.

<sup>162</sup> STJCE de 18 de junio de 2002, asunto C-299/99, *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd.*, ap. 65, Rec. 2002 I-05475.

significativa entre estas flaquezas sea la indeterminación de la que adolece el eje sobre el que pivota toda la línea jurisprudencial, la doctrina de las diferencias significativas. Nos quedan todavía muchos interrogantes sobre la extensión de este criterio, en tanto que esta doctrina supone la introducción de un elemento comparativo en el análisis del carácter distintivo, pues dichas diferencias deben, por definición, utilizar una referencia comparativa de la que separarse. Una delimitación más exhaustiva de esta referencia comparativa y del grado de diferenciación que debe presentar la forma analizada son las asignaturas pendientes de una línea jurisprudencial que, como tantas en el ámbito del Derecho de marcas de la Unión Europea, se encuentra todavía en plena evolución.

# UNA NUEVA FÓRMULA PARA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 30.12.2013 / Aceptado: 08.01.2014

**Resumen:** En el Reglamento (UE) 1215/2012 la supresión del exequátur se ha entendido como una supresión de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el Estado miembro requerido. Se elimina solo el procedimiento de exequátur y se mantienen una serie de salvaguardas en el Estado de ejecución porque la persona contra la que se inste la ejecución puede oponerse si considera que concurre uno de los motivos de denegación del reconocimiento. La especial preocupación por los derechos de defensa y el debate sobre la eliminación de la cláusula del orden público han obligado al legislador europeo a adoptar una fórmula intermedia, alejada de la inicialmente propuesta.

**Palabras clave:** Reglamento (UE) núm. 1215/2012; Supresión del procedimiento de exequátur; Denegación de la ejecución.

**Abstract:** Regulation (UE) 1215/2012 the abolition of exequatur has been understood as an abolition of the declaration of enforceability prior to enforcement in the Member State addressed. There are some safeguards in the Member State addressed because the person against whom enforcement is sought should be able to apply for refusal of enforcement if he considers one of the grounds for refusal of recognition to be present. Special concern for the rights of the defense and the debate on the elimination of public policy clause have forced the European legislator to adopt an intermediate solution, away from the initially proposed.

**Key words:** Regulation (UE) nº 1215/2012; Abolition of the declaration of enforceability; Refusal of enforcement.

**Sumario:** I. La reforma del Reglamento Bruselas I y la supresión del exequátur: de lo ambicioso a lo modesto. 1. La supresión del exequátur en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I. 2. El contexto normativo en materia de supresión del exequátur. 3. La tensión entre la supresión del exequátur y la protección de los derechos de defensa en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I. 4. La supresión del exequátur con salvaguardas: el pulso entre el Parlamento Europeo y la Comisión. II. La nueva regulación del Reglamento 1215/2012: El exequátur automático y los motivos de denegación en fase de ejecución.

## I. La reforma del Reglamento Bruselas I y la supresión del exequátur: de lo ambicioso a lo modesto

1. El pasado 20 de diciembre de 2012 se publicaba en el DOUE el *Reglamento (UE) núm. 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* (conocido ya como *Reglamento Bruselas I refundido*, *Reglamento Bruselas I bis* o *nuevo Reglamento*

*Bruselas I*), cuya efectiva aplicación se producirá, en los Estados miembros, a partir de enero de 2015<sup>1</sup>. Concluyen, de esta forma, tres intensos años de trabajo no habiéndose podido alcanzar muchos de los objetivos inicialmente marcados en la ambiciosa Propuesta de Reglamento, cosa, dicho sea de paso, a la que ya nos tiene acostumbrados el legislador europeo<sup>2</sup>. Llevan razón los que opinan que sólo debe estudiarse un instrumento cuando es definitivamente aprobado. Así, por ejemplo, si en sede de competencia judicial internacional no se ha conseguido extender la aplicación de todos los foros a los demandados domiciliados en terceros Estados<sup>3</sup>, en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones la proclamada supresión del exequátur tampoco ha sido posible, lográndose una solución a medias.

2. El objetivo del presente estudio es, precisamente, analizar el último aspecto señalado, es decir, realizar una valoración de conjunto de las nuevas disposiciones del Reglamento en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Para ello presentaremos, en primer lugar, el desarrollo de los trabajos de reforma y las distintas soluciones propuestas, para, posteriormente, analizar las definitivamente aprobadas.

### 1. La supresión del exequátur en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I

3. En virtud de lo dispuesto en el art. 73 del Reglamento 44/2001 la Comisión debía presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, a más tardar cinco años después de la fecha de su entrada en vigor, un informe sobre la aplicación del Reglamento. Con fecha 21 de abril de 2009 la Comisión presentó dicho *Informe* junto con 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>4</sup>. Si, como afirmó el citado *Informe*, el funcionamiento del Re-

<sup>1</sup> DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012. Por lo que se refiere a Dinamarca, este país ha notificado a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, vid. Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 79, de 21 de marzo de 2013.

Recientemente se ha publicado la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Doc. COM (2013) 554 final, Bruselas 26 de julio de 2013), cuya finalidad es garantizar la aplicación conjunta y coherente del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes (Acuerdo TUP) y el Protocolo del Tratado del Benelux de 1965 y del Reglamento. Para un análisis de las modificaciones propuestas vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes”, *La Ley/Unión Europea*, n° 7, septiembre de 2013, pp. 1-6.

<sup>2</sup> Por ejemplo, en materia de alimentos la regulación del *Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008*, dista mucho de la inicial Propuesta de Reglamento al no recogerse las previsiones en materia de ley aplicable, las normas procesales comunes o la ejecución transfronteriza de determinadas resoluciones judiciales (la orden de retención automática mensual o la orden de embargo temporal).

<sup>3</sup> Que el resultado final no es plenamente satisfactorio lo muestra el propio artículo 79 del Reglamento cuando establece que la Comisión presentará, a más tardar el 11 de enero de 2022, un informe al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento que 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.

Para una primera valoración del Reglamento vid., entre otros, R. ARENAS GARCÍA, “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis”, *Revista española de Derecho internacional*, n° 2, 2013, pp. 377-382; F. GARAU SOBRINO, “Nace el nuevo Reglamento Bruselas I”, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es> (entrada del 20 de diciembre de 2012); P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley/Unión Europea*, n° 8013, 31 de enero de 2013, pp. 1-7; J. P. BERAUDO, “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journal de Droit International*, n° 3, 2013, pp. 741-763; F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journal de Droit International*, n° 3, 2013, pp. 765-790; P. NIELSEN, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 503-528; A. NUYTS, “La refonte du Règlement Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2013, pp. 1-63.

<sup>4</sup> Doc. COM (2009) 174 final y Doc. COM (2009) 175 final, respectivamente. El *Informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I* fue realizado sobre la base de un estudio general encargado por la propia Comisión (el denominado *The Heildelberg Report* elaborado por los profesores B. HESS, T. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER y que puede consultarse en la siguiente página web [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm). Además la Comisión encargó dos estudios adicionales: uno destinado a analizar las reglas de competencia judicial internacional existentes en el derecho interno de los Estados miembros, que se aplican en el supuesto de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro (preparado

glamento había sido como regla general satisfactorio era deseable mejorar, no obstante, la aplicación de algunas de sus disposiciones. De ahí que el objetivo del *Libro Verde* fuese abrir una amplia consulta de las partes interesadas en relación con dichas cuestiones (el calado del Libro Verde fue tal que se recibieron más de cien respuestas).

En septiembre de 2010, se formuló la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 44/2001*<sup>5</sup> y, tras varias sesiones de trabajo, la Comisión presentó, el 14 de diciembre de 2010, 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* (que fue sustituida para algunos idiomas oficiales, entre los que se encontraba el español, por una de 3 de enero de 2011)<sup>6</sup>. El *Dictamen del Comité Económico y Social* fue emitido en mayo de 2011<sup>7</sup>; en noviembre de 2012 se aprobó la *Posición del Parlamento Europeo* en primera lectura (pendiente de publicación); y el 6 de diciembre de ese mismo año la *Decisión del Consejo*<sup>8</sup>.

Los elementos propuestos de la reforma fueron, básicamente, los siguientes: la supresión del exequátur; la ampliación de los foros de competencia judicial internacional a los demandados domiciliados en terceros países; la eficacia reforzada de los acuerdos de elección de foro; la articulación entre el Reglamento y el arbitraje; una mejor coordinación de los procedimientos ante tribunales de terceros países; el mejor acceso a la justicia y las condiciones de circulación de las medidas provisionales y cautelares<sup>9</sup>.

4. Que la primera medida planteada fuese precisamente la supresión del exequátur no era una casualidad ya que la necesidad de eliminar todos los obstáculos en materia de eficacia de las decisiones judiciales extranjeras, instituida como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil desde el *Consejo Europeo de Tampere*<sup>10</sup>, se ha configurado como principio de Derecho europeo tal y como lo establecen los arts. 67.4 y 81.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>11</sup>. De esta

---

por A. NUYS y disponible en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm); y otro para evaluar el impacto de una posible ratificación, por la Unión, del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (preparado por GHK Consulting y que puede consultarse en [http://ec.europa.eu/dgs/justice\\_home/evaluatio/dg\\_coordination\\_evaluation\\_anexe\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/justice_home/evaluatio/dg_coordination_evaluation_anexe_en.htm)).

<sup>5</sup> DOUE C 308 E, de 20 de octubre de 2011.

<sup>6</sup> Doc. COM (2010) 748/3. La Propuesta de Reglamento se acompañó de un Documento de trabajo de la Comisión, *Resumen de la evaluación de impacto*, en el que se exponían las distintas soluciones barajadas, Doc. SEC (2010) 1548 final, 14 de diciembre de 2010.

<sup>7</sup> DOUE C 218, de 23 de julio de 2011.

<sup>8</sup> Hay que hacer referencia a que durante el desarrollo del proceso legislativo ordinario, el Senado y la Cámara de los Representantes de los Países Bajos presentó un dictamen, en el marco del Protocolo núm. 2 del TFUE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, exponiendo las razones por las que consideraba que el proyecto no respetaba el principio de subsidiariedad. En particular, y por lo que se refiere a la supresión del exequátur, se sostuvo que los datos estadísticos y económicos aportados por la Comisión no eran suficientes para justificar dicha medida (European Parliament, Comité on Legal Affairs, 2009-2014, CM/858749EN.doc).

<sup>9</sup> Sobre la Propuesta de Reglamento se han realizado numerosos estudios, vid, con carácter genérico, R. ARENAS GARCÍA, "La propuesta de revisión del Reglamento 44/2001: algunos pasos en la dirección correcta", <http://blogs.uab.cat/adipr>; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "La Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>; N. CASTELL ET P. DE LAPASSE, "La révision du Règlement Bruxelles I à la suite du Livre Vert de la Commission. Perspectives et opportunités", *Gazette du Palais*, n.º 149, 29 mai 2010; A. DICKINSON, "The revision of the Brussels I Regulation. Surveying The Proposed Brussels I bis Regulation-Solid Foundations but Renovation Needed", *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 247-309; E. LEIN (ed), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, British Institute of International and Comparative Law, 2012; P. NIELSEN, "Current Developments. The State of Play the Recast of the Brussels I Regulation", *Nordic Journal of International Law*, 2012, pp. 585-603; F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds), *Rescating Brussels I*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>10</sup> Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 (Boletín de la Unión Europea, n.º 10, 1999, pp. 7 ss). Posteriormente y tras el Consejo Europeo de Bruselas, noviembre de 2004, se adoptó el "Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea" (DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005), sustituido por el "Programa de Estocolmo (2010-2014): Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano" (DOUE C 115, de 4 de mayo de 2010), que fue adoptado en el Consejo Europeo de noviembre de 2009.

<sup>11</sup> Conforme a lo que dispone el art. 67.4 TFUE "la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil"; y afirma el art. 81.1 TFUE que "la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales...".

forma los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I se concebían como un paso más de un proceso evolutivo y daban cumplimiento a los objetivos marcados en el *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>12</sup>.

Hay que recordar que conforme a lo dispuesto en este *Proyecto de medidas* ya se habían aprobado varios Reglamentos que suprimían el exequátur en sus respectivas regulaciones. En la materia familiar, el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (Reglamento Bruselas II bis)<sup>13</sup>; y el *Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*<sup>14</sup>. Y en el ámbito patrimonial el *Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*<sup>15</sup>; el *Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo*<sup>16</sup>; y el *Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía*<sup>17</sup>.

5. En este contexto normativo la primera cuestión que planteó el *Libro Verde* fue la posible supresión del exequátur en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, teniendo en cuenta el dato de que su aplicación práctica ha sido un triunfo. Tal y como puso de relieve el *Informe sobre la aplicación del Reglamento* aproximadamente entre el 90% y el 100% de las solicitudes de exequátur han tenido éxito. Solo se recurrieron del 1% al 5% de las decisiones y, en esos supuestos, los motivos de denegación más invocados, aunque pocas veces se estimaron, fueron la lesión de los derechos de defensa y el orden público (en su dimensión procesal)<sup>18</sup>. El resto de los motivos de denegación de los arts. 34 y 35, inconciliabilidad de resoluciones y control de la competencia judicial internacional, apenas han sido alegados.

Por ello, a juicio de la Comisión, en un mercado interior sin fronteras resulta difícil justificar que los ciudadanos y las empresas tengan que perder tiempo y dinero para poder hacer efectivos sus derechos en el extranjero, siendo posible la supresión del exequátur en el Reglamento Bruselas I<sup>19</sup>. En concreto, las preguntas formuladas fueron las siguientes: “¿Considera que, en el mercado interior, todas las resoluciones en materia civil y mercantil deberían circular libremente, sin procedimientos intermedios (supresión del exequátur)? En caso de respuesta afirmativa ¿estima que se deberían mantener algunas salvaguardas? ¿Cuáles?”.

<sup>12</sup> DOUE C 12, de 15 de enero de 2001. En concreto y para la materia patrimonial el *Proyecto de medidas* fijó varios objetivos a conseguir en distintas etapas siendo el último de ellos “la supresión del exequátur en todos los ámbitos cubiertos por el Reglamento Bruselas I”.

<sup>13</sup> DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003; corr. de errores DOUE L 82, de 22 de marzo de 2013.

<sup>14</sup> DOUE L 7, de 10 de enero de 2009; corr. de errores DOUE L 131, de 18 de mayo de 2011; DOUE L 8, de 12 de enero de 2013 y DOUE L 28, de 23 de octubre de 2013.

<sup>15</sup> DOUE L 143, de 30 de abril de 2004 y DOUE L 300, de 17 de noviembre de 2005.

<sup>16</sup> DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006.

<sup>17</sup> DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

<sup>18</sup> Por lo que se refiere al orden público, el estudio pone de manifiesto que los supuestos excepcionales en los que sí ha prosperado se refieren a la protección de los derechos de defensa del demandado, siendo casi inexistente la operatividad del orden público material. Y en cuanto al art. 34.2 RBI la mayoría de los problemas que se han planteado están relacionados con la notificación de la demanda ya que la aplicación de los arts. 14 y 19 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 en materia de notificaciones (sustituido por el Reglamento (CE) núm. 1393/2007) presenta muchas dificultades. Para un análisis de la jurisprudencia nacional analizada vid. B. HESS, T. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) N° 44/2001 The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Members States*, Verlag C.H.Beck, München, 2008, parágrafos 473-475 y parágrafos 479-490.

<sup>19</sup> En el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, *Resumen de la evaluación de impacto*, se afirma que el coste medio de un procedimiento de exequátur es de 2.200 € en un asunto simple. Este importe puede aumentar en los asuntos complejos hasta 12.700 €. El plazo medio para obtener el exequátur puede oscilar entre algunos días y varios meses y, en caso de recurso, puede llegar hasta los dos años.

Algún sector doctrinal se ha mostrado muy crítico con los argumentos invocados por la Comisión, vid, en particular, A. DICKINSON, “The Revision of the Brussels I Regulation...”, op. cit, pp. 250 ss.

Y en sentido afirmativo resuelve ambas cuestiones el Reglamento 1215/2012 ya que, de un lado, se suprime el procedimiento intermedio de exequátur en el Estado miembro requerido y, por otra parte, se establecen salvaguardas en dicho Estado, al mantenerse los motivos de denegación.

6. Así las cosas, la primera conclusión que puede deducirse es que en el nuevo Reglamento la supresión del exequátur no se ha entendido de forma análoga a como lo había sido en los otros instrumentos que ya habían adoptado dicha medida, consagrándose una fórmula que puede calificarse, a nuestro juicio, como intermedia (a caballo entre la del vigente Reglamento Bruselas I y la del Reglamento del Título ejecutivo europeo). El por qué de esta solución sólo puede comprenderse analizando las técnicas que se habían utilizado para la eliminación del exequátur y si podían extenderse, por analogía, al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Dicho con otras palabras ¿la supresión del procedimiento de exequátur conllevaba una desaparición del control la resolución en el Estado de la ejecución?, ¿podía establecerse un control de la resolución solo en la fase de origen?

## 2. El contexto normativo en materia de supresión del exequátur

7. Tradicionalmente el exequátur se ha concebido como un procedimiento destinado a convertir la resolución extranjera en título ejecutivo en el Estado miembro requerido, presupuesto previo para su posterior ejecución<sup>20</sup>. Si es cierto que en el plano europeo la regulación de dicho procedimiento se había ido simplificando progresivamente, también lo es que nunca se había logrado su total eliminación<sup>21</sup>. Y por ello, como se sabe, una de las prioridades marcadas en el *Consejo Europeo de Tampere* fuese la eliminación de todas las medidas que obstaculizasen la eficacia intra-europea de las sentencias, proclamándose el denominado “*principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”.

8. De esta forma un principio, como el del reconocimiento mutuo, concebido en el plano económico para la libre circulación de mercancías (o de servicios), se extrapola al ámbito procesal, por lo que para su consecución deberían eliminarse los requisitos y procedimientos intermedios exigidos para la eficacia extraterritorial de las resoluciones en el espacio judicial europeo. Si conforme a este principio, un producto (por ejemplo, el famoso licor de frutas *Cassis de Dijon*)<sup>22</sup>, puede circular por el mercado europeo conforme a las exigencias del país de origen, una sentencia también podría hacerlo sin controles adicionales en el Estado miembro requerido. La confianza entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros justificaría esta solución, debiéndose considerar las resoluciones judiciales como equivalentes<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Tal y como exponen A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12<sup>a</sup> ed, Comares, Granada, 2011, pp. 467-469, en Derecho comparado existen diferentes clases de exequátur: el exequátur de revisión que consiste en que el juez del Estado requerido debe controlar tanto los hechos que dieron lugar a la resolución, como el derecho aplicado por el juez de origen (modelo francés); el exequátur mediante control de los requisitos de regularidad internacional de la resolución extranjera (modelo italiano) y el exequátur de plano en el que la autoridad requerida solo controla la regularidad formal de la resolución, sin controlar ningún otro extremo (modelo del Reglamento 44/2001).

<sup>21</sup> Por ejemplo en el vigente Reglamento Bruselas I la concesión del exequátur es casi-automática ya que en una primera fase, el tribunal requerido se limita a realizar un mero control formal de los documentos exigidos sin que pueda comprobar ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento. Una vez dictada la resolución sobre la solicitud de exequátur cualquiera de las partes puede interponer un recurso y el tribunal que conoce de dicho recurso sólo podrá desestimar o revocar el exequátur por uno de los motivos de denegación del reconocimiento. Para un estudio de la evolución en los distintos instrumentos europeos vid. F. GARAU SOBRINO, “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. IV, 2004, pp. 91-116; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T.VI, 2006, pp. 441-466.

<sup>22</sup> Recuérdese que en el caso concreto, la federación de importadores alemanes de licores espirituosos se oponía a la comercialización en el mercado alemán de un licor de frutas, el *Cassis de Dijon*, con una graduación alcohólica inferior a los licores que de ese mismo tipo eran fabricados en Alemania. (STJUE de 20 de febrero de 1979, asunto C-120/78, *Rec.* 1979, p. 00351). Vid. M. GARDENÉS SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999.

<sup>23</sup> En este sentido, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La europeización de decisiones de derecho privado”, *Revista española de Derecho internacional*, nº 1, 2008, p. 41.

No obstante, hay que precisar que aunque se haya utilizado el mismo concepto no puede entenderse en sentido idéntico en el plano procesal ya que los intereses a proteger son distintos (en especial, la regularidad del procedimiento y los derechos de defensa) y porque, de otra parte y como se ha afirmado, algunos de los elementos del principio de reconocimiento mutuo, principalmente el de la equivalencia entre las distintas legislaciones, no existe de forma completa<sup>24</sup>. El *quid* de la cuestión está, a nuestro juicio, en aclarar si por reconocimiento mutuo en el ámbito procesal hay que entender solo la supresión del procedimiento de exequátur *stricto sensu* o si, por el contrario, dicho concepto implica algo más<sup>25</sup>.

9. Realizadas estas consideraciones hay que afirmar que en los primeros Reglamentos aprobados la supresión del exequátur se había logrado en sentido amplio al eliminarse no solo el procedimiento de exequátur, sino también el control de la resolución en el Estado miembro de la ejecución (instaurándose la regla del control de la sentencia en origen). Ahora bien, esta conclusión tan genérica debe matizarse ya que dicha supresión se había realizado de modo gradual, muy limitado, al establecerse sólo para materias muy concretas y, salvo en el caso del Reglamento de los alimentos, de forma potestativa<sup>26</sup>. Y con respecto a las técnicas utilizadas para conseguir este resultado el legislador europeo no ha seguido un patrón uniforme ya que si en la materia patrimonial dicha supresión se había logrado sobre la base de una cierta armonización procesal, no ha ocurrido lo mismo en la materia familiar<sup>27</sup>.

10. En el ámbito patrimonial el carácter no impugnado del crédito unido a las normas procesales mínimas, que garantizan el respeto del derecho de defensa del deudor, justificaron que en el Reglamento (CE) 805/2004 se estableciese que “una sentencia certificada como título ejecutivo europeo será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento” (art. 5). El título ejecutivo europeo es un certificado de la resolución, emitido por el órgano jurisdiccional de origen, que garantiza que se han cumplido todas las condiciones que para dicha supresión se exigen y que permite al acreedor solicitar en otro Estado miembro las medidas de ejecución que estime pertinentes.

En el Reglamento del Título ejecutivo europeo la supresión del exequátur no se ha realizado, a nuestro juicio, a costa de un sacrificio de los derechos de defensa al configurarse, precisamente, el cumplimiento de las normas procesales mínimas como uno de los presupuestos para la certificación de la resolución como título ejecutivo europeo, en aquellos casos en que el carácter no impugnado del crédito se haya debido a una actitud pasiva del deudor (art. 3.1.b) y c)<sup>28</sup>. Si, por ejemplo, el deudor no tuvo conocimiento de la demanda porque la notificación se realizó por edictos, al no tener domicilio conocido,

<sup>24</sup> Para un estudio de estas cuestiones vid. R. ARENAS GARCÍA, “Abolition of exequatur: problems and solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign judgments: too many words in the sea”, *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 351-376; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, n° 10, 2001, pp. 405-438.

Sobre el último aspecto señalado no puede olvidarse que tanto en el *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo*, como en los distintos *Programas* adoptados se han previsto medidas destinadas a la armonización de normas de conflicto y de derecho procesal, así como a reforzar la cooperación entre las distintas autoridades judiciales de los Estados miembros.

<sup>25</sup> Sobre las distintas funciones del exequátur vid. P. OBERHAMMER, “The abolition of exequatur”, *IPRax*, n° 3, 2010, pp. 197-203.

<sup>26</sup> Tanto en el Reglamento 805/2004 como en el Reglamento 2201/2003, siempre es posible acudir a los tradicionales mecanismos de reconocimiento y exequátur de la resolución en el Estado miembro requerido. Y los Reglamentos 1896/2006 y 861/2007 establecen un proceso monitorio europeo y un proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los respectivos procedimientos nacionales.

<sup>27</sup> Como afirma A. DURÁN AYAGO, “Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo”, *Revista general de Derecho europeo*, n° 29, 2013, p. 29, “se trata de textos que transitan por caminos diferentes para conseguir el fin de la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo”.

<sup>28</sup> De forma resumida puede afirmarse que la finalidad de estas normas procesales mínimas es: garantizar que el deudor tuvo conocimiento del procedimiento entablado contra él (arts. 14 y 15) y de los requisitos procesales para la impugnación del crédito así como de las consecuencias que se derivarían de la falta de impugnación o de su incomparecencia (arts. 16 y 17); establecer las condiciones que permiten la subsanación del incumplimiento de las normas mínimas (art. 18); y regular los supuestos excepcionales en los que se puede solicitar la revisión de la resolución (art. 19).

la resolución no podrá certificarse como título ejecutivo europeo ya que no existen garantías del respeto del derecho de defensa<sup>29</sup>. Así lo ha confirmado expresamente el TJUE en la Sentencia *Cornelius* al afirmar que si la supresión del exequátur queda vinculada a la observancia de los derechos de defensa, tal garantía no existiría si “*se certificase como título ejecutivo europeo una sentencia en rebeldía dictada contra un demandado que no tuvo conocimiento del proceso*”<sup>30</sup>.

La formulación de estas normas procesales mínimas expresarían la dimensión procesal del orden público y justificarían la desaparición de dicha cláusula y del control *ex post* de la resolución<sup>31</sup>.

También los Reglamentos (CE) núm. 1896/2006 y núm. 861/2007, que establecen un proceso monitorio europeo y un proceso europeo de escasa cuantía, suprimen el exequátur mediante el establecimiento de un conjunto de normas mínimas cuya observancia hace innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con carácter previo al reconocimiento y a la ejecución.

#### 11. En cambio en la materia familiar las técnicas seguidas para suprimir el exequátur han diferido.

Así el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 introdujo la supresión del exequátur para un determinado tipo de resoluciones aunque, sorprendentemente, sin establecer regulación alguna de normas procesales mínimas<sup>32</sup>. En concreto las resoluciones dictadas en materia de derecho de visita y de restitución del menor, certificadas por el órgano jurisdiccional de origen conforme al Reglamento, serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que les reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento. Si la resolución es ejecutiva y se cumplieron los requisitos exigidos por los arts. 41 y 42 el juez de origen la certificará conforme a los formularios establecidos sin que quepa un control posterior de la resolución, al primar el interés superior del menor y la celeridad que debe presidir estos asuntos<sup>33</sup>. Y así lo ha interpretado el TJUE en la Sentencia *Aguirre Zarraga* al afirmar que el juez del Estado requerido no puede denegar la ejecución de la resolución certificada como conforme al Reglamento ni siquiera en el supuesto de que el juez de origen la haya certificado sin desempeñar correctamente sus funciones, al no haber garantizado el derecho del menor a ser oído. A juicio del Tribunal “*el claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de ejecución descansa sobre la premisa de que dichos órganos jurisdiccionales respetan, en el ámbito de sus respectivas competencias, las obligaciones que el Reglamento les impone de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales*”<sup>34</sup>.

Es más, recientemente el TEDH ha confirmado la compatibilidad de la supresión del exequátur del Reglamento Bruselas II bis con el CEDH en el asunto *Povse/Austria*, aunque hay que reconocer que, en el caso concreto no se ha apreciado vulneración del art. 8 CEDH –derecho a la vida privada y

<sup>29</sup> Recuérdese que el art. 14.2 del Reglamento 805/2004 establece que no será admisible una notificación sin acuse de recibo si no se conoce con certeza el domicilio del deudor.

<sup>30</sup> STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-292/10, *G/Cornelius de Visser* (aún no publicada), nota de M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “De nuevo una Sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n<sup>o</sup> 2, 2012, pp. 356-366.

<sup>31</sup> A juicio de P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’articulation du droit international privé et de la procédure”, en A. M. LEROYER ET E. JEULAND (dir), *Quelle cohérence pour l’espace judiciaire européen?*, Dalloz, Paris, 2004, p. 99, al establecer dichas normas el legislador europeo ha formulado los que pueden considerarse como “*principios comunitarios del orden público internacional del procedimiento*”.

<sup>32</sup> R. CARO GÁNDARA, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo. Una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II como banco de pruebas)”, *La Ley/Unión Europea*, n<sup>o</sup> 7641, 31 de mayo de 2011, p. 6; N. MARCHAL ESCALONA, “Supresión del exequátur en las resoluciones de restitución de menores vs. Derechos de defensa: ¿Crónica de una muerte anunciada?”, en *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (XXIV Jornadas de la AEPDIRI), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 631-640.

<sup>33</sup> Para un estudio más detallado, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La supresión del exequátur en el Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n<sup>o</sup> 1, 2011, pp. 63-83.

<sup>34</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 (PPU), *Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz* (Rec. 2010, p. 14247), nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *La Ley/Unión Europea*, n<sup>o</sup> 7578, 28 de febrero de 2011, pp. 1-8; M. HERRANZ BALLESTEROS, “El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz”, *Revista general de Derecho europeo*, n<sup>o</sup> 25, 2011, pp. 1-39.

familiar<sup>35</sup>. La importancia de esta Sentencia *Povse* así como la polémica cuestión de la supresión del exequátur en el Reglamento Bruselas II bis y el respeto de los derechos fundamentales motivó la celebración *Symposium on line “Abolition of exequatur and Human Rights”*, cuyas principales aportaciones pueden consultarse en la página web <http://conflictoflaws.net>.

**12.** Seguimos sin entender el por qué se estableció en el Reglamento Bruselas II bis la supresión del exequátur en un sentido tan amplio, estando en juego el interés superior del menor y el respeto de sus derechos fundamentales, y en la reforma del Reglamento Bruselas I se haya adoptado otra solución. Si el principio de confianza recíproca y la tutela por igual del derecho de defensa por parte de los distintos órganos jurisdiccionales –art. 6 CEDH y art. 47 de la Carta– justificaron en aquel instrumento un control de la sentencia en origen ¿por qué en el nuevo Reglamento Bruselas I se mantienen todos los motivos de denegación en la fase de ejecución? ¿Tienen más peso la cláusula del orden público y los derechos de defensa en un Reglamento que en otro? ¿no son los mismos órganos jurisdiccionales los que tienen que aplicar ambos instrumentos? Quizás la respuesta sea más fácil y debemos pensar que el legislador europeo no sigue una política homogénea a la hora de elaborar los distintos Reglamentos y que todo depende del compromiso alcanzado finalmente. A su normativa nos remitimos, cada una con sus propias soluciones. Si a la multiplicidad de instrumentos unimos la complejidad de sus regulaciones, el resultado no puede ser más dificultoso sobre todo si pensamos, como el legislador debiera hacer, en los verdaderos destinatarios de las normas, los operadores jurídicos y los ciudadanos europeos<sup>36</sup>.

**13.** Estas afirmaciones quedan avaladas si pasamos a analizar el Reglamento (CE) 4/2009 en materia de alimentos, en el que la eliminación del exequátur se ha realizado de forma diferente, sobre la base de la previa armonización de las normas de conflicto. Conforme a lo dispuesto en su art. 15 la determinación de la ley aplicable se realizará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por ese instrumento, por lo que las resoluciones dictadas en dichos Estados se benefician de esa supresión. Ahora bien, la total supresión del exequátur no ha sido posible puesto que las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo (Reino Unido y Dinamarca) se someten a los tradicionales controles de reconocimiento y exequátur en el Estado requerido<sup>37</sup>. Sin lugar a dudas, una de las grandes debilidades de este instrumento ha sido establecer esta doble solución<sup>38</sup>.

**14.** Pues bien si este es el panorama normativo vigente cuando se iniciaron los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I la difícil cuestión que se planteó era si podía seguirse, por analogía, la técnica ya utilizada en materia patrimonial para suprimir el exequátur. ¿Podía confiarse el control de la resolución al tribunal de origen? ¿La supresión del exequátur debía entenderse no solo como una supresión del procedimiento sino también como una eliminación de los motivos de denegación? El salto daba vértigo....

### **3. La tensión entre la supresión del exequátur y la protección de los derechos de defensa en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I**

**15.** Cuando se presentó el *Libro Verde* la propia Comisión era consciente de que difícilmente podía conseguirse una plena supresión del exequátur en el Reglamento Bruselas I desde el momento

<sup>35</sup> Sentencia TEDH de 18 de junio de 2013, asunto n° 3890/11 ([www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)). La decisión se encuentra, en estos momentos, sujeta a apelación.

<sup>36</sup> Para un estudio crítico de la labor del legislador europeo vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (eds), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 133-145.

<sup>37</sup> Paradójicamente una resolución inglesa dictada sobre alimentos no impugnados sí se beneficiará de la supresión del exequátur por el Reglamento 805/2004.

<sup>38</sup> F. GARAU SOBRINO, “Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 2, 2011, pp. 130-144.

que preguntó a todas las partes interesadas si en el caso de eliminarse las medidas intermedias (el procedimiento de exequátur), debían mantenerse, no obstante, algunas salvaguardas. Y así quedó de manifiesto en la mayoría de las respuestas al *Libro Verde* que se mostraron partidarias de que la supresión del exequátur debía compensarse con la subsistencia de ciertas garantías en la fase de ejecución de la resolución<sup>39</sup>. Los argumentos invocados para justificar esta postura fueron básicamente los siguientes: de un lado, las soluciones recogidas en los Reglamentos que habían suprimido el exequátur y su escasa experiencia práctica se mostraban insuficientes para el Reglamento Bruselas I; y, por otra parte, que la protección de los derechos de defensa del demandado, reforzada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a raíz de la Sentencia *Krombach*, no debía confiarse solo al juez de origen.

**16.** Como puede deducirse el trasfondo del problema no era otro que el de la protección de los derechos de defensa y la quiebra del principio de confianza entre los distintos órganos jurisdiccionales, al existir muchas diferencias en los distintos sistemas procesales. Y sobre esta materia hay que recordar que la jurisprudencia del TJUE ha consagrado varias cuestiones de suma importancia.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha establecido, desde la famosa Sentencia *Krombach*, que pueden existir supuestos excepcionales de lesión de los derechos de defensa no cubiertos expresamente por la letra del art. 34.2 RBI, a los que hay que dar solución por la vía de la cláusula del orden público (en su dimensión procesal)<sup>40</sup>. La aplicación de dicha cláusula está justificada, en consecuencia, en los casos en los que las garantías establecidas en la legislación del Estado de origen y en el propio Reglamento no bastan para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defenderse ante el tribunal de origen, tal como está reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El derecho de toda persona a defenderse y al desarrollo de un proceso justo es un derecho fundamental reconocido como tal no sólo en las Constituciones estatales, sino también en los instrumentos de carácter internacional por lo que sería inaceptable conceder eficacia a una resolución que los menoscabe.

Si es cierto que todos los Estados miembros son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y que todas las Constituciones estatales proclaman los derechos fundamentales, también lo es que se pueden presentar supuestos excepcionales de resoluciones dictadas lesionando los derechos de defensa<sup>41</sup>. De esta forma el Tribunal confirma que el orden público del art. 34.1 RBI comprende tanto la dimensión material (cuya operatividad en la práctica ha sido escasa, Sentencia *Renault/Maxicar*)<sup>42</sup>, como la procesal (art. 6 CEDH y art. 47 de la Carta).

Y en segundo término el TJUE ha aclarado que el derecho de defensa no puede concebirse como una prerrogativa absoluta puesto que, en ocasiones, puede sufrir restricciones. No obstante, dichas limitaciones deben estar justificadas por las razones de interés general perseguidas por la medida de que se trate y siempre que no constituyan un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> En relación con esta materia *The Heildelberg Report* concluyó que podrían barajarse dos alternativas: mejorar el procedimiento de exequátur vigente en el Reglamento Bruselas I (reduciendo los motivos de denegación del reconocimiento, simplificando el exequátur en primera instancia...); o bien suprimirlo (cosa que sólo sería posible si existiese una previa armonización de los derechos procesales de los Estados miembros).

<sup>40</sup> STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Dieter Krombach/André Bamberski*, Rec. 2000, p. 01935. En el caso concreto, la lesión del derecho de defensa se materializó en privar al demandado de la posibilidad de defenderse sin comparecer personalmente ante el tribunal de origen (puesto que conforme a la legislación aplicable, la francesa, el acusado en rebeldía no podía estar representado por ningún abogado). El caso también fue objeto de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2001, *Krombach/Francia* (asunto nº 29731/96, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)), en la que el Tribunal consideró que había existido violación del art. 6.1 en relación con el art. 6.3 CEDH, así como del art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio.

<sup>41</sup> En este sentido C. ORÓ MARTÍNEZ, "Control del orden público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro", *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. IX, 2009, pp. 215-219.

<sup>42</sup> STJUE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault/Maxicar*, Rec. 2000, p. 02973.

<sup>43</sup> Este ha sido el razonamiento utilizado por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Lindner* y *Cornelius* para declarar la compatibilidad del derecho europeo con los sistemas de notificación ficticios previstos en las distintas legislaciones estatales. La restricción del derecho de defensa, que estas formas de notificación implican, solo estaría justificada cuando el tribunal de origen se haya cerciorado de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado (SSTJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10 y de 15 de marzo de 2012, asunto C-292/10 –aún no publicadas-).

Corresponde al juez requerido, en consecuencia, valorar, a la luz de las circunstancias pertinentes, si una resolución así dictada supone un menoscabo manifiesto y desmesurado del derecho de defensa del demandado. La cláusula del orden público sólo podría actuar en estos supuestos (Sentencias *Gambazzi* y *Trade Agency*)<sup>44</sup>. En este sentido, recuérdese que en el asunto *Gambazzi* la Corte d'appello de Milán consideró finalmente que, en función de todas las circunstancias, la resolución inglesa no comportaba una violación manifiesta y desproporcionada del derecho de defensa, por lo que rechazó el argumento de la contrariedad con el orden público<sup>45</sup>.

**17.** También la jurisprudencia nacional ha recurrido a la dimensión procesal de la cláusula del orden público para denegar eficacia a sentencias dictadas lesionando los derechos de defensa del demandado (por ejemplo, y como recoge *The Heilderberg Report*, la Sentencia *Pordéa* de la Cour de Cassation francesa o el asunto *Maronier/Larmer* de la English Court of Appeal)<sup>46</sup>. Aunque sobre esta materia pueden apreciarse notables diferencias entre unos órganos jurisdiccionales y otros a la hora de aplicar dicha cláusula. Por ejemplo, si la ausencia de motivación de las sentencias ha justificado que la jurisprudencia francesa invoque su orden público, no ha ocurrido lo mismo en la jurisprudencia italiana o la alemana<sup>47</sup>; o en materia de fraude procesal ya que si en ocasiones se deniega el exequátur, como es el caso de la jurisprudencia inglesa o francesa, en otras no<sup>48</sup>. Hay que advertir, no obstante, que aunque la cláusula del orden público del art. 34.1 del RBI ha sido invocada en muchas ocasiones su aplicación por la jurisprudencia nacional ha sido escasa, tal y como se deduce del estudio que el propio Parlamento Europeo encargó sobre la materia<sup>49</sup>.

**18.** Todas estas consideraciones avalan que el verdadero problema durante los trabajos de reforma del Reglamento no fuese en sí la eliminación del procedimiento de exequátur, sino la necesidad de establecer un justo equilibrio entre la supresión del exequátur y la protección de los derechos de la defensa<sup>50</sup>. Si el motivo de denegación que más ha intervenido y que más problemas ha ocasionado ha sido el de la lesión de los derechos de defensa, había que establecer, en consecuencia, una serie de mecanismos o salvaguardas que permitiesen al demandado invocar esos supuestos excepcionales de lesión de sus derechos<sup>51</sup>. Pero: ¿dónde debían establecerse?, ¿en el procedimiento de origen o en la fase de ejecución?

<sup>44</sup> SSTJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Marco Gambazzi/DaimlerCrysler Canada Inc y CIBC Mellon Trust Company* (Rec. 2009, p. 02563) y de 6 de septiembre de 2012, asunto C-619/10, *Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd* (aún no publicada). En el primer supuesto el juez del Estado de origen se pronunció sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado, que compareció debidamente ante él, pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución por no haber cumplido las obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada anteriormente en el marco del mismo procedimiento. En el segundo asunto, la resolución fue dictada por el tribunal de origen en rebeldía, sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos, y sin motivación.

<sup>45</sup> La Sentencia de la Corte d'appello de 14 de diciembre de 2010 consideró, entre otros argumentos, que el Sr. Gambazzi había sido informado de la sanción, había tenido ocasión de ser oído y participó activamente durante las primeras fases del proceso inglés (<http://conflictflaws.net>)

<sup>46</sup> Para un estudio de dicha jurisprudencia, vid. entre otros, B. HESS, T. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) N° 44/2001...*, op. cit, parágrafos 476-480. Recientemente, y como ha apuntado C. CUNIBERTI, la jurisprudencia griega también ha invocado la cláusula del orden público para denegar eficacia a sentencias inglesas que imponían costas excesivas (<http://conflictflaws.net>).

<sup>47</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “¿Vulnera el orden público una resolución judicial no motivada dictada en rebeldía del demandado? (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1<sup>a</sup>) de 6 de septiembre de 2012, asunto C-619/10: *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*)”, *La Ley/Unión Europea*, n° 1, febrero de 2013, pp. 1-13.

<sup>48</sup> B. HESS, T. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) N° 44/2001...*, op. cit, parágrafos 479-490.

<sup>49</sup> *Interpretation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union Européenne* (PE 453.189-2011), y que fue elaborado por los profesores B. HESS AND T. PFEIFFER.

<sup>50</sup> No obstante, también se manifestaron posturas contra de la supresión del procedimiento de exequátur tanto en las respuestas al Libro Verde (p. ej. las observaciones del Gobierno francés), como en la doctrina (H. SCHACK, “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. IX, 2009, pp. 67-81).

<sup>51</sup> Vid. M. DE CRISTOFARO, “The abolition of exequatur proceedings: Speeding up the free movement of judgments while preserving the rights of the defense”, en F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds), *Rescating Brussels I...*, op. cit, 2012, pp. 353-381.

Y fue precisamente esta cuestión la que originó un gran debate doctrinal acerca de si la supresión del exequátur en el Reglamento implicaba una correlativa desaparición del control de la resolución en la fase de la ejecución (supresión del exequátur vs motivos de denegación). Pero hay que tener presente que para instaurar el control de la resolución sólo en la fase de origen habría sido necesaria la presencia de esa dimensión procesal del orden público, bajo la formulación de ciertas normas procesales. Y en esta materia son patentes las diferencias entre las reglas de los distintos Estados miembros por lo que habría que haber procedido, con carácter previo, a una cierta armonización<sup>52</sup>. Una supresión del exequátur en sentido amplio en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I habría exigido, a nuestro juicio, una previa armonización de cuestiones clave de Derecho procesal que permitiese al tribunal requerido confiar en el desarrollo del proceso de origen y en que la resolución fue dictada sin lesión del derecho de defensa<sup>53</sup>. Solo cuando las resoluciones judiciales se hayan dictado respetando las mismas (o similares) garantías podrán entenderse como equivalentes; en caso contrario no<sup>54</sup>. A este argumento hay que unir que tampoco existe una plena armonización de las normas de conflicto en las materias cubiertas por el Reglamento.

19. Los argumentos que en los otros Reglamentos habían justificado el control de la resolución en la fase de origen no eran plenamente trasladables al Reglamento Bruselas I por lo que se llegó a la conclusión de que la supresión del exequátur debía acompañarse de ciertas garantías o salvaguardas en el Estado de la ejecución. Pero una vez sentada esta premisa se plantearon distintas formas de cómo concebir ese control puesto que si el Parlamento Europeo lo entendió en un sentido amplio, la Comisión Europea lo hizo de forma más estricta.

#### 4. La supresión del exequátur con salvaguardas: el pulso entre el Parlamento Europeo y la Comisión

20. El Parlamento Europeo en la *Resolución de 7 de septiembre de 2010 sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001*, se mostró partidario de que la supresión del exequátur debía acompañarse de un procedimiento excepcional que garantizase al deudor condenado un derecho de recurso ante los tribunales del Estado de la ejecución, si dicha parte quisiera oponerse. Los motivos en los que podría fundamentarse ese recurso deberían ser los motivos de denegación recogidos en el art. 34 (contrariedad al orden público, la lesión de los derechos de la defensa y la inconciliabilidad de resoluciones), desapareciendo toda referencia al posible control de la competencia judicial internacional del art. 35 RBI<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> En líneas generales, y por razones de espacio, hay que señalar que desde hace más de dos décadas se vienen desarrollando diversos trabajos con la finalidad de armonizar el derecho procesal. En este sentido, recuérdese la famosa “*Propuesta Storme*” (Proyecto de propuesta de Directiva sobre la aproximación de leyes y normas de los Estados miembros referentes a ciertos aspectos del procedimiento civil) y los “*Principles of Transnational Civil Procedure*”, elaborados conjuntamente por Unidroit y American Law Institute. Dada la ingente bibliografía sobre esta materia nos limitaremos a señalar algunos trabajos recientemente consultados, B. HESS, “Procedural Harmonisation in a European Context”, en *Civil Litigation in a Globalising World*, T.M.C Asser, The Hague, 2012, pp. 159-173; K.E. KRAMER, “Harmonisation of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law”, en *Civil Litigation in a Globalising...*, op. cit, pp. 121-139.

<sup>53</sup> Recuérdese que *The Heidelberg Report* ya advirtió que la supresión del exequátur en el Reglamento Bruselas I sólo sería posible si existía una previa armonización de los derechos procesales de los Estados miembros y que el *Programa de Estocolmo* afirma: “*la supresión del exequátur, especialmente cuando se trate de sentencias dictadas en rebeldía, irá acompañada de una serie de salvaguardas que pueden ser medidas de derecho procesal así como normas de conflicto de leyes (por ejemplo, el derecho de audiencia, la notificación de documentos, un plazo suficiente para presentar dictámenes, etc)...*”.

<sup>54</sup> M<sup>a</sup> LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *La Ley/Unión Europea*, n° 7766, 30 de diciembre de 2011, p. 4.

<sup>55</sup> Para el Parlamento Europeo ese procedimiento excepcional debería estar sujeto a plazos procesales armonizados, para garantizar que se llevase a cabo en el menor tiempo posible y debería velarse porque no tuviesen carácter irreversible las medidas de ejecución adoptadas antes de que expirase el plazo para solicitar la aplicación del procedimiento especial o de que dicho procedimiento hubiera concluido.

A nuestro juicio esta Resolución planteaba varios problemas en lo relativo a su adaptación en las distintas legislaciones de los Estados miembros. Por ejemplo, y centrándonos en el Derecho español, nos surgieron las siguientes dudas: si el procedimiento era un procedimiento excepcional ¿el recurso que podía interponerse era ordinario o extraordinario?; encontrándonos en fase de ejecución, ¿podían también oponerse los motivos de oposición a la ejecución previstos en la legislación interna?...

La especial preocupación por la posibilidad de que una resolución que lesione los derechos de defensa pudiera ejecutarse justificaba, a juicio del Parlamento Europeo, que el demandado pudiese interponer un recurso en el Estado miembro de ejecución (y no, en el Estado de origen).

Como puede comprobarse esta es, con algunas diferencias, la fórmula que finalmente prosperaría, y que analizaremos de forma más detallada en el siguiente epígrafe: se suprime el procedimiento de exequátur y se permite que el demandado pueda interponer un recurso en el Estado de la ejecución si concurren algunos de los motivos de denegación.

**21.** Un salto cualitativo dio, a nuestro parecer, la Comisión cuando presentó 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*.

Con carácter previo, y como aspecto negativo, hay que afirmar que la supresión del exequátur no estaba prevista para todas las resoluciones dictadas en el ámbito de aplicación material del Reglamento al exceptuarse las “relativas a las obligaciones extracontractuales que se derivasen de la violación de la vida privada y de los derechos relacionados con la personalidad, en particular la difamación”, y las dictadas “en los procedimientos que se refirieren a la indemnización de los daños ocasionados por prácticas comerciales ilegales a múltiples partes damnificadas...” (art. 37 de la Propuesta). La vigencia del procedimiento de exequátur para estas resoluciones se justificaba, a juicio de la Comisión, en los siguientes datos: en el caso de la difamación por las diferentes soluciones nacionales y porque no existe una previa armonización de las normas de conflicto (recuérdese que la materia se encuentra excluida del ámbito de aplicación del art. 1.2.g) del Reglamento núm. 864/2007, Roma II); y en el segundo, por las profundas divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en la materia. La exclusión de estas materias y por qué no también otras, así como los propios argumentos invocados por la Comisión, fueron objeto de muchas críticas<sup>56</sup>.

**22.** Hecha esta aclaración hay que afirmar que la principal novedad de la *Propuesta de Reglamento* fue establecer un justo equilibrio entre la supresión del procedimiento de exequátur y la protección de los derechos de defensa al permitirse, en determinados supuestos, un control adicional, *ex post*, de la resolución en la fase de ejecución<sup>57</sup>. En concreto, en la *Propuesta* se articulaban tres recursos que permitirían al demandado evitar, en circunstancias excepcionales, la eficacia de una resolución en otro Estado miembro<sup>58</sup>.

Así, en el art. 45 se regulaba el recurso que el demandado podía interponer en el Estado miembro de origen y que permitiese la revisión de la resolución dictada en su contra, si no hubiera sido informado debidamente de la acción ejercitada en dicho Estado (como puede comprobarse esta disposición se alineaba a la solución ya consagrada en los Reglamentos que habían suprimido el exequátur –p.ej. art. 19 del Reglamento del Título ejecutivo europeo). Pero junto a éste, la *Propuesta* establecía la posibilidad de interponer otro recurso en la fase de ejecución ya que, como afirmaba el art. 46, “*en los casos que no entren dentro del ámbito de aplicación del art. 45, una parte tendrá el derecho a solicitar una denegación del reconocimiento o la ejecución de una resolución cuando dicho reconocimiento o ejecución no estuvieren permitidos por los principios fundamentales que son la base del derecho a un juez imparcial*”. Con esta disposición se garantizaba el pleno respeto del derecho de defensa, conforme al art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> A. DICKINSON, “The Revision of the Brussels I Regulation...”, op. cit, pp. 261-264. También el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento se mostró muy crítico con la exclusión de dichas materias. Tal y como expone F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I...”, op. cit, pp. 770-771, en el debate en el seno del Consejo se consideró muy complicada la doble solución establecida y se discutió la pertinencia de mantener el exequátur sólo para esos dos tipos de resoluciones.

<sup>57</sup> Como afirma M. GUZMÁN ZAPATER, “Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español”, en A. BORRÁS Y G. GARRIGA (eds), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al prof. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 146-147, la Propuesta de Reglamento adoptaba una solución de coordinación entre revisión en el país de origen y en el país de ejecución.

<sup>58</sup> C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, “El Reglamento Bruselas I como hito en el proceso armonizador del Derecho internacional privado europeo: balance y revisión, con especial atención a la supresión del exequátur”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (eds), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea...*, op. cit, pp. 182-184.

<sup>59</sup> Así lo afirmaba expresamente el Considerando 24 de la Propuesta de Reglamento.

Por último, y como establecía el art. 43 de la *Propuesta*, a instancia del demandado la autoridad del Estado miembro de ejecución denegaría, en todo o en parte, la ejecución de la resolución en el supuesto de inconciliabilidad de resoluciones.

23. Estableciendo estos tres recursos la *Propuesta de Reglamento* cubría los motivos de denegación que más problemas habían ocasionado. Si la práctica había demostrado que en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I pueden producirse supuestos excepcionales de lesión de los derechos de defensa, la Propuesta intentaba solucionarlos recogiendo, en su art. 46, la dimensión procesal del orden público<sup>60</sup>.

24. No obstante, la cuestión más problemática se encontraba en que la *Propuesta de Reglamento* suprimía el orden público material por su escasa operatividad práctica y por el principio de confianza entre los distintos órganos jurisdiccionales. Y fue esta eliminación de la dimensión material del orden público lo que motivó las críticas más duras.

Es cierto que el primer argumento práctico invocado por la Comisión para justificar dicha eliminación quedaba corroborado por el *Informe sobre la aplicación del Reglamento* y por los resultados obtenidos en el marco del ya citado *Estudio del Parlamento Europeo sobre la interpretación del orden público*. El orden público del art. 34.1 RBI es más alegado y aplicado, tanto en la jurisprudencia del TJUE como en la nacional, en su dimensión procesal que en su dimensión material<sup>61</sup>.

Pero más discutible era el segundo de los argumentos al sostenerse que no puede afirmarse que exista una auténtica confianza entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que justifique el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. La falta de una armonización completa de las normas de conflicto en las materias cubiertas por el Reglamento, así como el posible reconocimiento de resoluciones basadas en ordenamientos de terceros Estados en aquellas materias en las que sí existe esa armonización (Reglamentos Roma I y Roma II), justificaban, a juicio de un gran sector doctrinal, mantener la dimensión material del orden público<sup>62</sup>. De ahí que la fórmula propuesta por la Comisión no llegase a aprobarse, optándose por una solución intermedia.

## II. La nueva regulación del Reglamento 1215/2012: El exequátur automático y los motivos de denegación en fase de ejecución

25. En el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 la supresión del exequátur se ha entendido sinónima de la eliminación del procedimiento destinado a declarar ejecutiva la resolución en el Estado miembro requerido, pero sin que ello implique una correlativa desaparición de su control. Tal y como afirma

<sup>60</sup> A juicio de B. HESS, "The Brussels I Regulation: Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast", *Common Market Law Review*, 2012, p. 1103, en la Propuesta de Reglamento la excepción de orden público fue transformada en un estándar europeo al ser sustituida por el art 47 de la Carta.

<sup>61</sup> Tal y como se deduce de este estudio varios elementos podrían justificar esta postura: de un lado, las normas imperativas que protegen a la parte débil son generalmente aplicadas por los tribunales del Estado de su domicilio, por lo que es excepcional solicitar la ejecución transfronteriza de dichas resoluciones; por otra parte, el Reglamento Bruselas I prohíbe la revisión de fondo de la resolución; por último, el ámbito limitado de los instrumentos europeos impide que el reconocimiento de una resolución provoque conflictos ligados a los intereses soberanos de los Estados miembros.

El estudio concluyó afirmando que "il convient de ne pas sous-estimer son impact psychologique".

<sup>62</sup> Entre otros, P. BEAUMONT AND E. JOHNSTON, "Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?", *IPRax*, n° 2, 2010, p. 106; *id* "Can exequatur be abolished in Brussels I. Whilst retaining a public policy defence?", *Journal of Private International Law*, n° 2, 2010, pp. 249-279; G. CUNIBERTI AND I. RUEDA, "Abolition of exequatur. Addressing the Commission's Concerns", *RebelsZ*, 2011, pp. 1-23; A. DICKINSON, "The revision of the Brussels I Regulation...", *op. cit.*, pp. 247-309; *id.*, "Free movement of Judgments in the EU: Knock Down the Walls but Mind the Ceiling", in E. LEIN (ed), *The Brussels I Review Proposal...*, *op. cit.*, pp. 135-164; O. FERACI, "L'abolizione dell'exequatur nella Proposta di revisione del Regolamento n. 44/2001: Quale destino per i motive di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?", *Rivista diritto internazionale*, n° 3, 2011, pp. 832-845; T. PFEIFFER, "Recast of the Brussels I Regulation: The abolition of exequatur" en F. POCAR, I. VIARENGO, F.G. VILLATA (eds), *Rescating Brussels I...*, *op. cit.*, pp. 311-317; P. SCHLOSSER, "The abolition of exequatur proceedings -Including public policy review?", *IPRax*, n° 2, 2010, pp. 101-104.

el Considerando 29 “la ejecución directa en el Estado miembro requerido de una resolución dictada en otro Estado miembro sin la declaración de fuerza ejecutiva no debe comprometer el respeto de los derechos de defensa”. Ahora bien, y como pasamos a explicar, en el nuevo Reglamento el control de la resolución en la fase de ejecución se entiende en un sentido más amplio, al poder oponer la persona contra la que se solicita la ejecución todos los motivos de denegación del reconocimiento (y no sólo el de la lesión de sus derechos de defensa o la inconciliabilidad de resoluciones, como lo había sido en los otros Reglamentos).

**26.** Las disposiciones del nuevo Capítulo III del Reglamento, “Reconocimiento y Ejecución”, van a seguir aplicándose a las resoluciones<sup>63</sup> dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en su ámbito de aplicación material al no contenerse, todavía, ninguna previsión con respecto a las dictadas en un tercer Estado (que quedarán sometidas al régimen de eficacia previsto en las respectivas legislaciones nacionales –convencional o autónoma–). Ya el Grupo europeo de Derecho internacional privado había elaborado un proyecto sobre la posible extensión del Reglamento Bruselas I a las resoluciones dictadas en terceros países<sup>64</sup>, aunque durante los trabajos de reforma la materia no fue discutida, al considerarse demasiado ambiciosa<sup>65</sup>.

La única referencia que encontramos a las resoluciones dictadas en un Estado no miembro es en la nueva regulación de las reglas en materia de litispendencia y conexidad entre tribunales de Estados miembros y no miembros (arts. 33 y 34), por lo que, como apunta P. A. de MIGUEL ASENSIO, se hace cada vez más conveniente la adopción de reglas comunes en la materia<sup>66</sup>.

Un dato positivo a destacar es que, a diferencia de lo que ocurría en la Propuesta de Reglamento, la nueva regulación se aplica a todas las resoluciones al no hacerse ninguna distinción según las materias.

**27.** Por lo que se refiere al reconocimiento, el art. 36 recoge la conocida fórmula del reconocimiento automático introduciéndose, no obstante, como variantes que cualquier parte interesada podrá solicitar que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación

<sup>63</sup> A diferencia de lo que ocurre en el vigente Reglamento Bruselas I se establece como novedad, en el art. 2, que: “a los efectos del Capítulo III, resolución engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución”. En el supuesto de que la medida provisional o cautelar sea ordenada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea competente en cuanto al fondo del asunto, su eficacia se circunscribe al territorio de ese Estado. A juicio de R. ARENAS GARCÍA, “Del Reglamento Bruselas I...”, op. cit, p. 382, “la medida contribuirá a evitar el *forum shopping* cautelar...”.

<sup>64</sup> Desde su reunión de Padua en 2009 el Grupo europeo viene trabajando dicha cuestión elaborando, durante su 20ª reunión de 2010, en Copenhague, un texto cuyo contenido recoge las clásicas soluciones del Convenio de Bruselas de 1968 basadas en el reconocimiento automático de las resoluciones y procedimiento de exequátur. Vid, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Application of the Brussels I Regulation to External Situations. From Studies Carried out by the European Group for Private International Law to the Proposal for the Revision of the Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 333 ss; A. BORRÁS RODRÍGUEZ Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “XXª Reunión del Grupo europeo de Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, nº 2, 2010, pp. 333-336.

<sup>65</sup> S.M. CARBONE, “What about the Recognition of Third States’ Foreign Judgments?”, en F. POCAR, I. VIARENGO, F.G. VILLATA (eds), *Rescating Brussels I...*, op. cit, pp. 299-309; K. TAKAHASHI, “Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Member States (Third States)”, *Yearbook of Private International Law*, 2012, pp. 1-15.

<sup>66</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit, p. 5. Este autor se muestra crítico con la carencia del Reglamento si se tiene en cuenta la competencia exclusiva de la Unión para firmar acuerdos con terceros Estados en materia de reconocimiento y ejecución. Al respecto hay que hacer referencia a que la *Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2010* consideró que teniendo en cuenta el gran número de Convenios bilaterales entre Estados miembros y terceros países y de las condiciones de reciprocidad y reconocimiento internacional, la solución debería buscarse paralelamente en la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, mediante la reanudación de las negociaciones sobre un convenio internacional sobre resoluciones judiciales.

Al hilo de esta cuestión hay que recordar que en 2012 la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado consideró conveniente retomar los trabajos relativos a la elaboración de un Convenio global sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales (tras el fracaso, recuérdese, del ambicioso proyecto inicial). En este sentido en agosto de 2013 la Oficina Permanente ha lanzado el “Document de procédure sur la poursuite du projet sur les jugements” (<http://www.hchc.net>).

del reconocimiento; y que la posibilidad de invocar el reconocimiento como cuestión incidental, solo se prevé cuando lo que se solicita es la denegación del reconocimiento. La parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución deberá presentar la documentación que se enumera en el art. 37 (copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para su autenticidad y el certificado expedido por el órgano jurisdiccional de origen conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo I).

El reconocimiento puede ser denegado, a petición de cualquier parte interesada, por los mismos motivos que los del Reglamento 44/2001 y que ahora vienen recogidos, con algunas variantes, en el art. 45: a) el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; b) cuando la resolución se haya dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo; c) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; d) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes, en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido; e) cuando se hubieren desconocido las normas de competencia judicial en materia de seguros, contratos celebrados por los consumidores y contrato individual de trabajo o no se hubieran respetado los foros exclusivos recogidos, ahora, en el art. 24.

Como puede comprobarse las principales diferencias con respecto al Reglamento Bruselas I son las siguientes: de un lado, se unifican en un solo artículo todos los motivos de denegación; se incluye la vulneración de los foros en materia de contrato individual de trabajo<sup>67</sup>; y, por último, el control de la competencia judicial internacional en los supuestos de foros de protección opera cuando la parte débil (el tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador), sea el demandado.

Si esta regulación no varía sustancialmente de la actualmente vigente, no puede decirse lo mismo con respecto a la ejecución.

**28.** La primera gran novedad es la supresión del procedimiento destinado a declarar ejecutiva la resolución en el Estado miembro requerido (el tradicional mecanismo de exequátur), de forma que: *“las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de ésta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”* (art. 39). La eliminación del exequátur queda avalada por el éxito de la aplicación del Reglamento Bruselas I, representa un paso más en la consecución del *Programa de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* y supondrá un ahorro para empresas y ciudadanos a la hora de hacer valer sus derechos en cualquier otro Estado miembro<sup>68</sup>.

Como consecuencia de ello la decisión debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido consagrándose, como afirma A. NUYTS, un principio de asimilación de la resolución dictada en el Estado de origen con la dictada en el Estado requerido<sup>69</sup>. La declaración de ejecutividad, que antes era concedida por el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido, compete ahora al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, es decir, nos encontramos ante un exequátur o *“declaración de ejecutividad automática”*<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> A juicio de J.P. BERAUDO, “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I...”, op. cit, p. 759-760, en lugar de haber prescindido del control de la competencia judicial internacional, dejando a salvo las competencias exclusivas, el nuevo Reglamento añade el del contrato individual de trabajo, cosa que ningún texto había previsto.

Recuérdese que la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2010 solo hacía referencia a los motivos de denegación del art. 34 RBI.

<sup>68</sup> En palabras de la Vicepresidenta de la Comisión europea y responsable de Justicia, Vivianne Reding, “la abolición del exequátur permitirá ahorrar más de 47 millones de euros al año y facilitará los negocios transfronterizos, en concreto para las pymes, y así contribuirá a la recuperación económica de Europa” (*La Ley*, nº 7878, 12 de junio de 2012).

<sup>69</sup> A. NUYTS, “La refonte du Règlement Bruxelles I...”, op. cit, p. 10.

<sup>70</sup> F. GARAU SOBRINO, “La declaración de ejecutividad automática...”, op. cit, p. 95.

A petición de la parte interesada el órgano de origen expedirá un certificado utilizando el modelo de formulario del Anexo I, que el solicitante deberá presentar a la autoridad competente del Estado miembro de la ejecución, junto con una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica<sup>71</sup>. Conforme a lo que dispone el art 41.3 a la persona que solicita la ejecución no se le exigirá que tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido ni que tenga un representante autorizado, a menos que dicho representante sea obligatorio con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes.

**29.** Si la regla general es que la ejecución de la resolución se realizará como si se tratase de una resolución nacional, conforme a lo dispuesto en las respectivas legislaciones de los Estados miembros, hay que tener en cuenta, no obstante, que el Reglamento establece las siguientes previsiones<sup>72</sup>.

Cuando se haya solicitado la ejecución de la resolución ante un tribunal de un Estado miembro deberá notificarse a la persona contra la que se insta el certificado del Anexo I acompañado de la resolución, si ésta todavía no se le ha notificado. Dicha notificación deberá realizarse con una antelación razonable antes de la primera medida de ejecución (debiéndose entender como tal la primera después de dicha notificación –*Considerando 32*-).

Si la persona contra la que se solicita la ejecución está domiciliada en un Estado miembro distinto del de origen, podrá solicitar una traducción de la resolución con el fin de impugnarla si no está redactada o no vaya acompañada de traducción a una lengua que comprenda o a la/s lengua/s oficial/es del lugar donde tiene su domicilio. Hasta que dicha traducción sea proporcionada no podrá adoptarse ninguna medida de ejecución, a salvo de las cautelares<sup>73</sup>. El problema que puede presentarse en la práctica es que algunos demandados habilitados quieran aprovecharse de esta posibilidad y soliciten la traducción únicamente con una finalidad dilatoria de la ejecución de la resolución.

**30.** Como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a las distintas medidas de ejecución, se establece en el art. 54 que “*si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares*”. Esta adaptación no puede tener más efectos que los dispuestos en el Estado miembro de origen (previsión lógica con la teoría de la extensión de efectos)<sup>74</sup>; y cualquiera de las partes podrá recurrirla ante un órgano jurisdiccional. Como ha sido señalado por la doctrina, este art. 54 recoge un criterio de “equivalencia funcional” conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>75</sup>. Ahora bien, el Reglamento no aclara cómo se procede a tal adaptación, quién debe realizarla y ante qué órgano jurisdiccional puede recurrirse, por lo que, como afirma el *Considerando 28*, cada Estado miembro deberá determinar dichos extremos. Al respecto consideramos que podrá resultar de mucha ayuda la información que los

<sup>71</sup> En el caso de solicitarse la ejecución de una resolución que ordena una medida provisional o cautelar deberá presentarse antes las autoridades competentes la documentación que señala el art. 43.2. La autoridad de ejecución competente solo podrá exigir al solicitante que presente una traducción de la resolución si no puede continuar sus diligencias sin ella.

<sup>72</sup> Según una reiterada jurisprudencia del TJUE “una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento del jurídico del Estado miembro requerido, las normas nacionales de este último Estado relativas a la ejecución se aplican de la misma manera que a las resoluciones adoptada por los órganos jurisdiccionales nacionales”, entre otras, STJUE de 2 de julio de 1985, asunto C-184/84, *Deutsche Genossenschaftsbank S.A./Brasserie du Pêcheur* (Rec. 1985, p. 00755). Conforme a lo que dispone el art. 523.2 LEC la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo conforme a lo previsto en la presente Ley (en el Título III), salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España. En el caso de nuestro ordenamiento habrá que distinguir según se trate de ejecución dineraria (arts. 571 ss LEC), o de la ejecución no dineraria (arts. 699 ss LEC).

<sup>73</sup> Como establece el art. 57 las traducciones hechas en virtud del presente Reglamento deberán ser efectuadas por personas cualificadas para realizar traducciones en uno de los Estados miembros. Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión las lenguas aceptadas para las traducciones de los formularios (art. 75.d).

<sup>74</sup> Recuérdese las SSTJUE de 4 de febrero de 1988, asunto C-145/86, *Hoffmann/Krieg* (Rec. 1988, p. 00645) y de 28 de abril de 2009, asunto C-240/07, *Apostolides/Orams* (Rec. 2009, p. 03571).

<sup>75</sup> En este sentido, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, op. cit, p. 4 y A. NUYTS, “La refonte du Règlement Bruxelles I...”, op. cit, pp. 10-11.

distintos Estados miembros deben proporcionar, dentro del marco de la Red Judicial Europea, sobre sus normas y procedimientos nacionales en materia de ejecución (y que debería ser lo más completa posible).

**31.** Con la nueva regulación se agilizará considerablemente la ejecución de las resoluciones en el espacio europeo, al eliminarse un procedimiento intermedio. Ahora bien, este progreso sólo estará garantizado en la medida que no exista oposición a la ejecución porque, como ya hemos analizado, la supresión del exequátur en el Reglamento 1215/2012 se vincula a una serie de garantías en la fase de ejecución. Tal y como afirma el *Considerando 29*: “la persona contra la que se inste la ejecución debe poder oponerse al reconocimiento o la ejecución de la resolución si considera que concurre uno de los motivos para denegar el reconocimiento de la misma”. Así entendida, la supresión del exequátur ha supuesto un importante avance, pero dista mucho de las soluciones de los otros Reglamentos<sup>76</sup>.

En concreto establece el art. 46 que la ejecución de una resolución se denegará, a petición de la persona contra la que se haya instado la ejecución, por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 45, artículo que se limita a recoger los motivos del Reglamento Bruselas I. A ellos hay que unir los motivos que podrían invocarse sobre la base de un acuerdo entre el Estado miembro requerido y un tercer Estado, celebrado conforme al art. 59 del Convenio de Bruselas de 1968<sup>77</sup>; y el hecho de no haber tenido la oportunidad de defenderse en caso de que la resolución se haya dictado en rebeldía en el marco de una acción civil vinculada a un proceso penal (*Considerando 29*).

**32.** A nuestro juicio si había que mantener ciertas salvaguardas en el Estado miembro de ejecución, las que se han mantenido nos parecen excesivas puesto que, además, también se aplicarán los motivos de denegación o suspensión de la ejecución previstos en la legislación del Estado miembro requerido, siempre que no sean incompatibles con los del propio Reglamento (art. 41)<sup>78</sup>. Esta previsión afectará, sin lugar a dudas, a la legislación de los Estados miembros puesto que si es cierto que el procedimiento de denegación de la ejecución se regirá por la ley del Estado miembro requerido, también lo es que los motivos de oposición a la ejecución nacionales sólo podrán oponerse cuando sean compatibles con los establecidos en el Reglamento y no impliquen una revisión de fondo de la resolución (art. 52).

Habrá que esperar, en consecuencia, a cómo se regula en las distintas legislaciones estatales el procedimiento para la oposición a la ejecución<sup>79</sup>; y al respecto una cuestión que nos planteamos es si el legislador español creará conveniente elaborar una norma concreta para la aplicación práctica del Reglamento 1215/2012 en nuestro ordenamiento o si asistiremos a la publicación de una nueva Disposición Final de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>80</sup>.

**33.** La solicitud de denegación de la ejecución se presentará ante los órganos jurisdiccionales que, de conformidad con el art. 75 a), hayan sido comunicados por los distintos Estados miembros a la Comisión, debiendo presentar el solicitante, en el plazo previsto por la *lex fori*, una copia de la reso-

<sup>76</sup> Como sostiene J.P. BERAUDO, “Regards sur le nouveau Règlement”, op. cit. p. 741, “On peut regretter que le règlement (CE) n° 805/2004 créant le titre exécutoire européen ait été complètement ignoré alors qu’il aurait pu servir de base de départ pour le Règlement (UE) n° 1215/2012”. Para A. NUYTS, “La refonte du Règlement...”, op. cit. p. 13, la solución final de mantener en el Estado miembro requerido el control de la regularidad de la decisión ha representado un paso atrás en relación con la Propuesta de Reglamento.

<sup>77</sup> Esta disposición hace referencia a los Convenios en cuya virtud los Estados miembros se comprometen a no reconocer una resolución dictada sobre la base de un foro exorbitante contra un demandado que tuviese su domicilio en un tercer Estado.

<sup>78</sup> Esta cuestión fue ya debatida en la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, asunto C-139/10, *Prims Investments BV/JA var der Meer*, y al respecto se consideró que un motivo de oposición del derecho nacional (como por ejemplo, el cumplimiento del pago por vía de compensación de créditos) no puede tenerse en cuenta en el marco del procedimiento de recurso contra el exequátur, sino en la fase posterior de la ejecución efectiva.

Por lo que se refiere al derecho español, los motivos de oposición a la ejecución están previstos en los arts. 556 a 559 LEC.

<sup>79</sup> Sobre los problemas que plantea esta cuestión vid. R. ARENAS GARCÍA, “Del Reglamento Bruselas I...”, op. cit. pp. 380-381.

<sup>80</sup> Recuérdese que mediante la Ley 19/2006 de 5 de junio (BOE n° 134, de 6 de junio de 2006), se incorporaron dos nuevas disposiciones finales a la LEC para facilitar la aplicación en España del Reglamento 805/2004 y del Reglamento 2201/2003.

lución y, cuando sea necesario, una traducción o transcripción de ésta. No se le podrá exigir que tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido ni que tenga un representante autorizado en dicho Estado (a menos que dicho representante sea obligatorio con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes).

Una vez que se solicita la denegación de la ejecución, y a instancia de de la parte que la solicitó, el órgano requerido podrá decidir: a) limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares; b) condicionar la ejecución a la constitución de las garantías que determine el propio órgano; o c) suspender, en todo o en parte, el procedimiento de ejecución (suspensión que procederá, según el art. 51, si se presentó un recurso contra la resolución en el Estado miembro de origen o si aún no ha expirado el plazo para interponerlo). En todo caso si en el Estado miembro de origen se hubiera suspendido la fuerza ejecutiva de la resolución, deberá suspenderse el procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido.

La solicitud sobre la denegación de la ejecución debe resolverse, conforme establece el art. 48, sin demora y sobre dicha resolución podrá interponerse recurso por cualquiera de las partes ante el órgano jurisdiccional que cada Estado miembro haya comunicado a la Comisión. La resolución sobre el recurso solo podrá ser objeto de un recurso ulterior ante el órgano jurisdiccional designado. A diferencia de lo que ocurre en el vigente Reglamento los plazos para la interposición de los recursos pertinentes van a ser los de la *lex fori* por lo que la ejecución podrá alargarse, más o menos en el tiempo, en función del Estado donde se solicite <sup>81</sup>.

**34.** Si está claro que el recelo y la preocupación por los derechos de defensa han justificado mantener salvaguardas en el Estado de la ejecución, el nuevo Reglamento se ha mostrado poco innovador al decantarse por una fórmula intermedia y mantener los mismos motivos de denegación de la regulación actualmente vigente. Habrá que estar atentos a su aplicación práctica para saber el porcentaje de oposiciones a la ejecución de resoluciones dictadas en su ámbito de aplicación. Sólo si fuese mínimo podríamos afirmar que la supresión del exequátur en el nuevo Reglamento ha sido un logro y que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el espacio europeo, una realidad.

**35.** Hasta ese momento nos gustaría terminar con una reflexión final. La reforma del Reglamento Bruselas I pone de manifiesto la falta de criterios uniformes del legislador europeo en materia de supresión del exequátur. Cada Reglamento entiende esa supresión de una forma diferente y para conseguirlo utiliza técnicas distintas. Las razones que, por ejemplo, justificaron en el Reglamento Bruselas II bis el control de la sentencia en origen valen sólo para ese concreto instrumento, porque en Bruselas I se han entendido de forma distinta. Difícil nos resulta encontrar dos Reglamentos con idénticas soluciones, cada uno tiene su propia idiosincrasia... ¿Quién da más?<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Muy crítico con este aspecto A. NUYTS, “La refonte du Reglement Bruxelles I...”, op. cit, p. 14; BL. JE TIMMER, “Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?”, *Journal of Private International Law*, 2013, pp. 139-140.

<sup>82</sup> La fecha de entrega del presente trabajo es 30 de diciembre de 2013.

VARIA

# CAPACIDAD DEL VENDEDOR DE UN INMUEBLE Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO 44/2001

CELIA CARRILLO LERMA

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia  
Doctoranda en Derecho Internacional Privado  
Universidad de Murcia*

Recibido:18.01.2014 / Aceptado: 22.01.2014

**Resumen:** La capacidad de las personas físicas es materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 ex art. 1.2 a). ¿Es la capacidad del vendedor materia excluida o, por el contrario, se la considera materia contractual? El presente trabajo pretende dar a conocer un pronunciamiento del TJUE inédito hasta ahora, que constituye una de esas inusitadas veces en que el Tribunal realiza una interpretación extensiva del referido artículo, con la desventaja que ello conlleva: la exclusión de la aplicación del Reglamento.

**Palabras clave:** capacidad, materia excluida, materia contractual, interpretación extensiva.

**Abstract:** The legal capacity of natural persons subject is excluded from the scope of Regulation 44/2001 ex art. 1.2 a). Is the capacity of the seller an excluded issue or, contrariwise, is it considered a contractual matter? The present paper aims to provide a statement of the ECJ hitherto untold, which is one of those unusual times when the Court makes an extensive interpretation of that article, with the disadvantage that it entails: the exclusion of the application of the Regulation.

**Key words:** legal capacity, excluded issue, contractual matter, extensive interpretation.

**Sumario:** I. Introducción. II. La STJUE 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*. 1. Antecedentes del caso y cuestión prejudicial. 2. La posición del TJUE: una solución cuestionable. III. Delimitación de conceptos. 1. Derechos reales versus derechos personales. Alcance material del art. 22.1 del R.44/2001. 2. Proceso de incapacitación versus proceso sobre la capacidad del vendedor. Interpretación errónea del TJUE y competencia judicial internacional. 3. El vacío legal de la jurisdicción voluntaria. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. «La pereza viaja tan despacio que la pobreza no tarda en alcanzarla». Como un guante sienta esta cita de Benjamin Franklin al presente trabajo, pues pobre es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia (Sala Tercera) 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*.

2. El presente trabajo pretende dar a conocer al lector la interpretación que del artículo 1.2 a) del R.44/2001<sup>1</sup> realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, precepto a cuyo propósito no

<sup>1</sup> Reglamento (CE) n° 44/2000 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 (DOUE L 12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23).

había tenido ocasión de pronunciarse hasta hace pocos meses, en el Asunto C-386/12, *Siegfried János Schneider*<sup>2</sup>.

3. Pero mostrar la posición del TJUE sobre la interpretación de aquel artículo no es el único objeto de este trabajo. Se analizan los errores cometidos por los tribunales implicados en el asunto y se ofrece la que, a juicio de quien esto escribe, es la solución acertada a un caso como el del proceso principal.

## II. La STJUE 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*

### 1. Antecedentes del caso y cuestión prejudicial

4. Las cuestiones fácticas del caso tienen su origen en un proceso de jurisdicción voluntaria instado por el Sr. Siegfried János Schneider, ciudadano húngaro sometido a curatela por un tribunal de Hungría conforme a la ley húngara.

5. El Sr. Schneider hereda de su madre una mitad indivisa de un inmueble sito en Lóvech, Bulgaria. Es su deseo vender el piso para sufragar con el dinero obtenido mediante la venta «sus gastos médicos recurrentes» y los «derivados de su permanencia en un centro sanitario»<sup>3</sup> en Hungría, de lo que se extrae, en principio, que la residencia habitual del Sr. Schneider se halla, presumiblemente, en éste país.

6. A razón de la venta de inmueble pretendida y con el beneplácito de su curador, el Sr. Schneider inicia un proceso mediante el que pretende obtener del tribunal de instancia búlgaro una autorización para celebrar el contrato de compraventa con éxito y poder transmitir la propiedad del inmueble al futuro comprador.

7. El órgano jurisdiccional (*Sofiyski rayonen sad*), después de declararse competente, le deniega la autorización solicitada con fundamento en el *Semeen kodeks* (Ley –búlgara– de familia), cuyo art. 168.2 determina que «los actos de disposición de inmuebles que son propiedad de personas parcialmente incapacitadas precisarán de la autorización del *Rayonen sad* (tribunal regional) en cuya circunscripción territorial tengan su domicilio dichas personas, autorización que será concedida siempre que tal acto de disposición no resulte contrario a los intereses de las mismas<sup>4</sup>», puesto que considera que resulta «contrario a los intereses del Sr. Schneider, persona mayor de edad protegida por un régimen de curatela, vender el inmueble e ingresar el importe obtenido en un fondo cuando, al mismo tiempo, seguiría careciendo en Hungría de alojamiento propio<sup>5</sup>».

8. El Sr. Schneider, como es natural, decide recurrir dicha sentencia ante el tribunal de apelación búlgaro competente (*Sofiyski gradski sad*). Este órgano plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre la interpretación del art. 22.1 del R.44/2001, por dudar sobre su aplicación al caso al tratarse de un proceso de jurisdicción voluntaria<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> STJUE 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*, FJ 7, <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>3</sup> *Ibidem*, FJ 10.

<sup>4</sup> *Ibidem*, FJ 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, FJ 11.

<sup>6</sup> *Ibidem*, FJ 13: «¿Es aplicable el artículo 22, número 1, del [Reglamento nº 44/2001] sólo a los procedimientos contenciosos en materia de derechos reales inmobiliarios, o ha de aplicarse también a los de jurisdicción voluntaria en que los ciudadanos de un Estado miembro que han sido parcialmente incapacitados por un órgano jurisdiccional de dicho Estado con arreglo a la legislación de éste y a los que se ha nombrado curador (que también es ciudadano de ese Estado miembro) solicitan poder disponer de inmuebles de su propiedad sitos en otro Estado miembro?».

## 2. La posición del TJUE: una solución cuestionable

9. Sobre la cuestión planteada no se han dado antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que la doctrina *Siegfried János Schneider* supone un pronunciamiento único y novedoso. Mayor razón para que la Sala se hubiese esforzado más en dar la solución adecuada. Dicho de otro modo: el TJUE perdió una oportunidad preciosa de ofrecer a todos la correcta interpretación que del art. 1.2 a) R.44/2001 debe hacerse -con relación, claro está, a los elementos del caso-.

10. La postura del TJUE es la que sigue: «*El Reglamento (CE) n° 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, y en particular su artículo 22, número 1, debe interpretarse en el sentido de que no es de aplicación a un procedimiento de jurisdicción voluntaria entablado ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un ciudadano de otro Estado miembro, que ha sido parcialmente incapacitado al ser sometido a curatela con arreglo a la legislación del Estado de su nacionalidad, y mediante el que dicho ciudadano solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en el primer Estado miembro, puesto que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con la «capacidad de las personas físicas» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento, la cual está excluida del ámbito de aplicación material de éste*».

11. El apartado a continuación ofrece una serie de delimitaciones conceptuales y reflexiones con el fin de ayudar al lector a comprender el alcance de los errores cometidos por los tribunales implicados en el asunto y aportar, al mismo tiempo, una solución.

### III. Delimitación de conceptos

#### 1. Derechos reales *versus* derechos personales. Alcance material del art. 22.1 R.44/2001

12. De la lectura de la cuestión prejudicial se extrae que el órgano jurisdiccional de origen identifica el objeto del proceso principal con los derechos reales inmobiliarios. Cree concretamente que, en principio, son subsumibles en el apartado 1 del art. 22 del R.44/2001 los actos de disposición de los inmuebles.

13. En relación a ese precepto, la Sala le contesta con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del art. 16.1 a) del Convenio de Bruselas de 1968 que, como manifiesta la Sala, «*según el considerando 19 del Reglamento 44/2001, es asimismo válida para la interpretación del artículo 22, número 1, de éste...*». Dicha jurisprudencia consiste en que «*dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare sito no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquéllas que, al mismo tiempo, se incluyan en el ámbito de aplicación de dicho Convenio y correspondan a las destinadas, por una parte, a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y, por otra, a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos...*»<sup>8</sup>.

14. Con dicha respuesta el TJUE le da a conocer al tribunal de origen la jurisprudencia sobre la interpretación del art. 22.1 R.44/2001 que, si bien es apropiada, no ofrece una solución a su caso concreto. Es correcta por el siguiente argumento: el litigio principal no tiene por objeto derechos reales sobre bienes inmuebles. Así, el Auto del TJCE 5 abril 2001 (C-518/99, *Gaillard*, [RJ 2001/2771]) interpreta el art. 16.1 CB en el sentido de que «*no basta con que la acción afecte a un derecho real inmobiliario o tenga relación*

<sup>7</sup> Vid. también art. 68 R.44/2001.

<sup>8</sup> Vid. STJCE 10 enero 1990, as. C-115/88, *Reichert I* (RJ 1990/27), FJ 11, y STJCE 18 mayo 2006, as. C-343/04, *ČEZ* (RJ 2004/4557), FJ 30, cit. en STJUE 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*, FJ 21. Vid. también FJ 28.

con un bien inmueble. Es preciso, por el contrario, que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal, salvo la excepción prevista respecto a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles»<sup>9</sup>. En este supuesto el TJCE realiza una interpretación restrictiva<sup>10</sup> a la par que acertada del art. 22 R.44/2001 excluyendo de dicho precepto la «Acción de resolución de un contrato de venta de inmueble»<sup>11</sup>.

15. En sintonía con esta doctrina, el art. 22.1 del R.44/2001 «sólo abarca aquellas acciones cuyo objeto y fundamento es un derecho *in rem*: la propiedad, la posesión, el usufructo, la hipoteca, etc.<sup>12</sup>, y la acción deriva del ejercicio *inmediato* de ese derecho...». Así, se deben excluir las acciones personales aunque tengan que ver con un inmueble como, por ejemplo, las acciones por incumplimiento de un contrato de compraventa de inmueble<sup>13</sup>.

16. ¿Para qué pretende el Sr. Schneider completar su mermada capacidad legal mediante la autorización judicial? Para transmitir la propiedad, efectivamente. Pero no para disponer del inmueble. El proceso no afecta a su derecho real de propiedad, pues sus facultades, como propietario, del inmueble, es decir, el contenido de su derecho de propiedad, entre las que figura la facultad de disposición, la conserva intacta. No está limitada, pues nadie más ostenta un derecho real sobre el bien -como la posesión o el usufructo, p. ej.-. Es por ello, se insiste, que el objeto del procedimiento de jurisdicción voluntaria que se suscita en este caso no versa, por lo tanto, sobre un «derecho real inmobiliario».

17. El Sr. Schneider necesita la autorización judicial al objeto de poder celebrar válidamente la compraventa del inmueble, pues el futuro contrato no nacerá si falta el consentimiento -elemento esencial del contrato-, y debido a ello no podrá transmitir la propiedad, porque se carecerá de título al efecto. Sin embargo, debe dejarse claro de nuevo que ello no afecta a su derecho de propiedad, sino a la capacidad para celebrar válidamente actos jurídicos.

18. Esto es algo que el TJUE no aclara al tribunal búlgaro, lo cual lleva a deducir que, o la Sala es proclive a la pereza, o lo ignora. Ambas posibilidades podrían concurrir, ya que la Sala le proporciona una pista en los FJ 21 y 28 -o, dicho de otro modo, iba bien encaminada-, pero, por otro lado, no parece haber alcanzado la verdadera respuesta de la no aplicación del art. 22.1 del R.44/2001 al caso. En otras palabras, sabe que el objeto del proceso no son los derechos reales inmobiliarios pero desconoce cuál es. A ello se dedica el siguiente apartado.

## 2. Proceso de incapacitación *versus* proceso sobre la capacidad del vendedor. Interpretación errónea del TJUE y competencia judicial internacional

19. Queda claro que el TJUE conoce que el proceso principal no versa sobre derechos reales inmobiliarios. ¿Cuál sostiene el TJUE, entonces, que es el objeto del proceso?

<sup>9</sup> Vid. STJCE 17 mayo 1994, as. C-294/92, *Webb* (RJ 1994/1717); STJCE 9 junio 1994, as. C-292/93, *Lieber* (RJ 1994/2535); STJCE 27 enero 2000, as. C-8/98, *Dansommer* (RJ 2000/393).

<sup>10</sup> En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sección 5.ª Competencias exclusivas. Artículo 16”, 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, Coed. Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1995, p. 326: « Debe procederse una interpretación estricta de las materias y los foros de competencia judicial internacional contemplados en el art. 16, lo que determina la imposibilidad de aplicación analógica o extensiva del precepto...»; L. DE LIMA PINHEIRO, “Section 6. Exclusive jurisdiction. Article 22” en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (editors), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation (2nd Revised Edition)*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 417, con cita a KROPHOLLER, GAUDEMET-TALLON Y CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ.

<sup>11</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, p. 209.

<sup>12</sup> En el mismo sentido y con cita a J.M. ESPINAR VICENTE, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sección 5.ª Competencias exclusivas. Artículo 16”, op. cit., p. 328. También, L. DE LIMA PINHEIRO, “Section 6. Exclusive jurisdiction. Article 22, op. cit., p. 420, con cita al Informe Schlosser -paras. 171-172 v. inglesa-, KROPHOLLER y GAUDEMET-TALLON.

<sup>13</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, p. 150.

**20.** En el FJ 30 de la Sentencia recaída en el Asunto *Siegfried János Schneider* refiere de forma textual que «... en el litigio principal, el objeto exclusivo del procedimiento es determinar si la enajenación del inmueble conviene a los intereses de la persona parcialmente incapacitada...». Primer error. El Sr. Schneider no insta el proceso de jurisdicción voluntaria para que el tribunal búlgaro se pronuncie sobre la conveniencia de la venta del piso a sus intereses.

**21.** El segundo error viene dado por la calificación del proceso por la Sala como relativo a la «capacidad de las personas físicas» en el sentido del art. 1.2 a) R.44/2001. Tal desacierto tiene consecuencias desastrosas, pues provoca la mismísima exclusión del objeto del proceso del ámbito material del R.44/2001, al encuadrar la materia en las exclusiones de aquel artículo<sup>14</sup>, por lo que las reglas de competencia del Reglamento no van a ser aplicadas por el tribunal búlgaro –así como por ningún otro órgano jurisdiccional de los EE.MM. que acate esta doctrina-.

**22.** ¿Está realmente excluido el objeto del proceso principal del ámbito del R.44/2001? ¿Versa el proceso sobre «la capacidad de las personas físicas» en el sentido del art. 2.1 a) R.44/2001? Ambas respuestas deben ser «no». El proceso principal versa sobre la capacidad del vendedor de un futuro contrato de compraventa de inmueble, no sobre la incapacidad del Sr. Schneider. El Sr. Schneider no inicia el proceso para discutir su incapacidad, sino para completar su capacidad para celebrar un acto jurídico concreto de forma eficaz. La capacidad para celebrar un contrato es necesaria para la formación válida del consentimiento, que es uno de los elementos esenciales o constitutivos del contrato. Y los elementos esenciales de la contratación son *materia contractual*<sup>15</sup>, que está incluida en su totalidad en el ámbito de aplicación del R.44/2001. Por tanto, la competencia del proceso principal se determina conforme a las reglas contenidas en el Reglamento.

**23.** El art. 1.2 R.44/2001 suele ser interpretado por el TJUE de forma restrictiva<sup>16</sup>, si bien en algún asunto concreto, como el aquí analizado, ha efectuado una interpretación expansiva sin motivo aparente. Así, en materia de «regímenes matrimoniales», la conocidísima STJCE 27 marzo 1979, *De Cavel I*, entre otras<sup>17</sup>.

**24.** No debe perder de vista el TJUE que la consecuencia de interpretar extensivamente el art. 1.2 del R.44/2001 es la exclusión de su aplicación, lo cual puede resultar desastroso. La aplicación del Reglamento en todos los EE.MM. proporciona seguridad jurídica y unidad, con lo cual lo ideal es que se aplique.

**25.** En cuanto a qué ha de entenderse por «materia contractual», el TJUE tiene la preferencia de utilizar «una interpretación autónoma» a efectos del R.44/2001. Y, a este respecto, “También se incluyen en el foro previsto por el art. 5.1 las pretensiones que afectan a la *totalidad del contrato*, por ejemplo, las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia contractual”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Del ámbito de aplicación material del R.44/2001 están excluidos *ex art. 1.2 a)* las siguientes materias concretas: el «nombre de las personas físicas, inicio y fin de la personalidad, ausencia y declaración de fallecimiento, validez y efectos del matrimonio, divorcio, separación y nulidad matrimonial, filiación, protección de menores e incapacidad». A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit., p. 187.

<sup>15</sup> Así, si por faltar alguno de sus elementos esenciales el contrato fuese nulo, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, con cita a A. HUET, señala que «la demanda que tiene por objeto la nulidad de un contrato entra en el ámbito aplicativo del art. 5.1 del Convenio (que comprende toda la «materia contractual»), a pesar de las reticencias de ciertos sectores doctrinales (H. BATIFFOL, P. LAGARDE, P. GOTHOT, D. HOLLEDAUX)». Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sección 5.ª Competencias exclusivas. Artículo 16”, op.cit., p. 87. Vid. también H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001. Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 2002, p. 134, con referencia a la STJCE 4 marzo 1982, as. C-38/81, *Effer c. Kantner* (RJ 1982/185), FJ 7.

<sup>16</sup> M. DESANTES REAL / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, cit. en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit. p. 188.

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit., p. 188.

<sup>18</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 93-94. En igual sentido, P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction. Article 5” en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (editors), *European Commentaries...*, op. cit., pp. 128-129 y 130. Señala, además, lo bien que conecta esta solución con el art. 8.1 del CR 1980 sobre ley aplicable a las materias

26. La CJI, al tratarse de un contrato de compraventa de inmueble y no ser aplicables las “soluciones directas” del art. 5.1 del R.44/2001, se precisaría conforme al “método analítico-distributivo” desarrollado por el TJCE. Determina que «Es competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, que es la obligación presuntamente incumplida. Para concretar el lugar... debe aplicarse la ley que regula el contrato... (que) se determina con arreglo a las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto»<sup>19</sup>. Es cierto que, en este caso, el contrato no ha nacido aún pero es posible la determinación del lugar de ejecución<sup>20</sup> del futuro contrato sin problema, al tratarse de la venta de un bien inmueble –prestación característica = entrega del inmueble-. Así, las normas vigentes en Bulgaria para precisar la ley aplicable al contrato son las contenidas en el Reglamento Roma I, que señala como ley aplicable al contrato de venta de inmueble la ley del país donde éste se hallare sito<sup>21</sup>, y ésta es la ley búlgara. Es decir, el Derecho sustantivo búlgaro será el que determine el lugar de ejecución del futuro contrato y, por consiguiente, el tribunal competente para conocer del proceso principal en este caso, que casi seguro será el lugar de situación del inmueble –Bulgaria-<sup>22</sup>.

### 3. El vacío legal de la jurisdicción voluntaria

27. En la Sentencia *Siegfried János Schneider*, el TJUE no contesta al tribunal búlgaro sobre la aplicación del art. 22.1 del R.44/2001 al procedimiento de jurisdicción voluntaria. Y lo curioso es que de la cuestión planteada por el segundo se deduce, claramente, que su mayor duda –la verdadera razón de su consulta al TJUE- radica en desconocer si aquel precepto se extiende también a este tipo de procesos.

28. De hecho, expresa de forma textual que el art. 22.1 R.44/2001 «*debe interpretarse en el sentido de que no es de aplicación a un procedimiento de jurisdicción voluntaria... puesto que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con la «capacidad de las personas físicas» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de dicho Reglamento, la cual está excluida del ámbito de aplicación material de éste».*

29. Con esta respuesta no deja claro si la jurisdicción voluntaria queda, en general, fuera del ámbito de aplicación del R.44/2001 o se refiere, particularmente, a este caso por versar, a juicio del Tribunal, sobre la «capacidad de las personas físicas» a efectos del art. 2.1 a) R.44/2001.

30. Al respecto existe una laguna legal, pues el Reglamento, ni excluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria de su ámbito de aplicación, ni tampoco lo menciona en su articulado. A.L. CALVO

---

contractuales –de forma menos clara, el art. 12.1.e) Reg. Roma I-. Además, como apunta, admitir lo contrario supondría otorgar una excepción al demandado sobre la inexistencia del contrato para *privar* al demandante del foro contenido en el contrato. Vid. igualmente, sobre este aspecto en el contrato de distribución M.A. CEBRIÁN SALVAT, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 5, número 1, 2013, pp. 125-138. En el plano de la Ley aplicable, la cuestión está relacionada con la aplicación de la “*Putative Law Of The Contract*”. Vid. al respecto, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo V, Derecho internacional privado e interregional, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer España, 2012, pp. 603-766, esp. p. 701-707, así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 199-212.

<sup>19</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, Comares, 2010, p. 471.

<sup>20</sup> Ello se halla en sintonía con la «tesis propuesta por la doctrina (A. HUET, DROZ, H. GAUDEMET-TALLON, P. GOTHOT, D. HOLLEAUX)» y con el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por lo que se puede concluir que también con el Reg. Roma I. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sección 2.ª Competencias especiales. Artículo 5”, en A.L. CALVO CARAVACA, (editor), *Comentario al Convenio de Bruselas...*, op. cit., p. 87.

<sup>21</sup> Art. 4.1.c) del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16).

<sup>22</sup> A la «necesidad de solucionar un problema de ley aplicable al contrato para decidir posteriormente sobre la competencia judicial internacional» se le llama «solución conflictualista». «La norma de DIPr. y la *lex contractus* que aquélla designa despliegan, como remarca M. Virgos Soriano, una función auxiliar o integrativa de la norma de competencia judicial internacional». Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sección 2.ª Competencias especiales. Artículo 5”, en A.L. CALVO CARAVACA, (editor), *Comentario al Convenio de Bruselas...*, op. cit., pp. 93-94.

CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ opinan que “la respuesta afirmativa debería imponerse, pues los actos de jurisdicción voluntaria pueden versar también sobre «materia civil o mercantil»<sup>23</sup>”.

**31.** Vetar la aplicación del R.44/2001 a los procesos de jurisdicción voluntaria debe ser calificado de error absoluto. En el presente caso, carece de sentido que las reglas para determinar la competencia que rige un proceso sobre la capacidad del vendedor resulten distintas antes que después de la celebración del contrato, por el mero hecho de no entablarse en un proceso contencioso –lo cual por ahora resulta imposible<sup>-24</sup>.

**32.** De cualquier modo, si se acepta el Informe Jenard, el mismo determina que «El Convenio se aplica igualmente sin considerar el carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria del procedimiento»<sup>25</sup>.

#### IV. Conclusiones

**33.** En primer lugar, parece conveniente referirse a los presumibles *motivos ocultos* del tribunal de instancia búlgaro para denegar la autorización al Sr. Schneider. Bajo una apariencia paternalista, parece encubrir un *nacionalismo jurídico de tinte soberanista*. El Sr. Schneider tiene, según parece, su residencia habitual en Hungría y ostenta la nacionalidad húngara. El único vínculo con Bulgaria es el piso que heredó de su madre. Su lugar de residencia en Hungría no necesariamente ha de ser a título de dueño –puede vivir en Hungría en régimen de arrendamiento con el dinero que obtenga de la venta– y, además, pretende ingresar en un centro sanitario. Desde un primer momento, manifiesta su intención de destinar el importe de la venta a cubrir gastos médicos en Hungría. Los motivos del tribunal para denegar su autorización de venta parecen claros: es de presumir que, casi con seguridad, un ciudadano búlgaro con dinero búlgaro comprará el inmueble sito en Bulgaria, dinero que pasará a circular por Hungría.

**34.** El tribunal de apelación de Sofía yerra al plantear la cuestión prejudicial, puesto que debería haberle preguntado al TJUE sobre la aplicación al caso del R.44/2001 en general, y no sobre la aplicación de su art. 22.1 en particular. Además, debería haberle consultado también sobre los criterios a seguir en la resolución del asunto, pues el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre lo que no se le pregunta.

**35.** El TJUE debería haber contestado de forma clara al tribunal búlgaro, proporcionarle soluciones prácticas; es su cometido salir en auxilio del tribunal de origen para guiarlo hacia la solución correcta, cumplir su función de intérprete del Derecho de la UE. Y, desde luego, no ha de equivocarse en la calificación de la materia objeto del proceso pues, en opinión de quien esto escribe, en el as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*, su error se debe más a su vaguedad que a una completa ignorancia. En otras palabras, si se hubiese esforzado más habría alcanzado la solución acertada.

**36.** El proceso de origen no tiene por objeto «derechos reales inmobiliarios», por lo que no se encuentra entre las competencias exclusivas del art. 22.1 del R.44/2001.

<sup>23</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit. p. 181: «Ahora bien, ciertos autores (F. SALERNO) indican que el R.44/2001 sólo se aplica a «procedimientos contenciosos», pues el Reglamento siempre se refiere a las «partes», a la «causa», al «litigio» (STJUE 2 junio 1994, *Kleinmotoren*), de modo que, de manera implícita, excluye los procedimientos de jurisdicción voluntaria». Vid. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, Seconda Ed., Padova, Cedam, 2003, pp. 43-44.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, aunque a propósito del análisis del art. 5.1 R.44/2001, P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction. Article 5”, op. cit., p. 129: «Additionally, it would not make all too much sense to decide in one forum that the contract exists and then in another forum which claims follow from contract».

<sup>25</sup> Inf. Jenard sobre el CB 1968 (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 122-179).

**37.** El proceso de origen no tiene por objeto la «capacidad de las personas físicas» en el sentido del art. 1.2 a) del R.44/2001, por lo que no está excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento.

**38.** El proceso de origen tiene por objeto la capacidad del vendedor de un futuro contrato de compraventa, lo cual constituye «materia contractual», incluida dentro del ámbito de aplicación del R.44/2001.

**39.** La competencia judicial internacional se determina conforme al “método analítico-distributivo” desarrollado por el TJCE, pues no cabe aplicar las soluciones directas del art. 5.1 R.44/2001 al tratarse de «materia contractual» referida a un contrato de compraventa de inmueble.

**40.** La pasiva actitud del TJUE puede desencadenar, tristemente, la solución errónea de asuntos y la no aplicación del Reglamento. Sólo resta esperar que no transcurra mucho tiempo hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie de nuevo sobre un asunto de las mismas características –o, mejor, sobre la interpretación del art. 1.2 a) R.44/2001 en relación a la capacidad de las personas físicas- y, claro está, cambie su doctrina de modo más ajustado a Derecho.

# AGENCIA COMERCIAL, LEYES DE POLICÍA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Abogada*

*Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido: 18.01.2014 / Aceptado: 22.01.2014

**Resumen:** La cuestión de la posibilidad de aplicar normas internas protectoras de una parte débil a los contratos conectados con el Reglamento Bruselas I y Roma I ha sido trasladada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de un litigio entre un agente belga y un empresario principal búlgaro. El Tribunal europeo deja sin resolver la cuestión de la primacía de estas normas frente a convenios arbitrales, y les abre la puerta frente a la ley que sería aplicable al fondo del asunto, si bien deja la decisión final al juez del foro.

**Palabras clave:** TJUE, leyes de policía, Reglamento Roma I, Convenio de Roma, intereses públicos, normas protectoras, cláusula arbitral, Convenio de Nueva York.

**Abstract:** The issue of the applicability of domestic protective rules to contracts connected to Brussels I Regulation and Rome Convention has been transferred to the ECJ in the context of a dispute between a Belgian agent and a Bulgarian employer. The ECJ leaves unresolved the question of the primacy of these rules against arbitration clauses, but it opens the front door to their applicability instead of the law designated by Rome I Regulation or Convention, even if it leaves the final decision to the court of the forum.

**Key words:** ECJ, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation, Rome Convention, public interest, protective rules, arbitration clause, New York Convention.

**Sumario:** I. Introducción: la regulación de la agencia en la Unión Europea: un estatuto de mínimos. II. Las leyes protectoras del agente como leyes de policía: el caso Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare. III. La solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. IV. Aspectos destacables del tratamiento de la cuestión por el TJUE. 1. Falta de pronunciamiento acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales belgas. 2. Sobre la posible aplicación al caso de la ley belga de agencia. V. Consecuencias prácticas y conclusiones.

## I. Introducción: la regulación de la agencia en la Unión Europea: un estatuto de mínimos

1. El estatuto jurídico del agente comercial en la Unión Europea (en adelante, “UE”) viene regulado por la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (en adelante, “Directiva 86/653”)<sup>1</sup>. Esta norma, que se aplica a los agentes independientes encargados de la “venta o la compra de mercancías” (art. 1.2 de la Directiva 86/653), establece un régimen similar para todos ellos cuando operen en el territorio de la UE<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> DOCE núm. L 382 de 31-12-1986 p. 17-21.

<sup>2</sup> Este ámbito de aplicación espacial no fue fijado en la propia Directiva, sino que fue establecido por el TJUE en su Sentencia de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd* contra *Eaton Leonard Technologies Inc.* En este caso, el

2. Esta Directiva 86/653 no tiene como finalidad una protección cualificada del agente como “parte débil”. Al menos, lo anterior no puede deducirse de sus considerandos ni de su articulado<sup>3</sup>. Su finalidad es proporcionar un “suelo” de protección al agente común a toda la UE y por ello se configura como una Directiva de mínimos<sup>4</sup>. Esto quiere decir que los Estados pueden proporcionar al agente un estatuto de protección más allá de lo dispuesto por la Directiva 86/653<sup>5</sup>. Así, todos los Estados miembros han incorporado la Directiva 86/653 a sus legislaciones nacionales, pero sólo algunos han aprovechado la transposición de ésta para dotar al agente de un estatuto especialmente protegido frente al empresario principal, por considerarle la parte débil del contrato<sup>6</sup>.

3. Uno de los Estados que ha dotado al agente de un estatuto tutelar cualificado ha sido Bélgica. Este Estado ha ampliado el ámbito de aplicación personal de la Directiva 86/653 (incluye a los agentes encargados de la conclusión de operaciones de todo tipo, no sólo de aquellas que tengan por objeto la compra y venta de mercancías) y ha impuesto al principal ciertas obligaciones materiales más allá del marco de la Directiva 86/653 (prevé que, en caso de terminación del contrato, el agente comercial tendrá derecho, con carácter acumulativo, a una indemnización y a la reparación del daño sufrido). Además, ha incluido en su Ley del Contrato de Agencia (en adelante, “LCA Belga”)<sup>7</sup> una disposición de Derecho Internacional Privado según la cual se establece que toda relación contractual con un agente cuyo establecimiento principal está en Bélgica será competencia exclusiva de los tribunales belgas, y se sujetará al derecho belga (art. 27 LCA Belga)<sup>8</sup>.

---

TJUE (entonces TJCE) se pronunció sobre el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva (y en particular de sus arts. 17 a 19) en relación a un contrato celebrado entre un empresario principal americano y un agente con domicilio social en Reino Unido, para operar en Reino Unido. A pesar de que existía una cláusula de elección de ley a favor de la ley del Estado de California, las normas inglesas que desarrollaban la Directiva se estimaron aplicables al caso porque “*la finalidad del régimen previsto en los arts. 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior*”, y en consecuencia, “*la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos*” (pfo. 24).

<sup>3</sup> Según el preámbulo de la Directiva 86/653, su finalidad es la equiparación por mínimos de las legislaciones sobre representación comercial, cuyas diferencias afectan (i) a la competencia entre agentes; (ii) al ejercicio de la profesión, (iii) al nivel de protección de los agentes en sus relaciones con los poderdantes, (iv) a la seguridad de las operaciones comerciales, y en definitiva, al establecimiento y el funcionamiento de los contratos con agentes comerciales en la UE (vid. Cdo. 2). Lo anterior no significa que su finalidad sea proteger al agente, o reforzar su protección, como se ha asumido en muchos casos, sino que se contrate a agentes de toda la UE por igual, evitando que ciertos Estados “falseen” la competencia intraeuropea y el mercado estableciendo un nivel de protección muy bajo para estos. En contra, A. DE THEUX, *Le statut européen de l’agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, p. 7, que indica: “*La suppression des différences entre les réglementations nationales qui affectent sensiblement, à l’intérieur de la Communauté, les conditions de concurrence et l’exercice de la profession (...)*», ainsi qu’un renforcement de la «protection des agents commerciaux (...)»: tels sont les objectifs proclamés par le préambule de la directive”.

<sup>4</sup> Como se dispone en la jurisprudencia del TJUE, para determinar el grado de armonización de una Directiva (de mínimos o exhaustivo) se ha de estar a la redacción, así como al sentido y al objetivo de las disposiciones pertinentes (vid. Sent. 25 abril 2002, *Comisión contra Francia*, asunto C52/00, Rec. p. I3827, pfo. 16, y Sent. 14 julio 2005, *Lagardère Active Broadcast*, asunto C192/04, Rec. p. I7199, pfo. 46).

<sup>5</sup> M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, núm. 14: “*impone la consecución de unos resultados concretos, o más bien, de un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado*”.

<sup>6</sup> Como acertadamente apunta H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, p. 21, “*...no en todas las legislaciones estatales está presente dicho principio tuitivo del agente, lo cual dota a la problemática relativa a la protección del agente comercial frente al principal, en el contrato de agencia internacional, de una particular relevancia práctica*”.

<sup>7</sup> Loi 13 avril 1995 relative au contrat d’agence commerciale, MB 2 junio 1995.

<sup>8</sup> “*Sous réserve de l’application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d’un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges*” (art. 27 LCA Belga). Traducción del TJUE en la sentencia analizada: “*Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas*” (pf. 18).

## II. Las leyes protectoras del agente como leyes de policía: el caso *Unamar vs. Navigation Maritime Bulgare*

4. Para reflexionar sobre el tema objeto del título se utilizará el caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") en su Sentencia de 17 octubre 2013, C 184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare*<sup>9</sup>. En este caso se discute si la determinación de la ley aplicable a un contrato con un agente cuyo establecimiento principal está en Bélgica ha de realizarse conforme a las normas generales del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>10</sup> (en adelante, "Convenio de Roma" o "CR") o bien conforme al expuesto art. 27 LCA Belga, a través de su consideración de ley de policía, por el art. 7.2 de dicho Convenio.

5. El caso es el siguiente: un agente con domicilio en Bélgica (*United Antwerp Maritime Agencies NV*, en adelante, "Unamar"), contrata con un principal búlgaro (*Navigation Maritime Bulgare*, en adelante, "NMB"). En el contrato se pacta una sumisión arbitral a la Cámara de Comercio e Industria de Sofía, y una elección de ley en favor de la ley búlgara. Bulgaria ha desarrollado la Directiva 86/653, pero proporciona al agente un nivel de protección menor que el garantizado por el derecho belga.

6. Cuando *NMB* da por finalizada la relación de agencia, *Unamar* le demanda ante los tribunales belgas para reclamarle el pago de varias indemnizaciones presuntamente adeudadas, y *NMB* demanda a *Unamar* ante los mismos tribunales. El juez belga, tras acumular las acciones, se declara competente en primera instancia, y aplica al caso la ley belga de agencia, todo ello en virtud de su art. 27. Recurre la resolución *Navigation Maritime Bulgare*, alegando falta de competencia del juez belga en relación a la acción interpuesta por *Unamar*, y la validez del pacto de elección de ley búlgara. El caso llega a la segunda instancia, donde se aprecian las pretensiones de *NMB*, declarándose el tribunal incompetente, y subrayando además que la norma del art. 27 de la LCA Belga no podía considerarse una ley de policía<sup>11</sup>. Esta resolución es recurrida en casación por *Unamar*, que vuelve a alegar la competencia de los tribunales belgas y la aplicabilidad al caso de la *lex fori*.

7. En este punto, la Corte de Casación belga no se plantea dudas sobre su competencia. Ésta se declara competente en virtud del artículo 2.3 del Convenio de Nueva York<sup>12</sup>, indicando que la cláusula arbitral es inaplicable, por ir en contra de una ley de policía del foro (el art 27 LCA Belga). Pero la Corte sí duda en relación a la ley que ha de aplicar a resolver la controversia, por lo que plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: de acuerdo con el Convenio de Roma, ¿pueden aplicarse las leyes de policía del país del juez (en este caso, las disposiciones de la Ley de Agencia belga) cuando estas amplíen el ámbito o el nivel de protección más allá del mínimo establecido por la Directiva 86/653 y del que contempla el derecho aplicable al caso, si el mismo también ha traspuesto esa Directiva? (pfo. 26).

## III. La solución dada por el Tribunal Justicia de la Unión Europea

8. El TJUE contesta a la cuestión planteada que "*la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado*

<sup>9</sup> Aún no publicada en el Recopilatorio de Jurisprudencia, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0184&lang1=es&type=NOT&ancre=>.

<sup>10</sup> Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998, pp. 34 a 46.

<sup>11</sup> Término que el tribunal belga desafortunadamente confunde con el de "orden público internacional", vid. pfo. 24.

<sup>12</sup> Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, abierto a la firma en Nueva York el 10 de junio de 1958. Su art. 2.3 dice así: "*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*".

*en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la lex fori, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas” (pfo. 52).*

**9.** En definitiva, el TJUE deja la puerta abierta a la aplicación de la norma belga como ley de policía, pero deja la decisión de dicha aplicación en manos de los tribunales belgas, siendo ellos los que tendrán que determinar si esta norma es o no una ley de policía.

**10.** Se ha de señalar que, a pesar de que el caso se ha resuelto de acuerdo con el Convenio de Roma, la solución dada al mismo es extrapolable al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “Reglamento Roma I” o “RR-I”) que ha sustituido al Convenio, pues el TJUE resuelve aplicando la jurisprudencia de los asuntos *Arblade* y *otros*<sup>13</sup>, cuya definición de leyes de policía se trasladó directamente al art. 9 RR-I.

#### IV. Aspectos destacables del tratamiento de la cuestión por el TJUE

##### 1. Falta de pronunciamiento acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales belgas

**11.** Es inevitable que sea objeto de la curiosidad del lector la declaración de competencia del tribunal belga para conocer del caso aun existiendo una cláusula de sumisión a un tribunal arbitral. El TJUE no entra a valorar si la misma es conforme a Derecho, pero tampoco puede hacerlo, puesto que solamente puede responder a aquello que le planea el juez nacional<sup>14</sup>. En cualquier caso, sí hace mención a su imposibilidad de pronunciamiento, siendo la mera alusión a esta cuestión un indicio de que tenía mucho que decir al respecto<sup>15</sup>.

**12.** Esta declaración de competencia es relevante para el caso porque la misma se encuentra íntimamente ligada con la ley aplicable y por lo tanto con la cuestión prejudicial planteada. Si no se hubiera apreciado la competencia de los jueces belgas y hubiera conocido el tribunal arbitral designado por las partes no habría habido lugar a preguntarse por la imperatividad del Derecho belga (cuya aplicación se pretende en tanto que es *lex fori*). En relación a esta declaración de competencia llaman la atención tres cuestiones:

**13. A) Primera.** El juez belga conoce sobre la aplicabilidad o validez de una cláusula de arbitraje sin declararse primero competente para conocer del caso<sup>16</sup>. El litigio está cubierto por el ámbito de aplicación temporal, espacial y personal del Reglamento Bruselas I<sup>17</sup> y la sumisión a arbitraje no cambia dicho punto de partida<sup>18</sup>. De este modo, será competente para conocer sobre la cuestión incidental de

<sup>13</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (C369/96 y C376/96, Rec. p. I8453).

<sup>14</sup> Es jurisprudencia reiterada del TJUE. Vid. Sent. 19 julio 2012, as. C-470/11 *Garklans*, esp. pfo. 17, y jurisprudencia citada en la misma.

<sup>15</sup> “Así pues, el Tribunal de Justicia se propone responder a la cuestión planteada sin prejuzgar la cuestión de qué órgano judicial nacional tiene jurisdicción en este caso”, (pfo. 28 *in fine*).

<sup>16</sup> Vid. la Sent. de la Cour de Cassation belga sobre el caso, en que decide plantear la cuestión prejudicial: Sent. 23 diciembre 2010, asunto C.11.0430.N *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar), S.A. contra Navigation Maritime Bulgare*. Disponible en [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org).

<sup>17</sup> Reglamento (CE) n° 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, *Diario Oficial n° L 012 de 16/01/2001 p. 0001 – 0023*.

<sup>18</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 265.

la validez de un convenio arbitral el juez que sería competente para conocer de la cuestión principal en caso de invalidez del convenio arbitral (Sent. TJUE 10 febrero 2009, *West Tankers Inc.*<sup>19</sup>).

De esta forma, el tribunal belga tendría que haber examinado en primer lugar su competencia en virtud del Reglamento Bruselas I y no en virtud del artículo 27 de la LCA Belga, una norma de competencia de producción interna (que puede aplicarse en los casos que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento)<sup>20</sup>. Si el juez no tenía competencia en virtud de ninguno de los foros previstos en el Reglamento Bruselas I, visto que el domicilio del demandado estaba en la UE, tendría que haberse declarado incompetente, y no podría haberse pronunciado sobre la aplicabilidad del convenio arbitral.

**14. B) Segunda.** El juez belga comprueba la validez de la cláusula arbitral de acuerdo a su *lex fori*, y no de acuerdo con la ley que sería aplicable al contrato (ley búlgara). Si bien el art. 2.3 del Convenio de Nueva York 1958<sup>21</sup> no deja claro conforme a qué ley ha de realizarse dicho control, la teoría con más acogimiento jurisprudencial y doctrinal es que la comprobación de la validez del acuerdo de arbitraje ha de hacerse conforme a la ley elegida por las partes para regir el arbitraje, y no conforme a la ley del foro<sup>22</sup>. Según las Conclusiones del Abogado General<sup>23</sup>, el tribunal belga dedujo que la cláusula de arbitraje era inaplicable porque la misma contradecía el art. 27 LCA Belga, una norma jurídica de la ley del foro de la que cabía deducir que el litigio no puede someterse a arbitraje. El tribunal nunca podría haber declarado esta cláusula inaplicable si hubiera utilizado para ello la ley pactada por las partes, es decir, la ley búlgara.

**15. C) Tercera.** En el proceso, el tribunal que conoce del asunto realiza una acumulación de acciones previamente a su declaración de competencia. Resulta llamativo que *NMB* demandara a *Unamar* a los pocos días de la demanda de ésta, frente a los mismos tribunales y reclamándole unos costes en relación con el contrato controvertido (pfo. 22). Se trata casi de una “reconvención” que desde un punto de vista de estrategia procesal no se entiende, puesto que se interpone ante el órgano cuya competencia está discutiendo en relación a ese mismo contrato. Puede que esta circunstancia llevara también al juez a influir en su decisión de declararse competente, puesto que el Reglamento Bruselas I parece no exigir para la acumulación de acciones que el tribunal haya de ser competente para conocer de la primera de éstas<sup>24</sup>. Es como si la segunda demanda, donde el juez sería competente por sumisión tácita, “subsana”

<sup>19</sup> Sent. TJUE 10 febrero 2009, Asunto C-185/07 *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA contra West Tankers Inc.*, esp. pfos. 30 y ss. Rec. 2009 I-00663.

<sup>20</sup> De lo que se expone en la sentencia no habría foro del domicilio del demandado (Bulgaria). Puede suponerse que el juez belga sería competente por el foro especial del 5.1.b.2º (se trata de un contrato de agencia para la explotación de un servicio de transporte marítimo regular por medio de contenedores del que no se indica que el servicio se preste en Bélgica), pero no se dice nada en la sentencia belga, y tampoco en la del TJUE: el juez belga solo se centra en que el establecimiento del agente se encuentra en Bélgica y como consecuencia de ello aplica el foro contenido en el art. 27 LCA Belga.

<sup>21</sup> “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

<sup>22</sup> Como indican A.-L. CALVO CARAVACA y LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, 1981, p. 72, esta es la interpretación acorde con el art. 5.1.a *in fine* del Convenio, según el cual se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si se prueba “...que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

No obstante, y dada la ambigüedad del art. 2.3 de la Convención, hay Estados que aplican la tesis de que la validez de la cláusula arbitral ha de determinarse de acuerdo con la *lex fori*, por ejemplo, USA (véase P. SANDERS, “A Twenty Years’ Review of the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *The International Lawyer*, núm. 13, pp. 269-278, 1979). En este Estado, la contravención de las normas de policía fundamentales (“*fundamental policies*”) del Estado del foro sí se considera causa de invalidez del convenio arbitral (*vid.* Sent. del U.S. Court of Appeals 26 July 2012, asunto 11–2896 *Third Circuit / Control Screening LLC. contra Technological Application And Production Company (Lexapro)*, y la Sent. del mismo tribunal *Rhone Mediterranee Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Lauro* de 6 junio 1983, as. 82- 3523, 712 F.2d 50 (1983).

<sup>23</sup> Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, pfo. 23.

<sup>24</sup> *Vid.* art. 6.3 RB-I. Hay autores que opinan que la competencia en el primer proceso es requisito para la reconvención, como A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 251., y otros que no ven razón para exigirlo si el Reglamento Bruselas I no lo exige, como D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé*, Tome I, Puf, Paris, 2007, p. 216. La

la falta de competencia de la primera en virtud de la doctrina de los actos propios (quien alega la validez de la cláusula arbitral la ignora en otro procedimiento relativo al mismo contrato, lo que hace más difícil que dicha cláusula sea respetada por el tribunal).

**16.** Por último, y yendo más allá de lo que puede extraerse de la sentencia, es inevitable preguntarse qué habría ocurrido si las partes hubieran pactado una sumisión a los tribunales búlgaros en vez de un convenio arbitral. Al igual que en el caso de la sumisión arbitral, el juez belga debería examinar su competencia a la luz del Reglamento Bruselas I, pues el pleito entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. Si éste pudiera declararse competente<sup>25</sup>, tendría que ver si en el Reglamento Bruselas I existe alguna norma que permita declarar inaplicable la cláusula de sumisión por contravenir una ley imperativa del Estado del foro.

**17.** La respuesta a esta pregunta es negativa. El Reglamento Bruselas I es un sistema cerrado que no admite foros de policía, siendo los únicos foros imperativos los contemplados en el art. 22 del mismo (art. 23.5 RB-I)<sup>26</sup>. Así se deduce muy claramente del artículo 3.1 del citado Reglamento (“*Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo*”). El TJUE se ha pronunciado además muy recientemente sobre esta cuestión en su STJUE 19 diciembre 2013, as. C-9/12, *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*<sup>27</sup>.

**18.** En definitiva, y partiendo de todo lo anterior, parece que la falta de competencia del juez belga hace imposible la aplicación de una ley de policía belga por parte del mismo, lo cual habría cambiado por completo el objeto del litigio y habría dejado sin contenido la cuestión prejudicial planteada.

## 2. Sobre la posible aplicación al caso de la ley belga de agencia

**19.** El tribunal belga se plantea si son aplicables al caso los artículos 18, 20 y 21 de la LCA Belga como leyes de policía en virtud del art. 7 del Convenio de Roma (actual art. 9 RR-I). Para contestar a esta pregunta habría que hacer un “test” en dos niveles:

**20. A) Primer nivel (test de imperatividad).** Se trata de determinar si las normas que pretender alegarse son normas “internacionalmente imperativas”, en el sentido del actual art. 9 del RR-I. Las normas internacionalmente imperativas son normas “*dotadas de un plus de imperatividad, esto es, de una imperatividad reforzada*”, lo cual implica la voluntad del legislador de que se apliquen de forma directa e inmediata a las situaciones privadas internacionales que queden enmarcadas en su ámbito de aplicación<sup>28</sup>. Se trata, en otras palabras, de determinar su ámbito de aplicación, es decir, si el legislador interno pretende o no su aplicación a supuestos que contengan elementos de tráfico externo<sup>29</sup>. Para su determinación, por lo tanto, habrá que estar a la voluntad del Estado que las emitió, lo cual puede determinarse, bien del tenor literal de la norma (articulado, exposición de motivos, disposiciones transitorias, adicionales o finales...), bien del contexto de la misma (trabajos preparatorios de la norma, proceso de

---

acumulación también podría ser resultado de la aplicación del *Code judiciaire belge*, prevista en los artículos arts 563 y ss. “*Des règles relatives aux demandes reconventionnelles et en intervention, à la litispendance et à la connexité*”.

<sup>25</sup> Suponiendo que los servicios de agencia se hubieran prestado en Bélgica, y en particular en Amberes, conforme al 5.1.b.2º RB-I.

<sup>26</sup> Aun así, no puede descartarse que el tribunal forzara la aplicación de algún mecanismo general que llevara a la apreciación de la norma belga, como puede ser el “fraude de ley procesal” (argumentando los Tribunales búlgaros se habrían elegido con un fin fraudulento, que es evitar la aplicación al caso de la ley belga de agencia). La adecuación de este proceder con el Reglamento Bruselas I es más que dudosa.

<sup>27</sup> Esp. pfs. 17 a 23. Aún no publicada en el Repertorio de Jurisprudencia, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145906&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=388175>

<sup>28</sup> P. MAYER, “Lois de police”, *Repertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, París, 2001, pp. 1-9; B. AUDIT: *Droit international privé*, 3º ed, Economica, París, 2000, pp. 97-107, núms. 112-119.

<sup>29</sup> I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992, p. 228.

negociación de la misma, casos a los que se aplica...). En este caso no hace falta ir tan lejos, en la propia LCA Belga se contiene de manera clarísima la voluntad del legislador belga de que estas normas sean normas internacionalmente imperativas (en el ya tantas veces citado artículo 27<sup>30</sup>). Lo anterior ya es colegido por el tribunal belga, según el cual “*del artículo 27 de esa misma Ley resulta que la finalidad de ésta es garantizar a los agentes comerciales que tienen su establecimiento principal en Bélgica la protección de las disposiciones imperativas de la ley belga, con independencia del Derecho aplicable al contrato*” (pfo. 25 de la STJUE, tomado directamente del apdo. IV.6 de la Sentencia de la Corte de Casación belga).

**21. B) Segundo nivel (test de compatibilidad con el derecho europeo).** Se trata de determinar si esas normas internacionalmente imperativas están dentro de los límites que establece el derecho europeo, esto es, del concepto autónomo de “leyes de policía” construido por el TJUE estando vigente el Convenio de Roma e incorporado ahora al art. 9 RR-I<sup>31</sup>. En este segundo nivel, el juez nacional (en este caso belga) ha de actuar como un juez exclusivamente europeo. La calificación de una disposición nacional determinada de ley de policía ha de realizarse caso por caso por ese juez de instancia, que habrá de evaluar si se traspasan esos límites en función de los motivos de interés general que motivaron la adopción de la norma<sup>32</sup>.

**22.** De este modo, el juez estimará que la norma podrá aplicarse al caso como una ley de policía cuando el Estado que la ha emitido considere que su observancia es “*esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica (...)*” (art. 9 RR-I). Además, esta norma no puede no puede vulnerar la primacía del Derecho europeo<sup>33</sup>, lo cual implica que no puede ir en contra de ninguna norma europea. En relación con el caso, el traspaso de este límite se ponía en duda porque la Directiva 86/653 ya proporcionaba una protección “europea” del agente en Bulgaria. En relación a esto, el TJUE no considera que dicha Directiva tenga incidencia, puesto que al ser esta de mínimos, deja al Estado un margen muy amplio de regulación. El caso habría sido distinto en caso de que fuera una Directiva exhaustiva, pues su armonización habría dado lugar a legislaciones equivalentes, basadas todas en una misma “*policy*”, de forma que no tendría sentido alegar la apreciación de las normas de trasposición de otro Estado miembro como *leyes de policía*<sup>34</sup>.

**23.** Según la opinión de algunos autores, en este segundo nivel habría que comprobar también que la norma imperativa en cuestión es una norma de dirección o *Eingriffsnormen* (que protege intereses públicos), y no una norma protectora (que protege intereses privados o de las partes)<sup>35</sup>. Según este sector de la doctrina solamente las primeras podrían ser consideradas como normas de policía en virtud de la

<sup>30</sup> *Vid.* nota al pie 8.

<sup>31</sup> El concepto de leyes de policía, fue tomado de la doctrina, posteriormente pasó a la jurisprudencia, y de ahí a las leyes, como otros muchos conceptos del DIPr. de hoy (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, ed. Colex, Madrid, 2011, p. 255). En concreto, fue del autor de origen griego PH. FRANCESCAKIS quien reformuló con gran éxito esta teoría de las normas internacionalmente imperativas, de quien el TJCE tomó la definición que posteriormente pasó al Reglamento Bruselas I (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 339).

<sup>32</sup> Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.

<sup>33</sup> A este límite se refiere el Abogado General en sus conclusiones como un “límite implícito” en el art. 9 del RR-I: Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.

<sup>34</sup> Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfo. 43.

<sup>35</sup> Entre estos autores, P. MAYER, “Lois de pólíce”, *op. cit.*, p. 4, J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, MPI, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 296; R. FREITAG, “Zwingende Bestimmungen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorschriften”, en C. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, pp. 361-470. También R. BALDI, *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 538-539. En España, esta postura ha sido encabezada por el profesor F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (véase cita siguiente).

definición autónoma del Convenio y del Reglamento Roma. Este sector doctrinal ve en la expresión “*interés público*” contenida en dicha definición una voluntad del legislador europeo de excluir de las leyes de policía todas aquellas normas “protectoras” de una parte contractual considerada débil<sup>36</sup>. Estos intereses privados ya estarían custodiados por las normas del Reglamento Roma I que determinan la ley aplicable al contrato, donde además se proporciona protección a aquellas partes que el legislador europeo considera débiles a través de una norma de conflicto específica (consumidor, trabajador, asegurado). Así, no podrían ser normas de policía las normas protectoras del agente.

**24.** Sin embargo, la sentencia objeto de análisis no menciona esta distinción entre normas protectoras y normas imperativas<sup>37</sup>. Parece que, para que una norma sea de policía, al TJUE no le importa que ésta proteja intereses privados siempre que, al mismo tiempo, proteja intereses públicos. Para el TJUE, la protección de un interés privado no es incompatible con la protección al mismo tiempo de un interés público<sup>38</sup>. Lo que es más, la protección de ciertos sujetos o colectivos podría ser vista por un Tribunal europeo como la protección de un interés público, y por lo tanto como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma.

**25.** En definitiva, puede afirmarse que la interpretación que resulta de la sentencia del TJUE sobre qué ha de considerarse una ley de policía es más amplia de lo esperado. Ésta concede a los Estados miembros una gran autonomía para determinar qué leyes “saltan por encima” de los esquemas del Reglamento Roma I, con el peligro que esto supone para la seguridad jurídica de los contratantes y para la previsibilidad de la ley aplicable a un contrato. Lo anterior conlleva al mismo tiempo el riesgo de importantes deficiencias técnicas en la determinación de la ley aplicable, debidas a que el método que los Estados utilizan para determinar cuáles son ellas leyes de policía suele ser, como es el caso del art. 27 de la LCA Belga, el “*método del unilateralismo introverso*”<sup>39</sup>.

Al fin y al cabo, el juez del foro podría aplicar como leyes de policía las leyes protectoras de contratantes no protegidos por el Reglamento Roma I pero considerados débiles por las normativas estatales. Al igual que ha ocurrido con el agente, podrá ocurrir en el futuro con el distribuidor, con el franquiciado, pero también con las normas relativas al trabajador, al consumidor y al asegurado, cuando éstas proporcionen al sujeto considerado “débil” una protección mayor que la que les proporciona la ley aplicable, y todo ello por la vía del art. 9 del RR-I. Esta interpretación tan extensa de las leyes de policía podría dinamitar todo el sistema de ley aplicable del Convenio y el Reglamento Roma I.

<sup>36</sup> Respecto a la referencia a “intereses públicos en la definición de ley de policía: “*El dato no es baladí, pues conlleva la necesidad de practicar una interpretación restrictiva del art. 9. Bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas “ordo-políticas”, cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte del contrato por su condición de asimetría frente a la otra. El artículo 9 no es, por consiguiente, la sede adecuada para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, etc.*”, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 353.

<sup>37</sup> Se alinea así con el otro sector doctrina que entiende que las normas de policía pueden ser normas protectoras, siempre que defiendan al mismo tiempo intereses públicos, formado entre otros por P. LAGARDE, “La loi applicable au contrat de distribution commerciale”, en *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*, *International Distribution Contracts, Legal Aspects and Management*, N. LACASSE, L. PERRET, J.E. DENIS, La Collection Bleu, Université de Ottawa, Montréal, 1992, pp. 87-105, p. 99, H. AGUILAR GRIEDER, *op.cit.*, p. 53, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 276, núm. 280. *Vid.* igualmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, N° 7847, 2012; ID. *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 200-209; M.D. ORTIZ VIDAL, “Distribución y venta en España de productos fabricados en el extranjero. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *REEL*, núm. 26, 2013 pp. 1-49.

<sup>38</sup> En este sentido ya se han manifestado antes algunos autores como H. AGUILAR GRIEDER, *op.cit.*, p. 53.

<sup>39</sup> Tal y como indican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 328-330, el unilateralismo introverso es un método que consiste en que cada Estado establece, de modo unilateral e independiente, el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas, de forma que las normas de conflicto solamente se ocuparán de establecer los casos regulados por la Ley sustantiva de dicho Estado. El resultado de su utilización puede ser profundamente negativo, pues son normas “egoístas” y “nacionalistas” conducen al *forum shopping* y provoca que las soluciones a las situaciones privadas internacionales sean distintas de país a país.

**26.** En cuanto al caso concreto resuelto por el TJUE, y dado que éste indica que la calificación de ley de policía ha de hacerla el juez del foro, queda ahora en manos de la Corte de Casación belga el determinar si la LCA Belga ha de considerarse una norma de policía, es decir, si el legislador belga consideró de un crucial interés público el conceder al agente belga una protección mayor que la consagrada en la Directiva 86/653. Para ello habrá de tener en cuenta “*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*”<sup>40</sup>. En definitiva, el juez belga tendrá que salir a la búsqueda del interés público que pueda haber detrás de la protección del agente por su legislador. Para ello, el juez belga podría recurrir a la distinción entre “reglas y decisiones” sostenida por P. MAYER, según la cual las leyes de policía suelen tomar la forma de una “decisión legal”<sup>41</sup>.

**27.** Sin que haya que adelantarse a la decisión de la Corte de Casación belga, no parece muy descabellado pensar que el juez acabará decantándose por considerar los artículos de la LCA Belga como una ley de policía: Bélgica ha sido tradicionalmente “mercado a conquistar” y no “mercado conquistador”, esto es, es país más de distribuidores o agentes que país de productores o empresarios principales (caso contrario al de Francia, por ejemplo)<sup>42</sup>, por lo que la protección de sus agentes podría ser considerada una cuestión crucial para la salvaguarda del interés público del Estado, y en concreto, de su organización económica. Sin embargo, a la hora de decidir sobre la aplicación de la LCA Belga como norma de policía, la Corte Casacional belga debería tener muy en cuenta que el mercado belga podría verse dañado con esta decisión: la aplicación imperativa de una norma excesivamente proteccionista y nacionalista como la belga tendría como consecuencia que los operadores de otros Estados miembros contratarían con agentes cuyo establecimiento principal se encontrara fuera del territorio belga, ante la amenaza de la sujeción a su ley y a las fuertes indemnizaciones en caso de ruptura unilateral por el principal que la misma conlleva.

**28.** Para terminar, ha de señalarse que esta sentencia se enmarca en la línea jurisprudencial de la Sentencia *Ingmar*<sup>43</sup>, si bien parece que se consigue con la misma un efecto totalmente contrario al buscado por ésta: si con *Ingmar* se pretendía, al igual que con la Directiva, que los empresarios buscaran agentes en todos los Estados Miembros, sin que se dirigieran siempre a elegir aquéllos que tuvieran un estatus de protección menor, con esta sentencia puede que se produzca el efecto inverso, esto es, un desincentivo a la contratación de agentes belgas, visto que de que cuando se contrate con un agente que tenga su establecimiento principal en Bélgica se corre el riesgo de que se le aplique su ley y no la que se haya pactado por las partes, aunque sea la ley de un Estado miembro.

## V. Consecuencias prácticas y conclusiones

**29.** En definitiva, la sentencia objeto de análisis pone de manifiesto dos cuestiones principales en relación a la cuestión prejudicial planteada:

**30. Primera.** La incidencia de la Directiva 86/653 presenta escasa relevancia en este caso, ya que se trata de una Directiva de mínimos que permite a los Estados proporcionar al agente el nivel de

<sup>40</sup> En palabras del fallo de la sentencia analizada.

<sup>41</sup> I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1992, p. 228, cfr. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*. Las decisiones serían normas concretas, categóricas, y modificadoras de la realidad jurídica. En palabras de GUARDANS, lo serían “tanto por su contenido –normas en que se pone de manifiesto un interés del Estado particularmente relevante-, como por el método –voluntad de aplicación imperativa por parte del Estado de origen, y posible reconocimiento en el extranjero analizando los límites de esa voluntad de aplicación”.

<sup>42</sup> Más aún si se tiene en cuenta la postura de Bélgica en la negociación del Reglamento Roma I, en relación a la ley aplicable a los distribuidores, así como su interpretación del Convenio de Roma, en el sentido de entender al distribuidor como “prestador característico” (vid. C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 193-197).

<sup>43</sup> Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar* (C-381/98, Rec. p. I-9305).

protección que les parezca oportuno, dándoles al mismo tiempo discrecionalidad para determinar si esa mayor de protección del agente ha de ser considerado una norma internacionalmente imperativa o no. Cuestión distinta sería que la Directiva hubiera sido exhaustiva, lo cual no podría lugar a la apreciación de leyes de policía cuando tanto la ley aplicable al caso como la ley de los tribunales que conocen del asunto han traspuesto esa Directiva. Precisamente, la poca importancia en el caso de la existencia de una Directiva europea (es como si no existiera) hace cuestionable que las Directivas sean el instrumento jurídico más idóneo para conseguir una armonización de Derecho material en los Estados Miembros, o al menos un Derecho Internacional Privado unificado.

**31. Segunda.** Las leyes de policía pueden ser normas protectoras de la parte considerada débil por el legislador nacional, siempre que dicha protección se haya considerado de “interés público” por el legislador en el momento en que se creó la norma, esto es, si dicha protección se debe a la salvaguarda del orden político, económico o social de ese Estado. Así, el control por el juez de instancia se reduce a lo siguiente: en un primer nivel, el juez habrá de realizar un control de imperatividad de la norma, y en un segundo nivel, un control de que esa imperatividad protege un interés público “crucial”, independientemente que dicho interés conviva con la protección de un interés privado.

**32.** En definitiva, esta sentencia abre la puerta a que el artículo 7 CR, y el 9 RR-I pueden ser la vía para la aplicación de leyes protectoras del agente, siempre que (i) el Estado haya estimado que sean internacionalmente imperativas y que (ii) el juez estime que dichas normas, además de proteger a una parte del contrato, protegen además intereses públicos. De esta forma, el TJUE sigue dejando en manos de los Estados miembros el mayor peso de la decisión de qué normas han de considerarse leyes de policía, ya que dicha calificación dependerá principalmente de la voluntad del legislador estatal a la hora de crear la norma. Se sigue considerando una “cuestión de soberanía”, lo cual no termina de encajar con el concepto de mercado único y de protagonismo de los particulares.

**33.** Por lo anterior, e independientemente de la solución por la que opte la Corte de casación belga respecto al caso concreto de la LCA Belga, lo que sí que puede afirmarse es que la teoría de la distinción entre normas protectoras y normas de dirección, y de la no admisibilidad de las primeras vía leyes de policía podría ser susceptible de reformulación a la vista de esta sentencia del TJUE. De esta forma, se podría distinguir entre normas de protección, normas de dirección y normas que podrían denominarse “ambivalentes”, esto es, tanto de dirección como de protección, cuya aplicación también se admite como leyes de policía, tal y como ha dejado ver el TJUE en esta sentencia.

**34.** En cualquier caso, la posible aplicación como ley de policía de las normas belgas protectoras del agente ha de interpretarse de forma restrictiva, por el peligro que conllevaría su extensión al resto de normas nacionales protectoras de otras partes consideradas débiles por los legisladores nacionales que no hayan sido protegidas por el Convenio de Roma o el Reglamento Roma I (distribuidor, franquiciado...). Más peligrosa sería aún su extensión a las normas de protección de contratantes protegidos por el Convenio y ahora Reglamento por vía conflictual (consumidor, trabajador, asegurado, transportista...). Lo anterior supondría un riesgo importante para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica de los contratantes y para la previsibilidad y proximidad que ha de tener el Derecho Internacional Privado, saltando por los aires el sistema establecido en el Reglamento Roma I, que ha de mantener su posición prevalente en la fijación de la ley aplicable a los contratos internacionales<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012.

# IL “CRISTO PORTACROCE” DEL ROMANINO: UNA CONTROVERSIA SULLA PROPRIETA’ DELLE OPERE D’ARTE

SARA IANOVITZ

*Dottore di ricerca in Giustizia penale e internazionale  
presso l’Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 06.02.2014 / Aceptado: 17.02.2014

**Riassunto:** Il dipinto del Romanino “Cristo portacroce trascinato da un manigoldo” è stato oggetto di una lunga disputa in merito alla sua proprietà. In origine proprietà della famiglia Gentili di Giuseppe, successivamente scomparve durante la Seconda guerra mondiale, dagli anni Settanta appartenne alla Pinacoteca di Brera. Recentemente è stato oggetto di richiesta dagli eredi Gentili di Giuseppe, che lo reclamano quali legittimi proprietari. Pertanto, la corte distrettuale della Florida settentrionale, ove il dipinto era stato concesso in prestito per una mostra temporanea, ne ha ordinato il sequestro. Successivamente il giudice R. L. Hinkle ne ha ordinato la restituzione agli eredi. Questo contributo analizza l’*excursus* storico della vicenda e i suoi sviluppi giuridici: da un lato, illustra l’esito francese delle richieste degli eredi in relazione ad altri beni culturali, dall’altro i diversi risvolti della questione italiana. Particolare attenzione è stata rivolta alla scelta della legge applicata al caso.

**Parole chiave:** beni culturali, patrimonio culturale, conflitto di leggi, legge applicabile, circolazione internazionale dei beni culturali.

**Abstract:** Romanino’s painting “Christ carrying the Cross Dragged by a Rogue” has been object of a lengthy dispute over its property. Originally owned by Gentili di Giuseppe family, later disappeared during the World War II, since the Seventies it belonged to the Pinacoteca di Brera. Recently it has been requested by Gentili di Giuseppe’s heirs, which claim its property as rightful owners. For this reason the District Court for Northern District of Florida, where the painting has been loaned for an art exhibition, ordered its forfeiture. Afterwards Judge R. L. Hinkle ordered its restitution to the heirs. This paper analyses the historical background of the affair and the legal developments: on the one hand, it illustrates the outcome of the heirs’ request in France with regards to other cultural assets, on the other the different results of the Italian affair. Special attention is focused on the choice of the law which has been applied to the case.

**Key words:** cultural property, cultural heritage, conflict of laws, applicable law, international circulation of cultural property.

**Sommario:** I. Rimediare ai torti. – II. Un patrimonio artistico di famiglia: l’esito in Francia. III. La questione italiana. IV. Note conclusive.

## I. Rimediare ai torti

1. “Non è mai troppo tardi per rimediare a un torto”<sup>1</sup>. Con queste parole John Morton, direttore del dipartimento statunitense dell’*Immigration and Customs Enforcement (ICE)*<sup>2</sup>, ha motivato la richiesta

<sup>1</sup> Si confronti la rassegna stampa della *Commission for Looted Art in Europe (CLAE)*, in [www.lootedartcommission.com/P5AQ5R80903](http://www.lootedartcommission.com/P5AQ5R80903), consultato in data 23 novembre 2011.

<sup>2</sup> Si riporta la dichiarazione di J. MORTON: “It’s never too late to right a wrong. Many people know about the massive theft and illegal sale of precious art belonging to Jewish families during World War II. They should also know that today there is an

di sequestro giudiziario dell’opera “Cristo portacroce trascinato da un manigoldo”<sup>3</sup> di Gerolamo Romano, detto il Romanino<sup>4</sup>, da parte del proprio dipartimento Cultural Property, Art and Antiquity. Accogliendo l’azione legale intrapresa, il procuratore della città di Tallahassee (Florida) Pamela C. Marsh ha deciso di disporre il sequestro, dando mandato alla *Homeland Security Investigations* (Hsi) di tenerlo in custodia<sup>5</sup>.

2. Oggetto del provvedimento è un dipinto del 1538 circa, appartenente alla collezione della Pinacoteca di Brera dal 1998, la quale l’aveva prestato al *Mary Brogan Museum of Art and Science* (un affiliato *Smithsonian*, la maggiore rete museale al mondo), insieme ad altre 49 opere, per un’esposizione intitolata “*Baroque Painting in Lombardy from the Pinacoteca di Brera*”.

3. Al termine dell’esposizione, tuttavia, mentre tutti gli altri dipinti sono tornati in Italia, il “Cristo portacroce” rimaneva sequestrato in Florida, in attesa che ne fosse accertata la proprietà. Infatti, il capolavoro del Romanino è oggetto di una controversia sulla rivendicazione della proprietà tra la famiglia ebrea Gentili di Giuseppe e la Pinacoteca di Brera. Il 3 gennaio 2012 la Corte federale della Florida ha dato ascolto alle richieste avanzate dall’erede – nipote dell’originario proprietario – e, non avendo riscontrato alcuna risposta giudiziaria da parte della Pinacoteca, né dallo Stato italiano, ha confermato il provvedimento di sequestro della polizia doganale statunitense<sup>6</sup>. Infine, il 6 febbraio 2012 il giudice Robert L. Hinkle ha ordinato la restituzione dell’opera agli eredi<sup>7</sup>, in un *judgement in rem* che riconosce loro la proprietà esclusiva del dipinto<sup>8</sup>.

## II. Un patrimonio artistico di famiglia: l’esito in Francia

4. La vicenda ebbe inizio nel 1940, quando il collezionista italiano di religione ebraica Federico Gentili di Giuseppe<sup>9</sup>, che nel 1914 aveva acquistato legalmente l’opera in Italia dalla collezione della famiglia Crespi esportandola a Parigi<sup>10</sup>, morì il 21 aprile 1940, poco prima dell’invasione nazista in Francia. Rappresentante ufficiale del Ministero delle Finanze italiano a Parigi, Federico Gentili di Giuseppe era un esperto d’arte e di storia: nella prima metà del Novecento riuscì a creare un’eccezionale collezione di capolavori<sup>11</sup>. I due figli Marcello e Adriana, eredi delle opere, fuggirono all’estero per evitare le deportazioni naziste, lasciando il patrimonio artistico incustodito.

---

international network of law enforcement agencies working diligently to correct these injustices... ICE’s Cultural Property, Art and Antiquities unit was established for this very reason – to identify, investigate and return cultural treasures to their rightful owners”, in [www.lootedart.com/P4XH5N268201](http://www.lootedart.com/P4XH5N268201), consultato in data 23 novembre 2011.

<sup>3</sup> Per un’immagine del dipinto oggetto della controversia, si veda il catalogo on-line della Pinacoteca di Brera, Sala XIV, [www.brera.beniculturali.it/Page/t04/view\\_html?idp=149](http://www.brera.beniculturali.it/Page/t04/view_html?idp=149), consultato in data 14 novembre 2011.

<sup>4</sup> Tratto da A. STELLA, *Il giallo del quadro di Brera sequestrato in Florida* in *Corriere della Sera*, 23 settembre 2011, e A. STELLA, *L’America processa il “furto” di Brera*, in *Corriere della Sera*, 6 novembre 2011.

<sup>5</sup> Si veda U.S. District Court Northern District of Florida, Tallahassee Division, *United States of America (Plaintiff) v. Painting known as “Cristo portacroce trascinato da un manigoldo” by Romanino a/k/a Christ bearing the Cross dragged by a rascal (Defendant in rem)*, Complaint of forfeiture in rem, 4:11-cv-00571-RH-WCS.

<sup>6</sup> Si veda il comunicato stampa in [www.lootedartcommission.com/P8NE7296147](http://www.lootedartcommission.com/P8NE7296147), consultato in data 6 febbraio 2012.

<sup>7</sup> A tale proposito, si veda il comunicato stampa della *Looted Art Commission*, in [www.lootedartcommission.com/news](http://www.lootedartcommission.com/news), consultato in data 19 marzo 2012, ove si dà conto della notizia.

<sup>8</sup> Cfr. la rubrica “*In cornice*” dell’Unione delle Comunità Ebraiche Italiane (UCEI) del 13 febbraio 2012, ove il critico d’arte D. LIBERANOME pone numerosi interrogativi sull’operato della Pinacoteca di Brera nella gestione della controversia con gli eredi della famiglia Gentili di Giuseppe, in [moked.it/unione\\_informa/120213/120213.html](http://moked.it/unione_informa/120213/120213.html), consultato in data 19 marzo 2012.

<sup>9</sup> Cfr. il Rapporto della “*Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*” in cui viene descritto così: “... cittadino italiano di religione ebraica, già rappresentante del Ministero delle finanze d’Italia a Parigi, membro della Legione d’Onore, Gran Croce del Regno d’Italia, mecenate, collezionista, critico e appassionato cultore del Rinascimento. Il signor Gentili possedeva una importantissima collezione di quadri, composta particolarmente da opere di importanti artisti del Rinascimento italiano”, in [www.governo.it/Presidenza/DICA/beni\\_ebraici/index.html](http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni_ebraici/index.html), consultato in data 5 marzo 2012, p. 147.

<sup>10</sup> Per la ricostruzione cronologica degli eventi, si veda l’*affidavit* redatto dall’agente P. REYNOLDS della *Homeland Security Investigations* (Hsi) e presentato alla corte distrettuale federale della Florida, nella presentazione dell’avvocato R. ST. HILAIRE, in [culturalheritagelawyer.blogspot.com/2011/11/part-ii-of-ii-us-attorney-reveals-legal.html](http://culturalheritagelawyer.blogspot.com/2011/11/part-ii-of-ii-us-attorney-reveals-legal.html), consultato in data 10 novembre 2011.

<sup>11</sup> V. PARISOT, *The Gentili di Giuseppe Case in France*, in *International Journal of Cultural Property*, 2001, p. 264 e ss.

5. In tali circostanze, Julien Giraud, un asserito creditore del *de cujus*, sostenendo la tesi del disinteressamento da parte degli eredi al patrimonio di famiglia, richiese che fosse nominato un curatore provvisorio dell'eredità, la cui domanda giudiziale tuttavia non risultò mai essere stata notificata agli eredi. Pertanto, il 17 marzo 1941 un'ordinanza del *Tribunal de première instance de la Seine*<sup>12</sup> autorizzava l'amministratore giudiziario a vendere tutti i beni mobili – tra cui le opere d'arte – all'asta per far fronte ai debiti ereditari. Quello artistico, peraltro, era un mercato particolarmente fiorente anche in tempo di guerra, grazie alla presenza di specialisti che acquistavano per conto degli alti dignitari nazisti. Dei dipinti – tra cui un Tiepolo – battuti all'asta il 23 aprile 1941 presso l'*Hotel Druout* di Parigi, entrò in possesso il governo filonazista di Vichy: molte di queste opere entrarono a far parte delle collezioni private di alcuni gerarchi nazisti, Hermann Göring *in primis*, in vista di una loro futura dimora nei musei tedeschi del Reich.

6. Alla fine della guerra alcune di esse furono recuperate e depositate al museo del Louvre, come parte del *Musées Nationaux Récupération*<sup>13</sup>, in attesa di essere restituite ai legittimi proprietari precedenti. Fu proprio durante una visita al Louvre nel 1950 che la figlia, erede legittima, vide esposti in una galleria del museo tre quadri appartenenti al padre, ritrovati in Germania nella collezione Göring. Dopo aver tentato invano in più occasioni di ottenerne la restituzione, gli eredi lasciarono cadere la questione fino alla primavera del 1997<sup>14</sup>, quando un'esposizione delle opere contenute nel *Musées Nationaux Récupération* rivelò loro la presenza di altri due dipinti conservati a Parigi.

7. A questo punto i discendenti di Federico Gentili di Giuseppe chiamarono in giudizio il Louvre per il ritorno di cinque dipinti venduti durante la medesima asta del “Cristo portacroce”, ma il *Tribunal de Grande Instance* definì il primo grado con un diniego. Per contro, nella sentenza del 2 giugno 1999 la Corte d'Appello di Parigi riformò completamente la decisione precedente e definì l'incanto del 1941 come un “atto di spoliazione per ragioni razziali”, annullando conseguentemente la vendita e condannando il Louvre alla restituzione delle opere ai legittimi eredi, nonché al pagamento di una somma di circa 40.000 franchi<sup>15</sup>.

8. La particolarità della decisione risiede nell'interpretazione che la Corte assume delle “ragioni razziali”: nonostante i dipinti non fossero stati oggetto di una vera e propria sottrazione *manu militari*, la Corte sostenne che il clima di diffuso antisemitismo dell'epoca e le leggi discriminatorie nei confronti degli appartenenti alla religione ebraica della Repubblica di Vichy avessero viziato in modo insanabile la vendita all'asta del '41. Conseguentemente, ne dispose la restituzione agli eredi<sup>16</sup>.

9. La linea iniziale dell'amministrazione d'Oltralpe si atteneva scrupolosamente al dato letterale della norma: non si metteva certo in dubbio l'appartenenza delle opere al defunto Gentili di Giuseppe, ma si contestava che la controversa compravendita fosse qualificabile come atto di spoliazione. Gli eredi, quindi, hanno dovuto provare che la vendita dei dipinti ricadeva nell'ipotesi dell'art. 1 dell'ordinanza

<sup>12</sup> M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, II edizione, 2007, p. 117.

<sup>13</sup> Il *Musées Nationaux Récupération* consiste nell'opera di catalogazione e raccolta da parte del Governo francese dei beni culturali sottratti durante il Secondo conflitto mondiale; successivamente essi vengono distribuiti nei diversi musei nazionali affinché possano essere conservati ed esposti al pubblico. Tuttavia, in base al decreto del 30 settembre 1949, lo Stato francese non ne è il legittimo proprietario, bensì solo il temporaneo detentore, in quanto le opere sono in attesa di essere restituite agli originari proprietari. Per un approfondimento sul *Musées Nationaux Récupération* e sul suo funzionamento, si rimanda al relativo sito Internet [www.culture.gouv.fr/documentation/mnr/MnR-accueil.htm](http://www.culture.gouv.fr/documentation/mnr/MnR-accueil.htm), consultato in data 14 novembre 2011.

<sup>14</sup> Il 25 marzo 1997 fu istituita, su richiesta specifica del Primo ministro, la Commissione Mattéoli, incaricata di studiare le spoliazioni di beni appartenenti ad ebrei residenti in Francia avvenute durante l'occupazione nazista, cfr. la nota di JÉRÔME PASSA, in *Le Dalloz*, 1999, p. 535.

<sup>15</sup> Cfr. T. GIOVANNINI, *The Holocaust and Looted Art*, in *Business Law International Conference of the International Bar Association, Alternative Dispute Resolution of Art – Cultural Property and Intellectual Property Disputes*, Cancun, 30 ottobre 2001, p. 265.

<sup>16</sup> Per un confronto con il testo della sentenza, si veda *Le Dalloz*, 1999, p. 535 e ss., con nota di J. PASSA, nonché V. PARISOT, *The Gentili di Giuseppe Case in France*, in *International Journal of Cultural Property*, 2001, p. 264 e ss.

del 21 aprile 1945<sup>17</sup> “*en conséquence de mesures exorbitantes du droit commun*” – definizione tradizionalmente riferita alle decisioni prese dal governo di Vichy e caratterizzate da un’aperta ostilità politica nei confronti di alcuni gruppi, come gli appartenenti alla confessione ebraica<sup>18</sup>.

**10.** Tuttavia, la possibilità di riuscire a provare la nullità della vendita si presentava di difficile realizzazione: a prima vista, la regolarità formale della compravendita non rispecchiava il carattere di spoliazione richiesto dall’ordinanza del ’45<sup>19</sup>. Ma il giudice della causa si è spinto oltre la mera regolarità formale dell’atto, affermando che la norma andasse interpretata alla luce della precedente ordinanza del 12 novembre 1943, che fa riferimento a tutti i casi di spoliazione, comprese “*les transactions en apparence volontaires auxquelles ne manque aucune forme légale*”<sup>20</sup>.

**11.** Inoltre, a proposito dell’assenza degli eredi quando venne venduto il patrimonio artistico di famiglia, va ricordato che era loro interdetto il ritorno sul suolo francese, a seguito di un’ordinanza tedesca del 27 ottobre 1940. In questo caso, la Corte d’appello ha rilevato che gli eredi del defunto Gentili, Adriana e Marcello, “avevano ambedue lasciato il loro domicilio parigino il mese di giugno 1940, posteriormente alla firma dell’armistizio per trovare rifugio al di fuori del territorio francese allora occupato dall’esercito tedesco per sfuggire alle evidenti minacce che gravavano sulla loro sorte appartenendo alla comunità ebraica” e che quindi non avevano avuto la possibilità di essere presenti a Parigi per provvedere alla successione paterna, impedendo la dispersione della collezione Gentili<sup>21</sup>.

**12.** Il giudice, pertanto, individua l’esistenza di un nesso di causalità tra l’assenza degli eredi, causata specificamente dalla legislazione di natura razziale, e l’affidamento dei beni ad un amministratore *ad hoc* e la successiva vendita all’incanto; su questa base giuridica si fonda la decisione della *Cour d’Appel*: la nomina del curatore e la vendita appaiono come una conseguenza dell’adesione del governo di Vichy alle politiche persecutorie di natura razziale<sup>22</sup>.

**13.** Quanto alla posizione del Louvre – in prima battuta reticente alla restituzione – va ricordato che il museo era soltanto detentore provvisorio di beni altrui, e che mai ne sarebbe potuto divenire il legittimo proprietario. A maggior ragione, dunque, si imponeva l’obbligo di restituzione dei dipinti agli

<sup>17</sup> L’ordinanza del 21 aprile 1945 (in [www.culture.gouv.fr/documentation/mnr/tjur.htm](http://www.culture.gouv.fr/documentation/mnr/tjur.htm), consultato in data 6 marzo 2012) rendeva definitivamente applicabile la precedente del 1943 e formalizzava le decisioni prese a proposito delle vittime. Già nel gennaio 1943, infatti, il Comitato nazionale francese e altri diciassette rappresentanti di governi alleati, riuniti a Londra, avevano espresso l’intenzione di contrastare in qualunque modo i metodi di espropriazione dei governi nemici nei paesi occupati: si riservavano il diritto di dichiarare invalidi i trasferimenti di proprietà in forma sia di sottrazione, sia di transazione apparentemente legale. Tali concetti furono ripresi successivamente anche nelle ordinanze del Comitato francese di Liberazione nazionale del novembre 1943 e dell’agosto 1944; quest’ultima ne estese l’applicabilità a tutto il territorio della Repubblica francese.

<sup>18</sup> Si confronti la giurisprudenza francese del periodo immediatamente successivo alla Seconda Guerra mondiale, in relazione alle spoliazioni subite da persone di religione ebraica, in particolare con riferimento alla possibilità di annullare i contratti di compravendita o donazione apparentemente legali avvenuti durante la vigenza delle leggi di Vichy, in base all’ordinanza del 21 aprile 1945, in L. MURACCIOLE, *Jurisprudence concernano le droit de la guerre, années 1954-1955-1956*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 3, 1957, pp. 723-772.

<sup>19</sup> Effettivamente la vendita era stata realizzata attraverso un amministratore giudiziario nominato con provvedimento del Tribunale, nonché autorizzato dal giudice a seguito di un’azione di diritto civile esercitata legittimamente da un creditore della successione.

<sup>20</sup> Il testo della sentenza recita: “*F. X... est décédé le 21 avril 1940 et que si sa famille a certes eu à souffrir des conséquences des mesures raciales odieuses ultérieurement adoptées, il n’est en revanche pas établi que la vente litigieuse intervenue dans le cadre du règlement de sa succession puisse, au sens de l’art. 1<sup>er</sup> de l’ordonnance du 21 avril 1945, être qualifiée d’acte de disposition accompli sous l’inspiration de l’ennemi*”, in *Le Dalloz*, 1999, n. 37, p. 538.

<sup>21</sup> Si veda il “*Rapporto generale della Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*”, in [www.governo.it/Presidenza/DICA/beni\\_ebraici/index.html](http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni_ebraici/index.html), p. 158.

<sup>22</sup> Come sostiene B. GOLDMAN, la lettera dell’art. 1 dell’ordinanza non esige affatto che l’atto di disposizione sia la conseguenza diretta delle circostanze esorbitanti il diritto comune, della legislazione di Vichy o del fatto del nemico. È sufficiente che una di queste circostanze sia stata la condizione necessaria dell’atto di disposizione accompagnato al danno nei confronti del soggetto spogliato, in *Cassation civile*, 4 giugno 1947.

eredi; ed infatti il Louvre ha restituito agli eredi le cinque tele, fra le quali una di Bernardo Strozzi e una di Giambattista Tiepolo.

14. Infine, gli accordi di Parigi del 23 ottobre 1954 relativi alla cessazione dello stato di occupazione da parte della Repubblica federale tedesca disponevano che la Germania si sarebbe impegnata alla restituzione di tutti i beni culturali che si trovavano su territorio francese prima del 17 maggio 1940, anche in caso di acquisti a condizioni apparentemente normali<sup>23</sup>. Pertanto, se gli eredi avevano il diritto di ottenere la restituzione automatica dei loro beni da parte della Germania, non si vede come lo Stato francese potesse negargliela. Con queste premesse, parte del patrimonio artistico Gentili di Giuseppe è già tornato nelle mani della famiglia<sup>24</sup>.

### III. La questione italiana

15. La vicenda della famiglia Gentili si è riproposta recentemente: la Pinacoteca di Brera possedeva non solo il “Cristo portacroce” del Romanino – acquistato nel 1998 da un collezionista privato – ma possiede tuttora la “Madonna con il Bambino” di Bernardo Zenale<sup>25</sup>, di sua proprietà dagli anni Settanta. In realtà, già negli anni '90 i legali degli eredi Gentili di Giuseppe hanno interessato la “*Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*” in merito a varie opere ritrovate in Italia presso la Pinacoteca, tutte risultate vendute nella suddetta asta parigina<sup>26</sup>.

16. La prima richiesta diretta degli eredi Gentili risale al 2000, quando Lionel Salem scrisse a Brera rivendicando la proprietà dei dipinti, senza ottenere alcuna risposta<sup>27</sup>. Tuttavia, il direttore del museo sottopose la questione all'Ufficio centrale del Ministero per i beni e le attività culturali (d'ora in poi, MIBAC), al quale anche i legali della famiglia si rivolsero il 3 ottobre 2001. Il 6 giugno dell'anno successivo si interessò della vicenda anche la *Commission for Art Recovery* del *World Jewish Congress*<sup>28</sup>, il cui Presidente Ronald Lauder, dopo il rigetto della richiesta da parte del MIBAC, scrisse direttamente all'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Berlusconi, ma invano; solo il 14 marzo 2003 il titolare del MIBAC Giuliano Urbani rispose agli eredi, negando tuttavia la restituzione, reclamata anche sulla

<sup>23</sup> Il nuovo quadro regolamentare per le restituzioni previsto dal Protocollo di Parigi del 23 ottobre 1954 riprese in forma leggermente emendata la *Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation*; il quinto capitolo di tale convenzione, insieme all'annesso relativo alla *Charte de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne*, concernevano l'istituzione di un'agenzia amministrativa tedesca, delle sue competenze e delle condizioni per la restituzione dei beni culturali; con riferimento alla Francia, l'articolo 5 di tale capitolo specificava che le disposizioni relative alle restituzioni dei beni si sarebbero applicate a partire dal 17 maggio 1940, in C. LORENTZ, *La France et les restitutions allemandes au lendemain de la seconde guerre mondiale (1943-1954)*, *Direction des Archives et de la Documentation du Ministère des Affaires étrangères*, p. 255 e ss.

<sup>24</sup> Nel 2001 il Museo di Belle Arti di Lione ha restituito alla famiglia Gentili di Giuseppe un quadro di VITTORE Ghislandi (detto Fra' Galgario) “Ritratto di un giovane scultore”, che fu acquistato in buona fede dalla galleria parigina di François Heim nel 1958. Successivamente, gli eredi hanno incaricato la casa d'aste Christie's di venderlo ([www.christies.com/LotFinder/LotDetailsPrintable.aspx?intObjectID=2090827](http://www.christies.com/LotFinder/LotDetailsPrintable.aspx?intObjectID=2090827), consultato in data 5 marzo 2012). Il *Museum of Fine Arts* di Boston, invece, ha risolto diversamente la controversia con gli eredi Gentili di Giuseppe, pagando loro una quota in cambio della donazione dell'opera “Adorazione dei Magi” di Corrado Giaquinto al museo ([www.mfa.org/collections/object/adoration-of-the-magi-35361](http://www.mfa.org/collections/object/adoration-of-the-magi-35361), consultato in data 5 marzo 2012), in R. DUBIN, *Museums and Self-Regulation: Assessing the Impact of Newly Promulgated Guidelines on the Litigation of Cultural Property*, in *University of Miami Business Law Review*, Winter 2010, p. 14. Similmente si sono comportate altre istituzioni museali: l'*Art Institute of Chicago*, in relazione alla scultura “Busto di un giovane” di Francesco Mochi, e l'*Art Museum* dell'università di Princeton, che possedeva un “San Bartolomeo” del Pinturicchio.

<sup>25</sup> Per un'immagine del dipinto, si veda il catalogo on-line della Pinacoteca di Brera, Sala XIX, [www.brera.beniculturali.it/Page/t04/view\\_html?idp=235](http://www.brera.beniculturali.it/Page/t04/view_html?idp=235), consultato in data 14 novembre 2011.

<sup>26</sup> *Ibidem*, nota 16.

<sup>27</sup> Il 10 gennaio e il 14 marzo 2000 l'avvocato Jean Pierre Sulzer tentò di contattare la Pinacoteca di Brera su incarico dell'erede Lionel Salem, senza però ricevere alcuna risposta.

<sup>28</sup> La *Commission for Art Recovery* del *World Jewish Congress* è un'associazione di New York, che cerca di far restituire i beni culturali sottratti in epoca nazista ai proprietari originari; si veda [www.commartrecovery.org/](http://www.commartrecovery.org/), consultato in data 5 marzo 2012.

base dei cosiddetti *Washington Principles* del 1998<sup>29</sup>. Infatti, questo strumento, insieme alla *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*<sup>30</sup>, pur non essendo strettamente vincolante<sup>31</sup>, va considerato un cardine quanto agli intenti dello Stato, per il trattamento dei beni confiscati dai nazisti. I c.d. *Washington Principles* sono volti a favorire la trasparenza nella provenienza delle opere d'arte, nonché a facilitare le restituzioni ai proprietari originari pre-conflitto<sup>32</sup>. Successivamente, nel 2006 anche la *Commission on Looted Art in Europe* contattò il museo nel tentativo di ottenere il dipinto, ma anch'essa senza risultati.

17. A questo punto, si sarebbero potute aprire diverse strade: sono state intraprese trattative ministeriali per il ritorno dell'opera in Italia, mentre la via giudiziaria non è stata presa in considerazione. Certa della correttezza del proprio operato, la stessa Pinacoteca ha confermato precedenti plurime esportazioni dell'opera in Australia e anche negli Stati Uniti<sup>33</sup>; tuttavia, concedere l'autorizzazione all'esportazione in Florida è stata certamente un'imprudenza del MIBAC, che evidentemente non ha preso in considerazione l'ipotesi del sequestro cautelare da parte dell'autorità statunitense. Peraltro, sarebbe stato sufficiente che Brera pretendesse dal *Brogan Museum* l'assicurazione in merito alla cosiddetta “*Immunity from Seizure under Judicial Process*”<sup>34</sup> per evitare la sottrazione dell'opera da parte dell'au-

<sup>29</sup> Si vedano i *Proceedings of the Washington Conference on Holocaust-Era Assets*, in [www.state.gov/www/regions/eur/holocaust/heac.html](http://www.state.gov/www/regions/eur/holocaust/heac.html), consultato in data 5 marzo 2012. In merito, si richiama Charles A. Goldstein, *Restitution Experience Since The Washington Conference (1998): an Overview*, in *Holocaust Art Restitution Symposium presented by Christie's and Union Internationale des Avocats (UIA)*, 23 giugno 2011 ([www.commartrecovery.org/sites/default/files/MILANCONFERENCEJUNE2011.pdf](http://www.commartrecovery.org/sites/default/files/MILANCONFERENCEJUNE2011.pdf), consultato in data 20 marzo 2012), ove emerge una “*de facto hostility*” dell'Italia nei confronti di tale strumento. In particolare, viene citato proprio il “Cristo portacroce” del Romanino, quale esempio del disinteresse dello Stato in un'effettiva ricerca delle opere ancora in suo possesso e non restituite.

<sup>30</sup> In proposito, la *Terezin Declaration* del 30 giugno 2009 è il risultato di una conferenza internazionale svoltasi a Terezin (*Prague Holocaust Era Assets Conference*, 26-30 giugno 2009), che ha visto la partecipazione dei rappresentanti di 46 Stati, di numerose organizzazioni non governative ed esperti in materia. Richiamando i c.d. *Washington Principles*, al punto 3 afferma specificamente che “*the Participating States affirm an urgent need to strengthen and sustain these efforts in order to ensure just and fair solutions regarding cultural property, including Judaica that was looted or displaced during or as a result of the Holocaust (Shoah)*” (per un approfondimento, si veda [www.holocausteraassets.eu/en/news-archive/detail/terezin-declaration/](http://www.holocausteraassets.eu/en/news-archive/detail/terezin-declaration/), consultato in data 22 marzo 2012).

<sup>31</sup> Sul punto W. W. KOWALSKI, *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, Hague Academy of International Law, The Hague – Boston, 2002, p. 204 e ss.

<sup>32</sup> Cfr. E. JAYME, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, p. 943, ove l'autore definisce i c.d. *Washington Principles* come ‘*narrative norms*’, nel senso che “*these non-binding principles may have legal effects. They may be taken in consideration for the interpretation and construction of legal texts. They do not bind, they tell us a story [...] they are of a narrative character*”.

<sup>33</sup> A tale proposito, la procedura per l'esportazione è semplice: il museo invia una richiesta per la partecipazione dell'opera ad una mostra estera al Ministero per i beni e le attività culturali e, una volta ottenuta l'autorizzazione, affida l'opera ai vettori che la trasportano fisicamente.

<sup>34</sup> Il 19 ottobre 1965 il Congresso statunitense emanò la legislazione relativa alla *Immunity from Seizure Under Judicial Process of Cultural Objects Imported for Temporary Exhibition or Display* (22 USC, paragrafo 2459). In tal modo, il legislatore si proponeva di promuovere l'importazione di arte a beneficio dei cittadini americani, assicurando chi avrebbe prestato le opere che queste ultime non sarebbero state coinvolte in controversie una volta in suolo statunitense. Tuttavia, la legge, che protegge dal sequestro giudiziale gli oggetti culturali importati per mostre temporanee, non opera automaticamente: il museo importatore deve richiederne l'autorizzazione al *U.S. Department of State* oggetto per oggetto almeno sei settimane prima dell'arrivo (nella richiesta vanno specificati alcuni elementi di individuazione dell'opera d'arte e dei motivi dell'importazione: “*a description of the item covered, its provenance, its exhibition location, a description of the object's cultural significance, and a description of why the temporary exhibition is in the national interest*”. Cfr. la normativa statunitense reperibile in [www.state.gov/s/l/c3432.htm](http://www.state.gov/s/l/c3432.htm), consultato in data 20 marzo 2012). Inoltre, con ordinanza esecutiva n. 12047, il Presidente degli Stati Uniti ha autorizzato il direttore della *U.S. Information Agency* “*1) to determine that any work of art or other object to be imported into the United States within the meaning of the Act is of cultural significance, 2) to determine that the temporary exhibition or display of any such work of art or other object in the United States is in the national interest, and 3) to cause public notices of the determinations referred to above to be published in the Federal Register*” (in [culturalheritagelawyer.blogspot.it/2011/10/temporary-art-on-loan-from-foreign.html](http://culturalheritagelawyer.blogspot.it/2011/10/temporary-art-on-loan-from-foreign.html), consultato in data 20 marzo 2012). La procedura prevede la consultazione con il segretario di Stato, il segretario della *Smithsonian Institution* e il direttore della *National Gallery of Art*. Pertanto, affinché il *Brogan Museum* potesse usufruire della c.d. *seizure immunity*, avrebbe dovuto farne richiesta (cfr. R. M. ZERBE, *Immunity from Seizure for Artworks on Loan to United States Museums*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, Winter 1984-85, p. 1129).

torità statunitense<sup>35</sup>; infatti, anche se “*a foreign lender is probably not immune... from executive action delaying return of the property*”<sup>36</sup>, quanto meno il dipinto non sarebbe stato oggetto del sequestro prima del contenzioso e sarebbe potuto almeno tornare in Italia. Si tratta della “*legal guarantee that cultural objects on temporary loan from another state will be protected against any form of seizure during the loan period*”, come specificato dall’“*Action Plan for the EU Promotion of Museum Collection Mobility and Loan Standards*”<sup>37</sup> del 2006 – un progetto della Commissione europea volto a incrementare lo scambio di beni culturali all’interno dell’Unione europea grazie a questo strumento normativo.

**18.** La via diplomatica percorsa dal MIBAC non ha ottenuto il risultato sperato: il quadro del Romanino non è stato recuperato e, all’esito dell’azione giudiziale, è tornato definitivamente agli eredi Gentili di Giuseppe. A tale proposito, va precisato che la Pinacoteca di Brera non si è nemmeno costituita nella causa intentata dall’amministrazione statunitense, lasciando scadere inutilmente i termini per l’intervento. La causa, incardinata sotto la giurisdizione nordamericana, si è risolta in breve tempo; il *judgement in rem*<sup>38</sup> ha avuto esito favorevole per l’erede, beneficiario dell’ordine di restituzione esecutivo della sentenza di primo grado; il 6 febbraio 2012, con sentenza tuttora inedita, il giudice Hinkle, dopo aver esaminato le istanze dell’erede dell’originario proprietario – unico intervenuto in giudizio – gli attribuiva la proprietà del dipinto, ordinando la restituzione.

**19.** Quanto alla legge applicabile, stando a quanto si evince dall’esito della vicenda, il giudice non pare essersi posto alcun dubbio, applicando al caso direttamente la legge statunitense. In realtà, sarebbe stata una scelta da cui sarebbero potuti scaturire esiti diametralmente opposti. Innanzitutto, va preliminarmente ricordato che la disciplina relativa ai beni culturali illecitamente sottratti soffre di una dicotomia strutturale tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*; infatti, mentre nei primi “vige il principio, di origine romanistica, secondo cui *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*”<sup>39</sup> – che permette comunque di rivendicare il bene – nei secondi è stato elaborato il principio del “possesso vale titolo” – che non ne consente la rivendicazione. A ulteriore conferma, secondo il diritto nordamericano, “*a thief cannot convey good title to a bona fide purchaser – good faith purchasers are required to return stolen property to their prior owners*”<sup>40</sup>.

**20.** Entrando nel merito, in questo caso il conflitto di leggi si poneva tra l’ordinamento italiano – *lex rei sitae* al momento dell’acquisto da parte della Pinacoteca di Brera – quello francese, che ha disciplinato il primo passaggio di proprietà dalla famiglia Gentili di Giuseppe alla vendita all’asta (in un certo senso si potrebbe parlare di *lex furti*, intendendo il luogo ove è stato inizialmente sottratto il bene<sup>41</sup>), e quello statunitense – *lex rei sitae* al momento della domanda di rivendicazione. L’applicazione della legge italiana avrebbe portato all’inevitabile ritorno del “Cristo portacroce” a Brera, indipendentemente

<sup>35</sup> Si veda N. VAN WOUDEBERG, *Immunity from seizure: a legal exploration*, in S. PETTERSSON, M. HAGEDORN-SAUPE, T. JYRKKIÖ, A. WEIJ, *Encouraging collections mobility – A way forward for Museums in Europe*, 2010, p. 184 e ss.

<sup>36</sup> R. M. ZERBE, *Immunity from Seizure for Artworks on Loan to United States Museums*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, Winter 1984-85, p. 1134.

<sup>37</sup> Si veda il testo dell’“*Action Plan for the EU Promotion of Museum Collection Mobility and Loan Standards*” nato in seno ai progetti della Commissione europea, durante la Presidenza finlandese, in [www.ne-mo.org/fileadmin/Dateien/public/topics/Collection\\_Mobility/Members/Action\\_Plan\\_for\\_the\\_EU\\_Promotion.pdf](http://www.ne-mo.org/fileadmin/Dateien/public/topics/Collection_Mobility/Members/Action_Plan_for_the_EU_Promotion.pdf), consultato in data 5 marzo 2012.

<sup>38</sup> Per *judgement in rem* si intende un procedimento tipico del diritto statunitense in cui si origina una *fictione* giuridica, ove il bene è la parte convenuta. L’amministrazione federale agisce per individuare il proprietario di un bene che viene considerato *res nullius*, e quindi fittiziamente responsabile di se stesso. Pertanto, viene notificata l’apertura del procedimento a tutti coloro che vi possano avere interesse, e che a questo punto sono autorizzati ad intervenire per far valere le proprie ragioni. Per la disciplina in proposito, si veda F. PIGGOTT, *Foreign Judgements and Jurisdiction, Part II Judgement in rem-status*, III ed., Londra, 1908, p. 5 e ss.

<sup>39</sup> Cfr. in tema M. SAVINO, *La circolazione illecita*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, 2010, Bologna, Il Mulino, p. 146.

<sup>40</sup> Cfr. D. S. BURRIS, E. RANDOL SCHOENBERG, *Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, October 2005, p. 1043.

<sup>41</sup> Sul punto K. SIEHR, *International Art Trade and the Law*, in *Receuil des cours*, Vol. 243 (1993-VI), Hague Academy of International Law, Leiden – Boston, p. 75.

dal fatto che vi fosse richiamato al solo diritto materiale italiano – e quindi o l’art. 1153 cod. civ., che vede l’operare del principio “possesso vale titolo”, o l’art. 1161, che descrive l’istituto dell’usucapione – o anche al diritto internazionale privato: la nostra legge n. 218 del 1995 in ogni caso avrebbe condotto all’ordinamento italiano tramite quanto stabilito all’art. 53: “l’usucapione di beni mobili è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al compimento del termine prescritto”.

**21.** Valgano come esempi i casi *Ministero francese dei beni culturali c. Ministero dei beni culturali e ambientali e De Contessini*<sup>42</sup> e *Winckworth v. Christie, Manson & Woods*. La prima causa, decisa in ultima istanza dalla Corte di Cassazione nel 1995<sup>43</sup>, vedeva l’applicazione della legge italiana, in quanto luogo ove erano situati i beni (arazzi rubati nel 1975 dal palazzo di giustizia di Riom, in Francia) al momento dell’acquisto, ritenuta competente a giudicare anche della validità del titolo dell’acquisto. Pertanto, la Suprema Corte ha inteso valido l’acquisto effettuato grazie all’applicazione del “possesso vale titolo” e quindi ha rigettato la pretesa di rivendicazione francese<sup>44</sup>. Analogamente, il caso *Winckworth v. Christie, Manson & Woods* vedeva la causa incardinata dinanzi ad un giudice inglese (si trattava di antiche statuette *netsuke* giapponesi d’avorio sottratte in Gran Bretagna al proprietario legittimo, quindi esportate in Italia e ivi vendute a un terzo acquirente in buona fede), il quale si pronunciò per l’applicabilità della legge italiana, in quanto legge del luogo ove si trovavano i beni al momento della conclusione del contratto; in conclusione, non poté che accogliere le ragioni del terzo acquirente ai sensi dell’art. 1153 cod. civ.

**22.** Invece, se si fosse scelto di applicare la legge francese, l’esito sarebbe potuto essere duplice; infatti, da un lato, il giudice statunitense avrebbe potuto applicare in modo autonomo la legge francese, che a tale proposito prevede una disciplina dell’usucapione sostanzialmente identica a quella italiana (si vedano gli articoli 2258 e ss., nonché l’art. 2276 del *code civil* francese), e quindi giungere a conclusioni pregiudizievoli per l’erede Gentili di Giuseppe; dall’altro, tuttavia, avrebbe potuto rifarsi per analogia alla decisione precedente della *Cour d’appel* francese, che aveva considerato nulla la vendita all’incanto del patrimonio di famiglia, poiché parte delle politiche persecutorie. In questo caso, la decisione avrebbe tutelato il diritto del proprietario originario, che avrebbe ottenuto la restituzione del “Cristo portacroce”.

**23.** In realtà, il giudice Hinkle ha preferito la propria legge, ovvero la *lex rei sitae* dell’azione di rivendicazione; a tal proposito, giova ricordare che la giurisprudenza nordamericana ha dato spesso ragione agli eredi delle vittime delle spoliazioni, ignorando le richieste dei terzi acquirenti in buona fede<sup>45</sup>. Tale tendenza si riscontra anche nella teoria del cosiddetto ordine pubblico negativo o positivo<sup>46</sup>, che fa dipendere il riconoscimento della legge straniera, all’interno dell’ordinamento del foro, a seconda che il risultato da essa prodotto sia contrario o meno alla politica perseguita dal foro stesso<sup>47</sup>; in breve, si fa dipendere il richiamo della legge straniera dall’influenza delle norme materiali sul caso concreto, mitigando così alcune distorsioni dovute a un utilizzo troppo rigido del criterio della *lex rei sitae*<sup>48</sup>. Il fenomeno orienta la scelta sull’applicabilità o meno della legge straniera in base al risultato che si vuole raggiungere, realizzando altresì una certa uniformità giurisprudenziale in materia.

<sup>42</sup> Si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 12166 del 24 novembre 1995, in *Foro italiano*, 1996, I, 907 e ss.

<sup>43</sup> Cfr. A. GARDELLA, *Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: la Convenzione dell’Unidroit del 24 giugno 1995*, in *Il diritto del commercio internazionale*, Vol. 12, n. 4/1998, pp. 997 e ss.

<sup>44</sup> R. CLERICI, *La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 799 e ss.

<sup>45</sup> In proposito, D. S. BURRIS, E. RANDOL SCHOENBERG così si esprimono: “A basic premise, expressed in numerous cases and statutes, is that the U.S. governmental institutions, state and federal, have a strong public policy interest in seeking the return of Nazi-looted art”, in *Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, October 2005, p. 1043.

<sup>46</sup> Sul punto W. W. KOWALSKI, *op. cit.*, p. 225 e ss.

<sup>47</sup> Si veda P. LALIVE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon, 1955, p. 103 e ss.

<sup>48</sup> Sull’utilità di un approccio più flessibile al criterio della *lex rei sitae*, si richiama L. V. PROTT, *Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*, in *Recueil des cours*, Vol. 217 (1989), Hague Academy of International Law, Leiden – Boston, p. 264 e ss.

24. A conferma di quanto sopra, si vedano i casi *Menzel v. List*<sup>49</sup> – relativo a un dipinto di Marc Chagall – e *Kunstammlungen Zu Weimar v. Elicofon*<sup>50</sup> – che aveva ad oggetto la proprietà di due ritratti di Dürer del 1982 – nei quali l’istituto della prescrizione acquisitiva cede il passo alla tutela della proprietà originaria. Il primo caso si concluse con un’inequivocabile sentenza che attribuiva la proprietà dell’opera alla famiglia Menzel. Peraltro, la Corte affermò che la prescrizione (che avrebbe bloccato l’azione di restituzione), invocata dal convenuto, non potesse operare, poiché la legge dello Stato di New York – applicabile alla fattispecie – prevede che nella rivendicazione (caso simile a quello in esame), come nell’interversione del possesso, la legittimazione ad agire contro chi ha acquisito legalmente il bene mobile sorga non dal momento del furto o della sottrazione, bensì dal momento del rifiuto di restituirlo<sup>51</sup>. Poco oltre, nel merito la sentenza aggiungeva che “*provisions of law for the protection of purchasers in good faith which would defeat restitution [of Nazi confiscations] shall be disregarded*”<sup>52</sup>.

25. Sulla falsariga di *Menzel v. List* si mosse il *Second Circuit* della *Court of Appeals* nel caso *Kunstammlungen Zu Weimar v. Elicofon*, in cui la controversia verteva sull’acquisto della proprietà dei due Dürer o meno da parte del sig. Edward Elicofon – acquirente in buona fede che ne aveva mantenuto il possesso ininterrottamente per più di vent’anni. La Corte, applicando nuovamente la legge dello Stato di New York (*lex rei sitae* al momento della conclusione del contratto), utilizzò la norma per cui l’acquisto da furto o sottrazione illecita non fa acquisire la proprietà del bene mobile, nonostante la buona fede<sup>53</sup>. Inoltre la Corte, seguendo la giurisprudenza precedente, sostenne l’inoperatività della prescrizione “*because New York applies the demand and refusal rule*”<sup>54</sup>, istituto la cui decorrenza andava retrodatata al momento della richiesta di restituzione da parte dell’attore e successivo diniego del convenuto. A proposito del conflitto di leggi applicabili al caso, va notato che se il giudice avesse applicato al caso la legge materiale tedesca, la rivendicazione del bene non sarebbe stata accolta, in quanto l’azionabilità del diritto da parte del proprietario sarebbe stata considerata prescritta<sup>55</sup>. Nelle valutazioni delle corti statunitensi si è riscontrata una generale propensione a sostenere le ragioni dei proprietari originari, che viene realizzata impedendo allo ‘*statute of limitations*’ (la prescrizione appunto) di operare; in questo modo, costoro possono ancora far valere le loro ragioni e azionare diritti che altrimenti sarebbero definitivamente prescritti<sup>56</sup>.

26. Ma quali sono i veri fondamenti di simili valutazioni? Occorre richiamare quanto afferma Emily J. Henson, che vede la chiave di volta di questi casi “*in finding legal doctrines that allow courts*

<sup>49</sup> M. J. KELLY, *Conflicting Trends in the Flourishing International Trade of Art and Antiquities: Restitutio in Integrum and Possessio animo Ferundi/Lucrandi*, in *Dickinson Journal of International Law*, Fall 1995, p. 41 e ss.

<sup>50</sup> H. L. OSTENBERG, *International Law in Domestic Forums: The State of the Art*, *Kunstammlungen zu Weimar v. Elicofon*, in *Brooklin Journal of International Law*, Vol. 9/1983, p. 179 e ss.

<sup>51</sup> Cfr. “*In replevin, as well as in conversion, the cause of action against a person who lawfully comes by a chattel arises, not upon the stealing or the taking, but upon the defendant’s refusal to convey the chattel upon demand*” in EMILY J. HENSON, *The last prisoners of war: returning World War II art to its rightful owner – Can moral obligations be translated into legal duties?*, in *DePaul Law Review*, 51/2002, p. 1112.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Cfr. “*The court found that New York law prevented a subsequent good faith purchaser from acquiring good title from a thief ... Good faith was irrelevant to the inquiry because the court found the paintings were stolen and it was impossible for a thief to pass good title to a subsequent purchaser, even if the purchaser was acting in good faith ... According to the law of replevin, a thief does not obtain the title to or the right to possession of stolen property; therefore, a thief cannot pass good title or the right to possession of stolen property to a subsequent purchaser*”, in E. J. HENSON, *The last prisoners of war: returning World War II art to its rightful owner – Can moral obligations be translated into legal duties?*, in *DePaul Law Review*, 51/2002, p. 1113 e ss.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>55</sup> Cfr. M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, II edizione, 2007, p. 141.

<sup>56</sup> A proposito di prescrizione, si veda il commento alla *Convention on the Non-Applicability of Statutes of Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 26 novembre 1968, purtroppo mai ratificata da Italia, Francia o Stati Uniti d’America, in R. H. MILLER, *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *American Journal of International Law*, Vol. 65, No. 3, pp. 476-501.

to impose legal duties that are concurrent with society's moral obligations”<sup>57</sup>. Di avviso simile era anche la Presidente della suddetta Commissione parlamentare, l’On. Tina Anselmi, quando esprimeva il proprio dissenso nei confronti della nota *tranchante* dell’Avvocatura dello Stato del 23 marzo 1960, che attribuiva la proprietà dei beni non rivendicati entro dieci anni allo Stato *sic et simpliciter*<sup>58</sup>. All’interno di controversie apparentemente solo privatistiche sulla proprietà di un bene mobile, quindi, emerge un profilo pubblicistico, dovuto alle vicende che hanno caratterizzato questi beni: la loro sottrazione nel secondo conflitto mondiale coinvolge anche la sfera pubblica, suscitando obblighi morali che si cerca di trasporre all’interno di soluzioni di tipo giuridico<sup>59</sup>.

**27.** Pertanto, la costruzione giuridica di queste sentenze si fonda su un bilanciamento di due esigenze diverse: da un lato, quella del proprietario originario, cui è stato sottratto illegalmente un bene di grande valore in circostanze persecutorie o addirittura belliche, e dall’altro l’esigenza di tutela del terzo acquirente in buona fede, ignaro di acquistare *a non domino*.

**28.** In questa situazione di equiparazione di diverse esigenze, la giurisprudenza ha introdotto un altro principio giuridico, volto a rafforzare ulteriormente la posizione del proprietario iniziale: la *due diligence*. Partendo dall’assunto che il compratore di opere d’arte non sia affatto un acquirente come gli altri, ma intenditore di arte e conoscitore delle regole del mercato in cui si muove, i giudici hanno preteso che costui operasse con un’attenzione tutta particolare, e che dunque fosse edotto dei rischi che si celano dietro l’acquisto di opere di tale valore. A maggior ragione, questo principio vale quando l’acquisto sia effettuato da enti o strutture che si riforniscono prevalentemente nel mercato dell’arte, come i musei o le case d’aste. È evidente che la mancanza di un procedimento di seria e diligente disamina di tutti i passaggi di proprietà difficilmente potrà integrare i requisiti dell’acquisto “in buona fede”; conseguenza diretta ne è l’inoperatività del principio secondo cui “possesso vale titolo” – garanzia per l’acquirente dell’immediata acquisizione della proprietà.

**29.** Se si volessero prendere in considerazione anche gli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali in vigore, la Pinacoteca di Brera – emanazione dello Stato italiano, in quanto museo pubblico – già in passato avrebbe dovuto rispondere della proprietà del “Cristo portacroce” ai sensi dell’art. 3, paragrafo 1<sup>60</sup>, della Convenzione UNIDROIT del 1995 (*UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*)<sup>61</sup>, ove si afferma un generale obbligo di restituzione di un bene rubato da parte del possessore in buona fede<sup>62</sup>; il sospetto di una provenienza illecita dell’acquisto, supportata dalle numerose richieste da parte degli eredi della famiglia, avrebbe potuto dare origine ad una procedura di

<sup>57</sup> E. J. HENSON, *The last prisoners of war: returning World War II art to its rightful owner – Can moral obligations be translated into legal duties?*, in *DePaul Law Review*, 51/2002, pp. 1103-1158.

<sup>58</sup> Cfr. la nota dell’Avvocatura generale dello Stato del 23 marzo 1960 con oggetto “Gestione beni ebraici confiscati o sequestrati. Realizzo beni non rivendicati”, che si esprimeva nei seguenti termini: “In conclusione, ritiene la scrivente che, col decorso dei dieci anni dal 5 giugno 1946, data di entrata in vigore del D.L.L. 5 maggio 1946, n. 393, lo Stato abbia acquistato la proprietà dei beni a suo tempo confiscati e sia stato liberato, altresì, dall’obbligo di restituire il prezzo ricavato dalla vendita [...]. Dei predetti beni, quindi, lo Stato può liberamente disporre”, in “Rapporto generale della Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati”, in [www.governo.it/Presidenza/DICA/beni\\_ebraici/index.html](http://www.governo.it/Presidenza/DICA/beni_ebraici/index.html), p. 7.

<sup>59</sup> Cfr. il paragrafo 13 della Risoluzione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa n. 1205 del 4 novembre 1999 *Looted Jewish cultural property*, in [assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta99/eres1205.htm](http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta99/eres1205.htm), consultato in data 29 febbraio 2012, ove si sottolinea che “It may be necessary to facilitate restitution by providing for legislative change with particular regard being paid to: i. extending or removing statutory limitation periods; ii. removing restrictions on alienability; iii. providing immunity from actions for breach of duty on the part of those responsible for collections; iv. waiving export controls”.

<sup>60</sup> Cfr. art. 3, paragrafo 1 della Convenzione: “The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it”.

<sup>61</sup> L’Italia ha ratificato la Convenzione con L. 7 giugno 1999 n. 231, in G.U. 2 luglio 1999 n. 153, il cui articolo 3 così recita: “Il Governo della Repubblica italiana dichiara, ai sensi dell’art. 16 della convenzione che la domanda di restituzione o di ritorno dei beni culturali rubati o illecitamente esportati dovrà essere proposta dinanzi al tribunale del luogo in cui si trova il bene”.

<sup>62</sup> Si noti che “this is a very important provision since it provides for an unequivocal obligation on the possessor who holds an artifact that is stolen to return it. This provision presents a departure from those legal systems (essentially civil law systems) which favour the good faith purchaser against the dispossessed owner”, in I. A. STAMATOUDI, *Cultural Property Law and Restitution*, Cheltenham – Northampton, 2011, pp. 76-77.

restituzione spontanea. Peraltro, la stessa Convenzione all’art. 4, paragrafo 1 “assegna il diritto ad un indennizzo equo e ragionevole al possessore che non sapesse, né avrebbe potuto ragionevolmente sapere, che l’oggetto era stato rubato, e che sia in grado di provare di avere esercitato la diligenza richiesta al momento dell’acquisto”<sup>63</sup>. Va notata la particolarità di questa norma, che, da un lato, tiene in conto il diritto del possessore in buona fede, assegnandogli un pagamento in compensazione, ma, dall’altro, lo grava della prova della *due diligence*, rovesciando sostanzialmente l’onere della prova<sup>64</sup>.

**30.** A tale proposito, Brera avrebbe dovuto quanto meno verificare la provenienza del dipinto in relazione alla legittimità dei titoli d’acquisto: risalendo nella concatenazione dei passaggi di proprietà, si sarebbe imbattuta nell’asta parigina, e avrebbe potuto insospettirsi circa la bontà del primo acquisto. In merito, giova ricordare i numerosissimi codici di etica museale e di trattamento delle opere d’arte, che, pur non essendo strettamente vincolanti, sono comunemente conosciuti e applicati da parte degli operatori del settore<sup>65</sup>; pur trattandosi di *soft law*, il rispetto di queste linee guida deve essere assoluto da parte di musei, gallerie d’arte e case d’asta, in linea con il dovere deontologico di trasparenza nelle transazioni riguardanti i beni culturali<sup>66</sup>.

**31.** Un primo codice di condotta museale – *Code of Professional Ethics* – fu adottato il 4 novembre 1986 da parte dell’*International Council of Museums* (ICOM), ben prima dell’incauto acquisto da parte della Pinacoteca di Brera. In esso, l’articolo 2, paragrafo 2 così recita: “*no object or specimen should be acquired by purchase, gift, loan, bequest, or exchange unless the acquiring museum is satisfied that a valid title is held. Evidence of lawful ownership in a country is not necessary valid title*”. E ancora, nell’art. 1 dell’*International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property* dell’UNESCO del 1999 – cuore del codice – si legge che “*professional traders in cultural property will not import, export or transfer the ownership of this property when they have reasonable cause to believe it has been stolen, illegally alienated [...]*”<sup>67</sup>. È chiaro che ricade in capo al museo l’onere di verificare non solo la legittimità della proprietà dell’opera d’arte, ma anche ogni circostanza relativa alla validità del titolo, prima di accettare il bene nelle proprie collezioni<sup>68</sup>. Circostanze che, purtroppo, non paiono essere state prese in considerazione a sufficienza dalla Pinacoteca di Brera al momento dell’acquisto del “Cristo portacroce”.

#### IV. Note conclusive

**32.** A chiusura di questa panoramica sulla vicenda si avverte tutta la difficoltà di gestire interessi antitetici: se certamente si è rimediato al torto subito dalla famiglia Gentili di Giuseppe durante le persecuzioni naziste del secondo conflitto mondiale, va constatato tuttavia che la Pinacoteca di Brera ha

<sup>63</sup> È interessante notare come la Convenzione Unidroit si proponga di conciliare regole configgenti dei sistemi di *civil e common law*, inserendo la disciplina della compensazione da un lato, e la soglia della ragionevolezza dall’altro. In merito J. A. R. NAFZIGER, T. SCOVAZZI, *The Cultural Heritage of Mankind*, Hague Academy of International Law, Leiden – Boston, 2008, p. 208.

<sup>64</sup> Sul punto, I. A. STAMATOUDI, in *op. cit.* (nota 56), p. 85 e ss.

<sup>65</sup> Tra gli altri, si ricordano le *Guidelines* dell’*American Association of Museums* (AAM), le *Guidelines on Loans of Antiquities and Ancient Art* dell’*Association of Art Museum Directors* (AAMD), il *Code of Professional Ethics* dell’*International Council of Museums* (ICOM), l’*Ethical Code of Conduct* della *Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d’Art* (CINOA), l’*International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property* dell’UNESCO, i *Principles of Conduct* dell’*European Association of Archeologists* (EAA), etc.

<sup>66</sup> In merito, si veda l’illustrazione dei soggetti attori nel mercato dell’arte, distinti in mercanti, acquirenti e regolatori, secondo cui la Pinacoteca di Brera rientra nella categoria degli *acquirenti*, mentre i codici di condotta museale sono il prodotto degli appartenenti alla categoria dei *regolatori* (organizzazioni internazionali e associazioni sovranazionali), in E. D’ALTERIO, in *Il commercio*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, 2010, Bologna, Il Mulino, pp. 94-95.

<sup>67</sup> Il significato di “*have reasonable cause to believe*” non è di chiarezza immediata, ma se nel commentario UNESCO allo stesso codice si chiarisce che “*traders must actively examine the background of the objects they are offered and question the person concerned*”, in [portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL\\_ID=13095&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=13095&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), consultato in data 23 marzo 2012. Sul punto, PATRICK J. O’KEEFE, *Unlawful Traffic in Cultural Heritage and UNESCO*, in *Media & Arts Law Review*, Vol. 6, n. 2/2001 ([www.lawapps.law.unimelb.edu.au/cmcl/malr/contents62.html](http://www.lawapps.law.unimelb.edu.au/cmcl/malr/contents62.html)).

<sup>68</sup> Cfr. I. A. STAMATOUDI, in *op. cit.* (nota 56), p. 169 e ss.

perso un’opera importante del proprio patrimonio culturale, che molto probabilmente non avrà più la possibilità di esporre al pubblico. Si ripropone l’annoso problema del “*clash of interests*” teorizzato da Erik Jayme – un fenomeno strettamente legato alla natura stessa del bene culturale: da un lato vi sono gli interessi privati dei proprietari di un’opera d’arte, dall’altro gli interessi nazionali degli Stati alla conservazione dei manufatti di importanza nazionale negli Stati di provenienza<sup>69</sup>.

**33.** Riconoscendo che tali interessi sono entrambi meritevoli di tutela, è chiaro che la preferenza nei confronti degli uni o degli altri verrà accordata a seconda dell’ordinamento giuridico in cui saranno fatti valere. Prendere in considerazione tutti i punti di vista è forse l’unico modo per ottenere una soluzione ampiamente condivisa. Emblematico è il caso *Maria Altmann v. Republic of Austria*, che vide contesi sei quadri di Klimt esposti per più di cinquant’anni alla *Österreichische Galerie Belvedere* di Vienna. In un primo momento, nel conflitto di interessi tra i diritti degli eredi della precedente proprietaria e il diritto dell’Austria al mantenimento sul territorio nazionale di un patrimonio unico al mondo e indissolubilmente legato all’identità culturale austriaca, una più ampia visione globale suggerì una soluzione che consentì pubblico accesso a questi capolavori<sup>70</sup>.

**34.** Successivamente, a seguito di due diversi arbitrati internazionali tra Maria Altmann e la Repubblica austriaca<sup>71</sup>, i dipinti furono restituiti definitivamente agli eredi, che decisero di venderli all’asta tramite la casa d’aste Christie’s, suscitando significative critiche da parte austriaca. Solo il dipinto più celebre *Adele Bloch-Bauer I* (1907) è esposto alla *Neue Galerie*<sup>72</sup> di New York, ove chiunque può fruirne liberamente, mentre gli altri cinque (*Adele Bloch-Bauer II*, *Apfelbaum*, *Buchenwald/Birkenwald*, *Häuser in Unterach am Attersee*, *Amalie Zuckerkandl*) appartengono a collezioni private. Invece, nel cosiddetto “caso Egon Schiele”<sup>73</sup> una soluzione adeguata fu l’accordo transattivo, che alla restituzione dell’opera al museo fece contemporaneamente corrispondere il versamento di una somma, a titolo di parziale risarcimento, ai proprietari originari. In questo modo si ottenne un equo bilanciamento di tutte le esigenze emerse nella controversia, finalizzato al soddisfacimento di entrambe le parti della controversia.

**35.** La soluzione ideale, forse, potrebbe consistere nell’accettazione da parte dei proprietari dell’impegno di esporre periodicamente, presso una determinata istituzione museale, l’opera, così da offrirla alla fruizione del grande pubblico.

<sup>69</sup> Più precisamente, ERIK JAYME individua cinque principali categorie di interessi: “1) *the global interests of the International civil society*, 2) *the National interests of States and Nations in preserving artworks of National significance in the home country*, 3) *the private interests of the owners of an artwork or the artists*, 4) *the interests of the artworks themselves*, and finally 5) *the market interests*”, in *ibid.* (nota 31), p. 929.

<sup>70</sup> Cfr. E. JAYME, in *ibid.*, p. 942.

<sup>71</sup> *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley v. The Republic of Austria*, lodo arbitrale del 15 gennaio 2006, in [www.bslaw.com/altmann/Klimt/award.pdf](http://www.bslaw.com/altmann/Klimt/award.pdf), e *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley v. The Republic of Austria*, lodo arbitrale del 7 maggio 2006, in [www.bslaw.com/altmann/ZuckerKandl/Decisions/decision.pdf](http://www.bslaw.com/altmann/ZuckerKandl/Decisions/decision.pdf), consultati in data 29 marzo 2012.

<sup>72</sup> Si veda l’esibizione temporanea del 2006 della *Neue Galerie*, in [www.neuegalerie.org/exhibitions/gustav-klimt-five-paintings-from-the-bloch-bauer-collection](http://www.neuegalerie.org/exhibitions/gustav-klimt-five-paintings-from-the-bloch-bauer-collection), nonché il catalogo permanente del museo in [www.neuegalerie.org/collection/Austrian/Fine%20Arts](http://www.neuegalerie.org/collection/Austrian/Fine%20Arts) (consultati in data 29 marzo 2012).

<sup>73</sup> A tale proposito, si veda [www.commartrecovery.org/cases/schieles-portrait-wally-long-court-case](http://www.commartrecovery.org/cases/schieles-portrait-wally-long-court-case), consultato in data 26 febbraio 2011. Il presente caso *United States of America v. Portrait of Wally*, risolto con una transazione tra le parti il 26 luglio 2010; i termini dell’accordo prevedevano, oltre naturalmente alla rinuncia alle proprie istanze di tutte le parti in causa, da un lato il versamento di 19 milioni di dollari da parte del *Leopold Museum Privat-Stiftung* alla famiglia di Lea Bondi Jaray (originaria proprietaria), e dall’altro la concessione al museo di esporre ed esportare l’opera.

# PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE BIENES INMATERIALES OFERTADOS EN INTERNET\*

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada*

*Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido:18.01.2014 / Aceptado: 22.01.2014

**Resumen:** La protección de los derechos de autor en la sociedad actual se convierte en necesaria. Surgen nuevas posibilidades de vulnerar los derechos de autor, la mayoría de ellas por vías informáticas. Y en este comentario se intenta ver qué posición adopta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1</sup> respecto el foro de competencia judicial internacional para conocer de los litigios relativos a la protección de los derechos de autor.

**Palabras clave:** propiedad intelectual, daños extracontractuales, Internet, artículo 5.3 Reglamento Bruselas I, derechos patrimoniales de autor, Directiva 2001/29.

**Abstract:** The protection of copyright in today's society becomes necessary. New possibilities of infringing copyright, most of them by computing paths. And in this commentary are trying to see what position adopts the Court in the European Union on the forum of international jurisdiction to hear disputes relating to the protection of copyright.

**Key words:** intellectual property, tort, Internet, Article 5.3 Brussels I Regulation, economic rights, Directive 2001/29.

**Sumario:** I. La necesaria protección de los derechos de autor en la sociedad actual. II. La propiedad intelectual en el Derecho Internacional Privado. III. El caso *Pinckney vs. Mediatech*. IV. Posición del TJUE respecto la protección de los derechos patrimoniales de autor. V. Fundamento del foro del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I. VI. Directiva 2001/29. VII. Foro de competencia para conocer de los litigios relativos a la protección de los derechos de autor. VIII. Diferencias entre infracción de propiedad industrial sujeta a registro y propiedad intelectual. IX. Foro de competencia para conocer de los litigios relativos a la protección de los derechos de autor.

## I. La necesaria protección de los derechos de autor en la sociedad actual

1. La protección de los derechos de autor en la sociedad actual es un problema jurídico. Con el paso del tiempo y la vertiginosa evolución de las tecnologías en los últimos años este problema va adquiriendo cada vez mayor relevancia. Son numerosas las formas en las que se pueden reproducir, distribuir y comunicar al público las creaciones intelectuales. Y en ocasiones a través de Internet esa comunicación o distribución al público se ha hecho sin el consentimiento del autor del mismo. Esto ha provocado un alarmante aumento de la piratería, como de la difusión de contenidos sin la aprobación de

---

\* Agradezco al prof. Dr. D. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ sus propuestas y observaciones a este trabajo.

<sup>1</sup> Vid. *STJUE de 3 octubre 2013, as. C-170/12 Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*. El texto de la sentencia del TJUE puede verse en la base de datos de la UE: <http://eur-lex.europa.eu>, que será citada a partir de ahora como «STJUE 3 octubre 2013, *Pinckney vs. Mediatech*».

su autor. Esta situación perjudica gravemente a los autores de las obras intelectuales, ya que se les priva de la libertad para explotar los derechos de su creación como ellos estimen oportuno.

2. La determinación del régimen jurídico internacional de las propiedades intelectuales es problemática por varias razones: 1º) importancia de lo intangible: en la actualidad, las propiedades inmateriales son extraordinariamente valiosas. Mucho más que las propiedades tangibles. Marcas, patentes, derechos de *copyright*, ideas, *know-how*, nombres comerciales, créditos futuros, acciones, etc. Valen mucho más que todas las mercancías físicas del planeta. Determinar la competencia judicial y la Ley aplicable a estas propiedades inmateriales es una cuestión difícil debido al enorme valor de las mismas. 2º) globalización planetaria: aunque desde el siglo XIX, las creaciones intelectuales han suscitado difíciles cuestiones de Derecho Internacional Privado, es ahora, en el contexto de la globalización del siglo XXI, cuando estas dificultades son más profundas y más frecuentes. Explicación: las creaciones intelectuales (música, obras literarias, patentes, etc.) se explotan hoy día en todo el mundo al mismo tiempo (Worldwide Exploitation). Las fronteras estatales no suponen ningún freno a la explotación y a la difusión mundial simultánea de las creaciones del intelecto humano. 3º) bienes no físicos: la determinación del tribunal competente de la Ley aplicable a la propiedad intelectual e industrial encuentra un obstáculo clave: se trata de “derechos” que no recaen sobre una cosa física. Son, realmente, “derechos de exclusiva” o “monopolios de explotación”, personales y patrimoniales, oponibles *erga omnes*, es decir, son derechos con eficacia frente a terceros. Pero como no existe ninguna “cosa física”, no es adecuado emplear el punto de conexión “lugar de situación de la cosa”, que es el que se utiliza en relación con los derechos reales sobre bienes corporales. Debe dejarse claro que las normas de Derecho Internacional Privado relativas a los derechos de propiedad intelectual o industrial no se aplican a los “soportes físicos” en los que constan las creaciones o ideas humanas<sup>2</sup>.

## II. La propiedad intelectual en el Derecho Internacional Privado

3. En el Derecho material comparado existen en Derecho sustantivo dos sistemas o modelos básicos de protección de los derechos de propiedad intelectual, como indica la doctrina: 1º) *Sistema de “derecho de autor”*. Este sistema se sigue, fundamentalmente, en los países europeos continentales. En este modelo, el creador de la obra posee un verdadero derecho de propiedad, instrumentado a través de los derechos de explotación, derechos que puede transmitir a terceros, y también posee un haz de facultades jurídicas que derivan del llamado “derecho moral de autor”, normalmente inalienables e imprescriptibles. Además, en los casos de obras intelectuales encargadas por un empresario, como las producciones cinematográficas, el derecho de autor corresponde a los creadores directos de la obra. Se trata, efectivamente, de proteger al autor porque ello se considera justo. 2º) *Sistema de Copyright*. Constituye el sistema propio de los países de cultura jurídica anglosajona. Conforme a este modelo, el titular del derecho no dispone de ningún “derecho moral de autor” o, como mucho, dispone de un derecho moral de autor muy “recortado”, con escasas facultades. Por otro lado, en los casos de obras intelectuales encargadas por un empresario (*Works Made For Hire*), el derecho de autor corresponde a los sujetos que encargan la realización de la obra. En este sistema, el objetivo es crear un monopolio de explotación de las obras que estimule la creación intelectual al coste más bajo posible, de modo que toda la sociedad pueda beneficiarse de tal creación<sup>3</sup>.

## III. El caso *Pinckney vs. Mediatech*

4. En el caso 170/12, *Pinckney vs. Mediatech*, el Sr. Pinckney, residente en Toulouse (Francia), demanda a la sociedad Mediatech, con domicilio en Austria. El Sr. Pinckney accedió a Internet desde su

<sup>2</sup> A. CALVO-CARAVACA/J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., 2013-2014, pp. 1026 y 1027.

<sup>3</sup> A. CALVO-CARAVACA/J. CARRASCOSA, op. cit., pp. 1028.

domicilio en Toulouse y descubrió que la sociedad Mediatech había reproducido y prensado en discos compactos (CD), doce canciones de su creación sin su autorización. Posteriormente esos CD fueron comercializados por las sociedades británicas Crusoe o Elegy en distintos sitios de Internet. Por esta razón el Sr. Pinckney demandó el 12 de octubre de 2006 a Mediatech ante el tribunal de grande instance de Toulouse al objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido debido a la vulneración de sus derechos de autor.

5. Mediatech alegó la incompetencia de los órganos jurisdiccionales franceses. Mediante resolución de 14 de febrero de 2008, el juge de la mise en état (juez de instrucción civil) del citado tribunal desestimó dicha excepción de incompetencia. Ya que observaba un vínculo sustancial suficiente entre los hechos y el daño alegado que justificara la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se había presentado la demanda. Puesto que el Sr. Pinckney podía adquirir los discos de que se trata desde su domicilio francés en un sitio de Internet abierto al público francés. Mediatech presentó un recurso contra dicha resolución alegando que los CD se habían prensado en Austria, donde está domiciliada, a instancia de una sociedad británica que los comercializa en un sitio de Internet. Por lo tanto, en su opinión, únicamente son competentes los tribunales del lugar del domicilio de la demandada, que se encuentra en Austria, o los del lugar donde se ha producido el daño, a saber, los del lugar en el que se ha cometido la infracción imputada, es decir, el Reino Unido. Mediante sentencia de 21 de enero de 2009, la cour d'appel de Toulouse declaró que el tribunal de grande instance de Toulouse no era competente para conocer del asunto, al estimar que el lugar del domicilio de la demandada está en Austria y el lugar donde se ha producido el daño no puede situarse en Francia, y añadió que no era necesario examinar las responsabilidades respectivas de Mediatech y de las sociedades Crusoe o Elegy dado que no se había alegado complicidad de éstas con Mediatech.

6. El Sr. Pinckney interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia invocando la infracción del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I. Alegó que la competencia del juez francés era fundada y que su recurso había sido declarado inadmisiblemente indebidamente. En este contexto, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: “1) ¿El artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor cometida mediante el contenido ofrecido en línea en un sitio de Internet, – la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea o haya sido accesible el contenido ofrecido en línea en Internet, para obtener reparación únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado dicha acción, o – es preciso, además, que esos contenidos estén o hayan estado destinados al público situado en el territorio de dicho Estado miembro, o que se ponga de manifiesto otro punto de conexión? 2) ¿Debe darse la misma respuesta cuando la presunta vulneración de los derechos patrimoniales de autor no resulta de la oferta en línea de un contenido desmaterializado, sino, como en el caso de autos, de la oferta en línea de un soporte material que reproduce dicho contenido?”

#### **IV. Posición del TJUE respecto a la protección de los derechos patrimoniales de autor**

7. El TJUE admite las cuestiones prejudiciales sobre si los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de lo alegado, que es una vulneración de los derechos patrimoniales de autor resultante de la oferta en línea de un soporte material que reproduce una obra protegida. Hay una amplia jurisprudencia del TJUE que interpreta el artículo 5.3 del RB-I en relación a demandas contra infracciones cometidas a través de Internet, y que por hacerse a través de la red, pueden materializarse en numerosos lugares<sup>4</sup>. De esta jurisprudencia se deduce que el lugar de la materialización del daño en

<sup>4</sup> STJUE de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising y Martinez, C509/09 y C161/10, y STJUE de 19 de abril de 2012, Wintersteiger, C523/10.

el sentido del artículo 5.3 del RB-I “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado<sup>5</sup>.

**8.** El TJUE lleva a cabo una importante distinción entre las vulneraciones de los derechos de la personalidad y las vulneraciones de un derecho de la propiedad intelectual o industrial a fin de identificar el lugar de la materialización de un daño supuestamente causado en Internet. *Vulneración de los derechos de la personalidad*: la víctima de una vulneración de los derechos de la personalidad cometida a través de un contenido puesto en la red, puede sobre la base del criterio de la materialización del daño, ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio dicho contenido sea o haya sido accesible. Estos derechos están protegidos en todos los Estados miembros. Dichos tribunales serán los únicamente competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda. De este modo, la presunta víctima de una vulneración de los derechos de la personalidad cometida a través de un contenido puesto en línea, derechos que están protegidos en todos los Estados miembros, puede, sobre la base del criterio de la materialización del daño, ejercitar una acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio dicho contenido sea o haya sido accesible. Estos tribunales son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda (véase la sentencia eDate Advertising y Martínez, antes citada, apartado 52). Además, habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que dicha persona tiene su centro de intereses, la supuesta víctima puede optar por presentar su demanda únicamente ante el órgano jurisdiccional de dicho lugar respecto del daño total causado (sentencia eDate Advertising y Martínez, antes citada, apartado 48).

**9.** En cuanto a la vulneración de un derecho de la propiedad intelectual o industrial cuya protección concedida por un acto de registro está limitada al territorio del Estado miembro de registro, debe formularse ante los tribunales de dicho Estado miembro. En efecto, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de registro son los que mejor pueden apreciar si efectivamente se ha vulnerado el derecho de que se trate (véase, en este sentido, sobre las marcas nacionales, la STJUE de 19 de abril de 2012, as. C 523/10, Wintersteiger AG contra Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.)

**10.** Los derechos patrimoniales de un autor están sujetos al principio de territorialidad, igual que pasa con los derechos vinculados a una marca nacional. Tienen una protección prevista en la Directiva 2001/29, de modo automático en todos los Estados miembros aunque puedan ser vulnerados, respectivamente, en cada uno de ellos en función del Derecho sustantivo aplicable. Es por esta razón por la que el órgano jurisdiccional competente examinará el fondo de la cuestión planteada para determinar si se ha vulnerado un derecho protegido en su Estado. En la fase de examen de la competencia de un tribunal para conocer de un daño, el artículo 5.3 del RB-I prevé como única condición el hecho de que se haya producido o pueda producirse un daño, y no habrá que indagar en cuestiones de fondo para determinar la competencia. Al contrario de lo que sucede en el artículo 15.1 b)<sup>6</sup> que exige que la actividad controvertida «se dirija al» Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción.

**11.** Según el TJUE, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual por la presunta vulneración de un derecho patrimonial de autor ya está establecida en favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. Cuando el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra dicho órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción, y esas circunstancias se dan en el litigio principal. La protección que otorga el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda únicamente es válida para

<sup>5</sup> STJUE de 19 de abril de 2012, Wintersteiger, apartados 21 a 24.

<sup>6</sup> Artículo interpretado en la sentencia de 7 de diciembre de 2010, Pammer y Hotel Alpenhof (C585/08 y C144/09).

el territorio de dicho Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenezca.

12. Los órganos judiciales tienen competencia para conocer del daño causado en el territorio de su respectivo Estado miembro y están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado. Por consiguiente, los tribunales mejor situados para administrar bien la justicia y dar una respuesta eficiente son los del territorio del Estado miembro en el que el daño se haya constatado. Y esa protección solo será para el daño causado en el territorio del Estado miembro.

## **V. Respuesta del TJUE respecto la protección de los derechos patrimoniales de autor y el artículo 5.3 del RB-I**

13. El TJUE responde en relación a la protección de los derechos patrimoniales de autor y el artículo 5.3 del RB-I que dicho Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

## **VI. Fundamento del foro del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I**

14. El foro contenido en el art. 5.3 RB-I es un foro especial por razón de la materia, alternativo al foro del domicilio del demandado contenido en el art. 2 de dicho Reglamento. Se trata de un «foro de ataque», ya que otorga al demandante una posibilidad adicional de interponer su demanda ante tribunales «de otro Estado miembro» diferente al Estado miembro de domicilio del demandado. Este foro especial es un foro «con doble valencia», puesto que designa directamente al concreto órgano jurisdiccional competente y no globalmente la jurisdicción competente. Es, por tanto, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial al mismo tiempo.

15. Existen dos justificaciones sobre la existencia de los foros especiales por razón de la materia: una es la respuesta que frecuentemente ofrece el TJUE, y otra una interpretación neoliberal menos políticamente correcta pero más ajustada a la realidad. El TJUE mantiene que los foros especiales por razón de la materia son consecuencia del principio de «buena administración de justicia y eficaz desarrollo del procedimiento». Esto aconseja abrir un foro de competencia judicial internacional a favor de los jueces del «lugar más próximo al litigio». Estos foros se construyen por la existencia de un «vínculo suficiente» entre el litigio en sí y el tribunal, no entre el demandado y el tribunal, como sí ocurre en el artículo 2 del RB-I. El TJUE indica que deben ser interpretados restrictivamente porque son una excepción a la regla general del artículo 2 del RB-I. La interpretación neoliberal sostiene, por el contrario, que estos foros fomentan las posibilidades del demandante para iniciar un litigio. Éste dispone del foro del artículo 2 y, además, del foro de ataque. Esto potencia el comercio internacional porque fomenta la confianza de los operadores comerciales en el sistema jurídico y permite superar el dilema del prisionero en el contexto internacional. Las personas se sentirán incitadas a cumplir sus obligaciones legales ante el temor de poder ser demandados, a elección del actor, ante los tribunales de varios Estados miembros. Y los sujetos que han cumplido con sus obligaciones ven tutelados en mayor medida sus derechos (el sistema jurídico

castiga al incumplidor y premia al cumplidor).<sup>7</sup> Por otra parte, tras estos foros late la inconfesable, pero verdadera intención de incrementar las posibilidades del actor de litigar en el país de su domicilio («*forum actoris*»). Encontramos dos foros, el del domicilio del demandado, artículo 2 del RB-I, y el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales del artículo 5.3 del mismo Reglamento, que es un foro de ataque.

**16.** Aunque el TJUE dice que estos foros deben ser objeto de una interpretación restrictiva, lo que con frecuencia realiza el TJUE es una interpretación expansiva de estos foros. Y esta actuación se esconde tras una frase que el propio tribunal utiliza en numerosas ocasiones: los foros especiales por razón de la materia deben presentar un «efecto útil». En efecto, tales foros deben «ayudar al demandante», por lo que no pueden «vaciar de contenido». Debe procurarse que tales foros ofrezcan al demandante la posibilidad real de litigar ante los tribunales de un Estado miembro, o de varios, distinto al Estado del domicilio del demandado. Es decir: mejor dos foros que uno.

**17.** Resulta conveniente introducir ciertas precisiones previas sobre el foro del «lugar del hecho dañoso» del artículo 5.3 del RB-I, y el concepto de «materia delictual o cuasi delictual»: estos conceptos deben definirse de manera autónoma, con arreglo a criterios propios del Reglamento. El TJUE 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>8</sup>.

**18.** El TJUE ha indicado que el artículo 5.3 del RB-I hace competente al tribunal del Estado miembro del lugar donde se manifiesta o produce el daño pero siempre que dicho lugar sea «previsible» para las partes implicadas. Solo de este modo, el art. 5.3 del precitado Reglamento cumple su función de proporcionar un foro en el que litigar sea posible a un coste reducido para actor y demandado.

## VII. Directiva 2001/29

**19.** La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, es una Directiva de mínimos cuyo principal objetivo es que la competencia dentro del mercado interior no sea falseada. La armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios

<sup>7</sup> Argumento del *metus litis*. A. CALVO-CARAVACA/J. CARRASCOSA, op. cit., pp. 248.

<sup>8</sup> Sobre el art. 5.3 R.44/2001, *vid.* entre otros, P. MANKOWSKI, «Art. 5(3)», en P. Mankowski / U. Magnus [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2nd revised edition, 2012, pp. 229-273; P. Blanco Morales Limones, «Art. 5.3» y «Art. 5.4», en A.-L. CALVO CARAVACA (eDit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120-138; ID., «Mass media y Convenio de Bruselas. ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?», *GJCE y de la Competencia*, 1995, núm. 107, pp. 5-15; M. CALLORI, «Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale, l'art 5 n.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del *forum damni*», *RDIPP*, 1997, pp. 601-656; P. CARLIER, «France. Conflits de lois- une qualification alternative du fait générateur- une qualification discutable du fait dom-mageable» (Nota a Sent CA Versailles 5 febrero 2010)», *JDI Clunet*, 2010, pp. 126-136; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional, Derecho aplicable*, Cáceres, 1996; ID., «El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet», *Informática y Derecho*, 34, 2004, pp. 15-38; N. GOÑI URRIZA, «La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009», *CDT*, 2011, pp. 290-295; K. HERTZ, *Jurisdiction in Tort and Contract under the Brussels Convention*, Copenhagen, 1998; A. LÓPEZ TARRUELLA, «Criterio de «focalización» y «forum delicti commissi» en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Revista de propiedad intelectual*, n° 31, 2009, pp. 13-52; G. PALAO MORENO, «Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet», en J. PLAZA PENADÉS (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 275-297; A. SARAVALLE, «Forum damni» o «Fora damni»?», *Il Foro Italiano*, 1995, 4, pp. 331-340; L. USUNIER, «Nota a Sent. Cass Francia 9 marzo 2010», *JDI Clunet*, 2010, pp. 870-885.

generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general, (Considerando 3). Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. A los Estados miembros se les da una amplia libertad a la hora de implementar determinados aspectos de esta Directiva. Pero muchos detalles importantes no quedan regulados en la Directiva. La Directiva pretende crear un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor y fomentará, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual (Considerando 4). La Directiva cubre el objeto del litigio que se presenta ante el TJUE.

### VIII. Diferencias entre infracción de propiedad industrial sujeta a registro y propiedad intelectual

**20.** (1) *Daño a propiedades especiales sujetas a registro público para su propia existencia.* El “lugar del daño” es el Estado miembro donde la marca o derecho incorporal se halla registrada / protegida legalmente, que podrán conocer de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho de propiedad industrial o intelectual (STJUE 19 abril 2012, as. C-523/10, *Wintersteiger*, FD 25; STJUE 3 octubre 2013, as. C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*, FD 33, 35, 37). El art. 5.3 RB-I, indica el TJUE que, al contrario de lo que establece el art. 15.1.c RB-I, no exige, en particular, que la actividad controvertida “se dirija a” un concreto Estado miembro para poder activar el foro del lugar del daño. El TJUE rechaza, pues, la “tesis de la focalización” en relación con el art. 5.3 RB-I (STJUE 3 octubre 2013, as. C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*, FD 42, STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 46).

**21.** (2) *Daño a la propiedad intelectual.* Cabe indicar que, en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales, tal derecho incorporal no exige para su propia existencia la inscripción del mismo en un registro público. Normalmente, la propiedad intelectual existe desde el momento de su creación y por ese solo hecho de su creación. Por ello, la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde un concreto Estado miembro una serie de creaciones intelectuales protegidas por el Derecho de dicho Estado, supone que ha habido ya vulneración de tales derechos intelectuales en dicho Estado a efectos del art. 5.3 RB-I, pues el derecho de propiedad intelectual ya existe en tal Estado (STJUE 3 octubre 2013, as. C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG*, FD 44). El supuesto que nos ocupa entraría dentro de esta definición.

**22.** (3) *Lugar del hecho causal.* El “lugar del hecho causal” es, de nuevo según el TJUE, el lugar donde radica el establecimiento del anunciante o presunto responsable de la vulneración del derecho de propiedad intelectual o industrial, que es el “lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio”<sup>9</sup>. El lugar del hecho causal en el caso que nos ocupa se encuentra en Austria.

**23.** En este supuesto nos encontramos ante un ilícito a distancia. Un ilícito a distancia es aquel que se compone de dos elementos que, además, se localizan en países diferentes. Elemento (a), el hecho generador, que se produce en un país. Elemento (b), el daño que se verifica en otro país o países distintos<sup>10</sup>. En el caso que nos ocupa se identifica bien el lugar donde se produce el hecho dañoso: Austria. Y el lugar donde se produce el hecho causal o el resultado lesivo: Francia. Esta es la tesis de la “ubicuidad” que acoge el TJUE, el demandante podría haber elegido entre demandar en Austria o en Francia. Al demandar en Francia, el tribunal solo será competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, en ese país. Esta tesis potencia el *Forum Actoris*. Con mucha frecuencia el país donde se verifica el resultado lesivo es el país donde está domiciliado el demandante.

<sup>9</sup> A. CALVO-CARAVACA/J. CARRASCOSA, op. cit., pp. 1073.

<sup>10</sup> A. CALVO-CARAVACA/J. CARRASCOSA, op. cit., pp. 1068.

**IX. Foro de competencia para conocer de los litigios relativos a la protección de los derechos de autor**

**24.** El foro de competencia para conocer de los litigios relativos a la protección de los derechos de autor según el TJUE se encuentra en los órganos jurisdiccionales de Toulouse porque es donde se materializa el daño alegado. Además en Francia existe la protección del derecho que se reclama. Según el TJUE el artículo 5.3 del RB-I debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, éste será competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en él dicha obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Esta regla es una regla de competencia especial, y el mismo tribunal señala que deberá de interpretarse de un modo estricto. Sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en dicho Reglamento. El demandante puede elegir entre ejercitar la acción ante los tribunales del lugar donde se materializa el daño o ante el lugar del hecho causal que originó ese daño. Puesto que el artículo 5.3 del RB-I dice expresamente «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso». La regla de competencia contenida en ese artículo se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso. Aunque se debe presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial de sitúe el punto de conexión pertinente, en este caso, el órgano jurisdiccional de Toulouse.

**25.** La protección que otorga el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda, en este caso Francia, únicamente es válida para el territorio de dicho Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenezca.

# CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES B2C Y PROTECCIÓN DEL PEQUEÑO EMPRESARIO

M<sup>a</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL

*Becaria-contratada FPU-UMU Área de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Murcia*

Recibido: 16.01.2014 / Aceptado: 20.01.2014

**Resumen:** La contratación *on line* permite al consumidor celebrar un contrato con un pequeño empresario, a través de una página *web*, desde cualquier Estado del planeta. El pequeño empresario puede verse perjudicado por el hecho de poder ser demandado por el consumidor ante los tribunales de cualquier Estado miembro del mundo. Por esta razón, resulta necesario limitar espacialmente los mercados en los que el pequeño empresario realiza y a los que dirige su actividad comercial. La cuestión que se plantea consiste en determinar en qué casos y con arreglo a qué criterios, el pequeño empresario dirige su actividad al Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio.

**Palabras clave:** art. 15.1.c) Reglamento “Bruselas I”, art. 6 Reglamento “Roma I”, contrato celebrado por un consumidor, pequeño empresario, contratación electrónica, concepto de actividad “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor.

**Abstract:** E-commerce allows the consumer to celebrate a contract with a businessman from any State of the planet. Businessman is worry about the fact of being able to be demanded by the consumer in the Courts of any Member State in the world. For this reason, it is necessary to limit the markets in which the businessman realizes and directs his commercial activity. The problem consists in determining in what cases and in accordance with what criteria, the businessman directs his activity to the Member State in which the consumer has his domicile.

**Key words:** art. 15.1.c) Regulation “Brussels I”, art. 6 Regulation “Rome I”, consumer contract, businessman, e-commerce, concept of activity “directed to” the Member State of the consumer’s domicile.

**Sumario:** I. Introducción. II. El asunto *Emrek*: STJUE 17 octubre 2013. III. Solución dada por el TJUE al asunto *Emrek*. IV. La protección del pequeño empresario en el contrato celebrado por un consumidor *excesivo*. 1. La determinación de la competencia judicial internacional en los contratos electrónicos celebrados por un consumidor *excesivo*. 2. La Ley aplicable al contrato electrónico celebrado entre el pequeño empresario y el consumidor *excesivo*. 3. El elemento “actividad dirigida” en el Reglamento “Bruselas I” y en el Reglamento “Roma I”: la necesaria intervención del TJUE. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información y el fácil acceso a *Internet* permite, tanto a empresarios como a consumidores, una nueva manera de contratar: la celebración de un contrato *on line*. El contrato electrónico posibilita la compra y/o venta de productos y/o servicios a través de sitios *web*. La contratación electrónica elimina barreras geográficas, lo que supone que las partes contratantes puedan celebrar un contrato sin la necesidad de estar presentes en el mismo lugar físico. La celebración de un contrato internacional al alcance de un *click*.

2. En el Derecho de la UE, el Reglamento “Bruselas I” relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>1</sup> y, también, el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>2</sup> regulan jurídicamente la figura del consumidor. El Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” consideran que el consumidor es la parte débil en la relación jurídica contractual. Por esta razón, ambos instrumentos legales la protegen mediante reglas de competencia y normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales (cons. 23 Reg. Roma I)<sup>3</sup>.

3. El presente trabajo analiza el contrato electrónico celebrado por un consumidor desde la perspectiva de protección del pequeño empresario frente al consumidor *excesivo*. El pequeño empresario, en el ejercicio de su actividad comercial, puede crear un sitio *web* en el que ofrece, a sus clientes, servicios de comercio electrónico. En este sentido, el pequeño empresario puede utilizar *Internet* con la finalidad de publicitar su actividad comercial y, con ello, consigue extender su mercado. El sitio *web* en el que el pequeño empresario promociona su actividad comercial, es accesible desde cualquier Estado, lo que le permite captar un gran número de consumidores.

4. Ahora bien, el pequeño empresario, a través de su página *web*, elabora una estrategia de mercado en la que delimita su ámbito espacial de captación de consumidores. Los mercados en los que el pequeño empresario desarrolla su actividad comercial, se limitan con objeto de que éste pueda prever la competencia judicial internacional de los tribunales y la Ley aplicable a este tipo de litigios. En sintonía con ello, el pequeño empresario debe ser protegido frente a demandas interpuestas por consumidores *excesivos* – ajenos a los mercados en los que opera – de conformidad con su estrategia espacial de captación de mercados.

## II. El asunto *Emrek*: STJUE 17 octubre 2013

5. Para ilustrar esta perspectiva de protección jurídica del pequeño empresario frente al consumidor en Derecho internacional privado y en el contexto de la contratación electrónica, resulta muy ilustrativo el caso *Emrek*<sup>4</sup>.

6. El Sr. Emrek, nacional alemán y con domicilio en *Sarrebruck* (Alemania), se desplaza a una empresa que regenta el Sr. Sabranovic en *Spicheren* (Francia) para adquirir un vehículo de ocasión. La empresa del Sr. Sabranovic, *Vlado Automobiles Import-Export*, se encuentra en una ciudad francesa cerca de la frontera alemana y se dedica a la venta de automóviles de ocasión. Para ello, la empresa tiene una página *web* que incluye un número de teléfono de contacto francés y otro alemán, junto con los prefijos internacionales respectivos.

7. Pues bien, el Sr. Emrek, después de tener conocimiento de la actividad a la que se dedica la empresa *Vlado Automobiles Import-Export*, a través de unos conocidos y no por la página *web* de la sociedad, se dirige a *Spicheren* (Francia) para adquirir un automóvil. El 13 de septiembre de 2010, el Sr. Emrek celebra con el Sr. Sabranovic un contrato de compraventa de un vehículo de ocasión. Con

<sup>1</sup> Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Reglamento Bruselas I) [DOUE L núm. 12, de fecha 16 de enero de 2001].

<sup>2</sup> Reglamento (CE) n.º 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 núm. 177, de fecha 4 de julio de 2008].

<sup>3</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, (Seminario Internacional Complutense: “El Derecho Internacional Privado en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: balance de una década”, Madrid, 8 y 9 marzo 2007), *AEDIPR*, t. VI, 2006, Iprolex, Madrid, 2007, pp. 379-402.

<sup>4</sup> STJUE 17 octubre 2013, asunto C-218/12, *Lokman Emrek contra Vlado Sabranovic*.

posterioridad, el Sr. Emrek interpone una demanda ante el *Amtsgericht Saarbrücken* (Alemania) contra el Sr. Sabranovic en materia de garantía.

8. El *Amtsgericht Saarbrücken* (Alemania) no admite la demanda presentada por el Sr. Emrek, puesto que, dicho tribunal estima que carece de competencia judicial internacional para resolver este asunto. El *Amtsgericht Saarbrücken* (Alemania) considera que el contrato de compraventa de vehículo de ocasión que celebran el Sr. Emrek y el Sr. Sabranovic no es un contrato de consumo. El contrato de consumo es aquél por el que el profesional ejercita sus actividades comerciales en el país en el que el consumidor tiene su residencia habitual, o bien, que por cualquier medio dirija estas actividades profesionales a ese país (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I). El *Amtsgericht Saarbrücken* (Alemania) manifiesta que el Sr. Sabranovic no dirige su actividad comercial al Estado alemán en el sentido de tal disposición.

9. Con posterioridad, el Sr. Emrek interpone recurso de apelación contra dicha resolución ante el *Landgericht Saarbrücken* (Alemania). Este tribunal considera que la actividad comercial que desarrolla el Sr. Sabranovic se dirige a Alemania, ya que, su empresa está situada en una ciudad francesa muy cerca de la frontera alemana y, además, su página *web* contiene un número de teléfono alemán, lo que indica que la sociedad tiene la intención de captar clientes alemanes. No obstante, el *Landgericht Saarbrücken* (Alemania) entiende que el contrato celebrado entre ambas partes no será calificado como contrato de consumo (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I), a menos que, se acredite que existe una relación causal entre la página *web* de la empresa y la celebración del contrato.

10. Así las cosas, el *Landgericht Saarbrücken* (Alemania) suspende el procedimiento y plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: el contrato celebrado por un consumidor exige una “actividad profesional dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor” (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I). En este sentido, para que el contrato de compraventa de vehículo de ocasión pueda ser calificado como contrato de consumo, ¿necesita la acreditación de una relación causal entre el contenido de la página *web* y la celebración de este contrato de compraventa?

### III. Solución dada por el TJUE al asunto *Emrek*

11. El TJUE estima que, para que sea aplicable la protección jurídica jurisdiccional recogida en el Reglamento “Bruselas I”, es preciso que el profesional desarrolle sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o bien, que por cualquier medio, dirija sus actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I). Además, en este caso, el contrato de compraventa de automóvil de ocasión tiene que estar comprendido en el marco de las actividades que realiza la empresa.

12. El TJUE señala que, el requisito esencial para que este contrato de compraventa de vehículo de ocasión pueda ser calificado como contrato celebrado por un consumidor, es que la empresa dirija su actividad comercial o profesional al Estado del domicilio del consumidor. La clave se encuentra en la delimitación del término “actividad dirigida”. Las conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN (puntos 33 a 38) ponen de manifiesto que, existen indicios razonables para creer que la empresa francesa dirige su actividad a Alemania por dos motivos: la sede de la empresa se encuentra en una conurbación que se extiende a ambos lados de la frontera franco-alemana y, además, dispone de un número de teléfono alemán para evitar que sus clientes alemanes soporten el coste de una llamada internacional.

13. Ahora bien, en ocasiones, resulta difícil precisar en qué casos y con arreglo a qué criterios, un profesional dirige su actividad comercial al Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio. Por esta razón, el TJUE elaboró una lista no exhaustiva de indicios que pueden ayudar a un tribunal nacional a determinar si dicha actividad comercial se dirige al Estado miembro del domicilio del consumidor (STJUE 7 diciembre 2010, asunto C-585/08 *Pammer* y asunto C-144/09 *Hotel Alpenhof*).

14. El TJUE considera que, la exigencia de una relación causal entre el medio utilizado por la empresa para dirigir su actividad a Alemania y la celebración del contrato con el sujeto alemán, resulta perjudicial para con la protección de los consumidores. A esta afirmación se une el Abogado General CRUZ VILLALÓN (punto 25) al poner de manifiesto la difícil prueba de esta relación causal, lo que podría disuadir a los consumidores de interponer su demanda ante los tribunales del Estado de su domicilio (arts. 15 y 16 Reg. Bruselas I).

15. Por estas razones, el Abogado General CRUZ VILLALÓN (punto 26) establece que, para evitar una ampliación del ámbito de aplicación del contrato celebrado por el consumidor, la relación causal “*página web – celebración del contrato*” debe ostentar la cualidad de indicio cualificado. El tribunal nacional la tomará en consideración a la hora de delimitar la noción “actividad dirigida”.

16. En definitiva, la aplicación del régimen jurídico de los contratos celebrados por consumidores recogido en el Reglamento “Bruselas I”, no está supeditada a que el contrato en cuestión sea un contrato celebrado a distancia (STJUE 6 septiembre 2012 *Mühlleitner*, asunto C-190/11) ni a la existencia de una relación causal entre la página *web* de la empresa y el contrato de compraventa. Sin embargo, la existencia de dicha relación causal entre la página *web* de la sociedad y la celebración del contrato de compraventa puede valorarse como indicio de vinculación.

#### IV. La protección del pequeño empresario en el contrato celebrado por un consumidor *excesivo*

17. La determinación de la competencia judicial internacional y la fijación de la Ley aplicable respecto a contratos electrónicos celebrados por los consumidores se analizan, con frecuencia, desde una perspectiva de protección del consumidor, como parte débil de la relación jurídica. No obstante, en ocasiones, el consumidor contrata electrónicamente en los mercados en los que no opera el pequeño empresario. En estos supuestos, el pequeño empresario se ve sorprendido y perjudicado al soportar la carga de unos costes jurisdiccionales que no pudo razonablemente prever. Por esta razón, el presente trabajo examina la celebración de un contrato *on line* entre consumidor *excesivo* y pequeño empresario desde el punto de vista de protección de éste último.

##### 1. La determinación de la competencia judicial internacional en los contratos electrónicos celebrados por un consumidor *excesivo*

18. El actual término “contrato celebrado por un consumidor” no se limita a la venta a plazos de mercaderías (art. 15.a) Reg. Bruselas I) o al préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes (art. 15.b) Reg. Bruselas I). También es contrato de consumo cualquier otro en el que el profesional ejerza actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios, incluido éste, siempre que el contrato esté comprendido en el marco de tales actividades (art. 15.c) Reg. Bruselas I).

19. En efecto, el contrato de consumo es aquél que se celebra entre un consumidor y un profesional que no opera a título particular<sup>5</sup>. De conformidad con lo establecido en el Reglamento “Bruselas I”, el consumidor es la persona que adquiere bienes o servicios “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional” y el empresario es el “otro contratante” (art. 15.1 Reg. Bruselas I). La noción “consumidor” es un concepto europeo, propio del Reglamento “Bruselas I”, distinto del acogido en los Derechos de cada Estado miembro de la UE.

<sup>5</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 10.

**20.** En particular, el art. 15.1.c) Reg. Bruselas I está previsto, fundamentalmente, para los contratos de consumo *on line*, si bien, su aplicación no está supeditada a ellos (STJUE 6 septiembre 2012 *Mühlleitner*, asunto C-190/11, STJUE 17 octubre 2013 *Emrek*, asunto C-218/12). Un contrato electrónico celebrado entre dos partes es también un contrato de consumo, en los supuestos en que el pequeño empresario realiza o dirige su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I). El pequeño empresario puede ejercer sus actividades comerciales en el Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio (*Doing Business Rule*), o bien, puede dirigir sus actividades profesionales a varios Estados miembros, incluido en país del domicilio del consumidor (*Tesis de la Stream-Of-Commerce*).

**21.** El pequeño empresario elabora su estrategia espacial de captación de consumidores. En este sentido, el pequeño empresario es la persona que establece el vínculo con el Estado en el que el consumidor tiene su domicilio, lo que permite al consumidor beneficiarse de normas de competencia judicial más favorables a sus intereses<sup>6</sup>. Si el contrato electrónico cumple con los requisitos señalados con anterioridad (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I), la acción entablada por un consumidor contra el pequeño empresario puede interponerse ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del consumidor o del pequeño empresario (art. 16.1 Reg. Bruselas I). Por el contrario, el pequeño empresario que presente una demanda contra el consumidor, únicamente podrá hacerlo ante los tribunales del Estado miembro en el que dicho consumidor tenga su domicilio (art. 16.2 Reg. Bruselas I). El foro contenido en el art. 16 Reg. Bruselas I garantiza la protección del consumidor *on line*, que sólo puede ser demandado en el país de su domicilio, lo que significa que, no tiene que desplazarse a otro Estado para defenderse ante los tribunales. En consecuencia, es el pequeño empresario el que crea el vínculo para aplicar el foro de competencia judicial de protección al consumidor, si bien, el consumidor es el único que tiene legitimación procesal activa para invocarlo<sup>7</sup>.

**22.** Si la celebración de un contrato *on line* comportara litigar, en exclusiva, ante los tribunales del Estado en el que el profesional tiene su domicilio, el consumidor desistiría de contratar electrónicamente porque asumiría un riesgo muy elevado. No obstante, si la contratación electrónica se viera sometida, únicamente, a los tribunales del país del domicilio del consumidor, el pequeño empresario podría ser demandado en cualquier país del mundo. Las páginas *web* son visibles desde cualquier Estado<sup>8</sup>.

**23.** Por estas razones, el foro contenido en el art. 15.1.c) Reg. Bruselas I beneficia al consumidor pero también, al mismo tiempo, protege al pequeño empresario. De un lado, el consumidor puede litigar en el Estado miembro en el que tiene su domicilio, siempre que, el pequeño empresario realice o dirija sus actividades comerciales a dicho país. De otro lado, el pequeño empresario no se ve sorprendido ni perjudicado por la interposición de una demanda ante los tribunales de un Estado que se encuentran fuera del mercado en el que realiza o al que dirige su actividad comercial. El pequeño empresario sabe que únicamente podrá ser demandado ante los tribunales del Estado en el que el consumidor tenga su domicilio. La competencia judicial internacional está limitada a los tribunales del Estado a los que el profesional dirige su actividad comercial.

**24.** La cuestión se plantea a la hora de determinar en qué casos y según qué criterios, el pequeño empresario dirige su actividad al Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio. Una interpretación errónea, demasiado amplia, del término “actividad dirigida” beneficia al consumidor excesivo y perjudica al pequeño empresario que tendrá que sufragar costes jurisdiccionales muy elevados.

<sup>6</sup> El TJCE (STJCE 1 octubre 2002 *Henkel*, asunto C-167/00) ha señalado que las normas de competencia judicial específicas para el contrato de consumo, no resultan aplicables a las acciones que interponga una asociación para la protección de los consumidores, puesto que, no se trata de una relación contractual entre el consumidor y su contraparte.

<sup>7</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 117.

<sup>8</sup> I. HEREDIA CERVANTES, “Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web”, *RJUAM*, n.º 5, 2001, p. 77 señala que “toda página web puede ser consultada desde cualquier rincón de la Tierra”.

## 2. La Ley aplicable al contrato electrónico celebrado entre el pequeño empresario y el consumidor excesivo

25. En el ámbito de la Ley aplicable, el Reglamento “Roma I” no ha introducido normas específicas diseñadas para los contratos electrónicos celebrados por un consumidor. En sintonía con lo anterior, ni la Directiva 2000/31/CE relativa al comercio electrónico en el mercado interior<sup>9</sup>, ni tampoco la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>10</sup>, contienen normas sobre la fijación de la Ley aplicable a los contratos *on line* celebrados por consumidores. No obstante, el Reglamento “Roma I” y las Directivas europeas protectoras del consumidor, resultan plenamente aplicables a la comercialización *on line*.

26. El Reglamento “Roma I” debe interpretarse en consonancia con lo establecido para la competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas I” (cons. 24 Reg. Roma I). El Reglamento “Roma I” proporciona la siguiente definición de “contrato de consumo”: es el contrato “celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional con otra persona que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o, por cualquier medio, dirija estas actividades a ese país” (art. 6 Reg. Roma I).

27. El contrato electrónico es calificado también como contrato de consumo en el supuesto de que el pequeño empresario realice, alternativamente, cualquiera de las dos condiciones siguientes (art. 6.1 Reg. Roma I): tiene que ejercer sus actividades comerciales en el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, o bien, que por cualquier medio dirija estas actividades profesionales a ese país<sup>11</sup>.

28. Pues bien, el contrato electrónico celebrado entre un pequeño empresario y un consumidor, se rige, en primer lugar, por la Ley del país elegida por las partes, siempre que dicha elección no perjudique los beneficios que la Ley concede al sujeto por ostentar la cualidad de consumidor (art. 3 Reg. Roma I)<sup>12</sup>. No obstante, si las partes contratantes no han elegido la Ley aplicable al contrato, éste se rige por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor<sup>13</sup> (art. 6 Reg. Roma I).

29. El consumidor debe quedar regido por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales ejercidas por el profesional en el país de su residencia habitual. E incluso más, debe garantizarse la misma protección en caso de que el profesional, a pesar de que no ejerza sus

<sup>9</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico del mercado interior (*DO L* 178, de fecha 17 julio 2000).

<sup>10</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (*BOE*, núm. 166, de fecha 12 julio 2002).

<sup>11</sup> La Ley del país de la residencia habitual del consumidor no se aplicará en los supuestos siguientes (art. 6.4 Reg. Roma I): a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que el mismo tenga su residencia habitual; b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio de 1990; c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE; d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables y la suscripción y reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero; e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).

<sup>12</sup> A. SYNAY-CYTERMANN, “Nota a Cass. 23 marzo 2006 Francia sobre contratos internacionales de consumo”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 537-543.

<sup>13</sup> H. KENFACK, “Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 136,1, 2009, p. 33.

actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, dirija por cualquier medio sus actividades hacia este país o hacia varios países, incluido el del consumidor, siempre que el contrato se celebrara en el marco de estas actividades (cons. 25 Reg. Roma I).

### 3. El concepto de “actividad dirigida” en el Reglamento “Bruselas I” y en el Reglamento “Roma I”: la necesaria intervención del TJUE

30. A fin de poder considerar que el empresario dirige a dicho Estado su actividad comercial, el contrato electrónico de consumo tiene que repercutir en el Estado en el que el consumidor tiene su domicilio<sup>14</sup>. El Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” utilizan los criterios “mercado natural” y “mercado de conquista” del empresario para aplicar normas de competencia judicial internacional y normas de conflicto de leyes más favorables a los intereses del consumidor (art. 16 Reg. Bruselas I y art. 6 Reg. Roma I). El “mercado natural” se corresponde con aquél en el que el pequeño empresario desarrolla, de manera habitual, su actividad profesional. El “mercado de conquista” del pequeño empresario es aquél al que dirige su actividad comercial a través de cualquier medio, incluido *Internet*<sup>15</sup>.

31. La clave para determinar en qué casos el tribunal del Estado del domicilio del consumidor (art. 16.1 Reg. Bruselas I) y la Ley del país de su residencia habitual (art. 6 Reg. Roma I) son aplicables a un contrato electrónico de consumo, consiste en delimitar el término “actividad dirigida” del empresario a dichos Estados. Pues bien, la noción “actividad dirigida” no es definida en el Reglamento “Bruselas I”, ni tampoco en el Reglamento “Roma I”.

32. En principio, el pequeño empresario realiza “actividades dirigidas” cuando toma la “iniciativa comercial” y la orienta a un país o a varios Estados concretos, independientemente de los medios – páginas *web*, correos electrónicos, foros en *Internet*, prensa escrita, carta – por los que tales actividades alcancen el país en el que el consumidor tiene su domicilio<sup>16</sup>.

33. Si el pequeño empresario desarrolla su actividad comercial en el Estado del domicilio del consumidor, o bien, dirige tal actividad a ese mismo Estado, asume costes jurisdiccionales razonables porque crea una corriente de comercio internacional hacia ese país<sup>17</sup>. Es lo que se conoce como la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*. Existe *International Stream-Of-Commerce* si el pequeño empresario dirige sus actividades comerciales, de manera intencionada y por cualquier medio – incluido *Internet* – al Estado en el que el consumidor tiene su domicilio. El contratante que realiza la oferta y que busca clientes, para concluir un contrato o que incita a ello, física o virtualmente, puede soportar a un coste menor la aplicación de un Derecho extranjero.

34. El pequeño empresario penetra en el mercado del Estado del domicilio del consumidor con el fin de obtener grandes y numerosas ventajas económicas. Su decisión de participar activamente en tal mercado, implica la internacionalización del contrato. La parte contratante que “internacionaliza” el contrato ha colocado en su “esfera de domicilio legal” al país extranjero, esto es, ha introducido dicho país extranjero en su “esfera de riesgo”<sup>18</sup>. En este sentido, el pequeño empresario es consciente del “riesgo” que comporta la participación en el mercado en el que el consumidor tiene su domicilio. La noción

<sup>14</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 85.

<sup>15</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento Comunitario 44/2001”, *Estudios de consumo*, n.º 63, 2002, pp. 9-24 analiza los conceptos “mercado natural” y “mercado de conquista” del empresario.

<sup>16</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 279.

<sup>17</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*” en CALVO CARAVACA A.L / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Dir.) *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

<sup>18</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 227.

de “riesgo” se traduce en soportar la carga de litigar en ese país. El contrato celebrado entre consumidor y pequeño empresario que dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor presenta contactos razonables con tal país.

**35.** En particular, en la esfera de la contratación electrónica, el TJUE proporciona una lista no exhaustiva de indicios, destinada a concretar si el profesional dirige su actividad al Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio (STJUE 7 diciembre 2010 *Pammer*, asunto C-585/08 y *Hotel Alpenhof*, asunto C-144/09).

**36.** El *mero* hecho de que el consumidor pueda acceder a un sitio *web* desde el Estado en el que tiene su domicilio, no supone la aplicación del art. 15.1.c) Reg. Bruselas I<sup>19</sup>. El pequeño empresario, por el simple hecho de crear un sitio *web* en el que publicita su actividad comercial, no tiene que aceptar la posibilidad de poder ser demandado por un consumidor en cualquier Estado. Resulta necesario proteger al pequeño empresario frente al consumidor *excesivo*. El pequeño empresario no puede verse sorprendido por la interposición de una demanda ante el tribunal de un Estado al que no dirige su actividad, mientras que, el consumidor *excesivo* siempre podría litigar ante los tribunales del Estado de su domicilio.

**37.** El simple acceso, por parte del consumidor, a una página *web* comercial elaborada por un pequeño empresario, no puede activar la aplicación de las normas de competencia judicial y las normas de conflicto de leyes protectoras del consumidor. Esta situación favorece al consumidor *excesivo* y perjudica claramente al pequeño empresario *on line*, que puede no tener la intención de comercializar su producto en el mercado del Estado del domicilio del consumidor. Sin embargo, el pequeño empresario se ve obligado a litigar en dicho Estado porque su publicidad es visible en aquél país.

**38.** En consecuencia, no basta la sola publicidad de la actividad comercial del pequeño empresario a través de una página *web*, sino que, se exige la intención del pequeño empresario de realizar o dirigir su actividad profesional al Estado en el que el consumidor tiene su domicilio, por cualquier medio. Resulta necesario que se desprenda, claramente, de la actividad profesional del pequeño empresario, que tenía la intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos, el del domicilio del consumidor<sup>20</sup>.

**39.** En sintonía con ello, el TJUE estima que el pequeño empresario dirige su actividad comercial *on line* al Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio, si así se desprende de su *website*. Su página *web* comercial limita espacialmente la captación de consumidores. Así las cosas, cabe la posibilidad de que la página *web* indique, de manera expresa, que el pequeño empresario dirige su actividad comercial a unos Estados miembros pero no a otros. En este supuesto, no cabe duda de que el pequeño empresario únicamente podrá ser demandado ante los tribunales de los Estados miembros a los que, expresamente, dirige su actividad, puesto que, así se establece en su *website*. No obstante, también es posible que de la página *web* se desprenda, a través de distintos criterios, que el pequeño empresario dirige su actividad a dicho país.

**40.** El TJUE considera que los siguientes criterios pueden constituir indicios razonables respecto a la delimitación del término “actividad dirigida” del empresario al Estado del domicilio del consumidor (STJUE 7 diciembre 2010, asunto C-585/08 *Pammer* y asunto C-144/09 *Hotel Alpenhof*): 1º) el carácter internacional de la actividad que realice el profesional; 2º) la fijación de números de teléfono con la indicación de sus prefijos internacionales; 3º) el uso de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado miembro en el que el empresario desarrolla su actividad; 4º) el señala-

<sup>19</sup> Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM (1999) 348 final. Bruselas, 14.07.1999).

<sup>20</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: *Stream of Commerce*”, CDT, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92, esp. p. 83.

miento de itinerarios desde otro u otros Estados al lugar en el que se encuentra la sede social de la empresa; una lista de clientes con domicilio en distintos Estados; 5º) la utilización de lenguas o divisas que no se corresponden con las del Estado miembro en el que el profesional desarrolla, de manera habitual, su actividad comercial.

41. Ahora bien, la lista de criterios que proporciona el TJUE para determinar en qué casos el pequeño empresario dirige su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, presenta un carácter no exhaustivo. Por esta razón, los elementos que componen dicha lista pueden ser relevantes, aunque no por sí solos ni tampoco en todos los casos. En consecuencia, el contenido y la configuración del sitio *web* serán determinantes para precisar si el empresario trata de captar clientes en el mercado del domicilio del consumidor. Un contrato electrónico se considera también contrato de consumo en el supuesto de que el pequeño empresario dirija su actividad al Estado del domicilio del consumidor, siempre que del sitio *web* se desprenda que tiene la intención de establecer un vínculo con los consumidores de dicho Estado o de intervenir en tal mercado. Sin embargo, el consumidor se beneficiará de la posibilidad de litigar en el Estado en el que tiene su domicilio a pesar de que no contrate con el profesional a través del sitio *web*.

## V. Conclusiones

42. Tradicionalmente, se ha contemplado la regulación de los contratos internacionales de consumo como una disciplina de protección del consumidor frente al empresario. Sin embargo, esta perspectiva es inexacta porque es insuficiente. En un mundo como el actual en el que las actividades comerciales y profesionales son internacionales, el Derecho internacional privado europeo adopta un punto de vista particular: limitar el ámbito espacial y, con ello, el número de los consumidores que pueden reclamar judicialmente contra el empresario y permitir que el empresario diseñe su propia estrategia espacial de comercialización de sus actividades<sup>21</sup>. El empresario delimita el área de comercialización de sus actividades. Tiene derecho, por ejemplo, a diseñar una estrategia comercial dirigida a ofrecer sus productos y servicios en un país y no en otro. Tiene derecho a que consumidores de ese “otro país” al que el profesional no dirige sus actividades no le puedan demandar en tales países y con arreglo a la Ley de estos otros países<sup>22</sup>.

43. El pequeño empresario que publicita su actividad comercial a través de una página *web* tiene que ser protegido frente al consumidor *excesivo*. El consumidor *excesivo* adquiere un producto o servicio, siempre desde el Estado de su domicilio, a través de una página *web* comercial, con solo hacer un *click*. Sin embargo, el pequeño empresario ni realiza ni dirige sus actividades profesionales a los consumidores de dicho país. Por esta razón, resulta necesario proteger al pequeño empresario.

44. En este caso, el pequeño empresario no debe verse sorprendido o perjudicado por el hecho de que el consumidor *excesivo* pueda demandarlo ante los tribunales de cualquier Estado del planeta, por consumidores con domicilio en cualquier país. En consecuencia, el pequeño empresario debe ser protegido ante la posibilidad de que un consumidor ajeno al mercado en el que opera el pequeño empresario, interponga una demanda ante los tribunales de un Estado excluido de su estrategia espacial de captación de consumidores. Para ello, el pequeño empresario elabora, mediante su *website*, una estrategia espacial de comercio limitada a algunos Estados. El pequeño empresario únicamente podrá ser demandado ante

---

<sup>21</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, ISSN-e 1989-4570, vol. 5, Nº. 1, 2013, pp. 38-102; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 101, 2012-3 (juillet-septembre 2012), pp. 521-538.

<sup>22</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado español y europeo” (Capítulo 8), en M.J. HERRADOR GUARDIA (Coordinador), *Derecho de Daños*, Ed. Aranzadi, 2013, ISBN: 978-84-9014-115-1 (988 pp. / 16 capítulos), pp. 383-464.

los tribunales del Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio en los supuestos en los que el pequeño empresario realice o dirija su actividad comercial a dicho Estado.

**45.** Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, las normas de competencia judicial internacional deben ofrecer una tutela judicial efectiva. En particular, en los litigios derivados de las obligaciones contractuales internacionales, resulta preciso que el tribunal competente para conocer del asunto proporcione una solución material verdadera y justa respecto de las pretensiones jurídicas de los particulares. Las partes contratantes ejercitan su Derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el proceso judicial en el que intervengan sea justo, equitativo y no les ocasione costes excesivos o desproporcionados, lo que les permite obtener una respuesta judicial real y verdadera respecto a sus pretensiones.

**46.** Si los tribunales del Estado miembro en el que el pequeño empresario realiza o dirige su actividad comercial se declaran competentes para conocer de un contrato electrónico celebrado por un consumidor, tanto éste como el pequeño empresario, asumen costes jurisdiccionales razonables. El consumidor puede litigar “en casa”, en el Estado miembro de su domicilio. El pequeño empresario es consciente de que puede ser demandado en el Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio, puesto que, es en dicho país donde opera de manera habitual o dirige su actividad profesional.

**47.** En el contexto del Derecho internacional privado, se infringe la tutela judicial efectiva si se permite que cualquier consumidor, por el mero hecho de serlo, pueda demandar en el país de su domicilio al pequeño empresario con el que contrata, sin tener presente si dicho país entraba en el círculo de las actividades diseñado por el pequeño empresario.

# THE LAW OF NATIONS IN THE UNITED STATES CONSTITUTION AFTER THE CASES SOSA V. ALVAREZ AND KIOBEL V. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO.\*

DALIA PALOMBO

*LL.M. Harvard Law School*

Recibido: 30.01.2014 / Aceptado: 20.02.2014

**Abstract:** American scholars discuss the meaning of the Law of Nations in the United States Constitution. On the one side, the Modern view interprets the Law of Nations as customary international law. On the other side, the Traditional view considers the Law of Nations as a dead concept that only Congress can bring back to life through its legislation. The case *Sosa v. Alvarez* defined the Law of Nations in the Alien Tort Statute as customs sufficiently precise to be recognized as law among civilized nations. The recent case *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* confirmed the *Sosa v. Alvarez*'s definition of the Law of Nations, but rebutted some extraterritorial application of the Alien Tort Statute. The purpose of this paper is to reconsider the meaning of the Law of Nations in the United States Constitution after *Sosa v. Alvarez* and *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* This paper argues that American courts should extend the *Sosa v. Alvarez*'s definition of the Law of Nations to the United States constitutional context.

**Key words:** United States Constitution, Law of Nations, *Sosa v. Alvarez*, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, Modern view, Traditional view, Alien Tort Statute.

**Estratto:** La dottrina Americana discute il significato della "Law of Nations" all'interno della Costituzione Americana. Da un lato, la dottrina cosiddetta "moderna" interpreta la "Law of Nations" in qualità di consuetudini di diritto internazionale. Dall'altro, la dottrina cosiddetta "tradizionale" considera la "Law of Nations" quale lettera morta, che solo il Congresso Americano potrebbe riportare in vita attraverso un atto legislativo. Il caso *Sosa v. Alvarez* ha definito la "Law of Nations" nell'Alien Tort Statute quale consuetudine sufficientemente precisa da essere riconosciuta in qualità di legge dalle nazioni civili del mondo. Il recente caso *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* ha da un lato confermato la definizione della Law of Nations del caso *Sosa v. Alvarez*, ma dall'altro rigettato l'applicazione extraterritoriale dell'Alien Tort Statute. Lo scopo di questo articolo è di riconsiderare il significato della "Law of Nations" nella Costituzione Americana dopo i casi *Sosa v. Alvarez* e *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* Questo articolo argomenta che le corti Americane dovrebbero estendere la definizione della "Law of Nations", indicata nel caso *Sosa v. Alvarez*, al contesto della Costituzione Americana.

**Parole chiave:** Costituzione Americana, Law of Nations, *Sosa v. Alvarez*, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, dottrina moderna, dottrina tradizionale, Alien Tort Statute.

**Contents:** I. Introduction. II. *Sosa v. Alvarez*. III. *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* IV. The Law of Nations Meaning in the Alien Tort Statute. V. The Law of Nations Meaning in the United States Constitution. VI. Traditional Argument's Deficiencies. 1. Historical Interpretation's Deficiencies. 2. Incoherent Argument. VII. Conclusion.

---

\* This article is based in part on the author's 2012 LL.M. paper, "Shall Jus Cogens Rights be Part of the United States Constitution after the case *Sosa v. Alvarez*?" written at Harvard Law School, in Cambridge, MA, USA.

## I. Introduction

1. The term “Law of Nations” appears in two main United States laws: Article I Section VIII Clause X of the United States Constitution and the Alien Tort Statute.

Article I Section VIII Clause X of the United States Constitution states:

“The Congress shall have Power [..t]o define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations”<sup>1</sup>.

The Alien Tort Statute states:

“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”<sup>2</sup>.

2. The meaning of the Law of Nations in the Constitution is controversial among scholars<sup>3</sup>. American scholars are divided in two main schools of Constitutional interpretation. The Traditional view, also named the Originalist or Textualist view, believes that the Law of Nations no longer has a meaning in the United States Constitution as it referred to the law between the civilized nations of 1787<sup>4</sup>. The Modern view, also named the Pragmatic or Activist view, believes that the Law of Nations means customary international law in both the Alien Tort Statute and the United States Constitution<sup>5</sup>. In the Alien Tort Statute’s context, the Supreme Court clarified that the current definition of the Law of Nations includes recognized international customs<sup>6</sup>.

3. This essay proposes to apply the Alien Tort Statute’s definition of the Law of Nations to the Constitution. It analyzes the Law of Nations’ meaning in the United States Constitution in light of the Supreme Court’s decisions in *Sosa v. Alvarez*<sup>7</sup> and *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*<sup>8</sup>, the current leading cases concerning the United States’ interpretation of the Law of Nations in the Alien Tort Statute. First, this essay will analyze the cases *Sosa v. Alvarez* and *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, detailing the impact on the interpretation of the Law of Nations. Second, this essay revisits the Constitutional debate concerning the meaning of the Law of Nations in light of the cases *Sosa v. Alvarez* and *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* This essay concludes, in favor of the Modern view, and against the Traditional view, that the Supreme Court should extend the definition of the Law of Nations found in *Sosa v. Alvarez* to the meaning of the Law of Nations in the Constitution. The Judiciary should recognize that the Law of Nations includes *Jus Cogens* rights<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> U.S. Constitution art. I, § 8.

<sup>2</sup> Alien’s Action for Tort, 28 U.S.C.A. § 1350, 25 June 1948.

<sup>3</sup> See Traditional view A. J. BELLIA JR & BRADFORD R. CLARK, “The Alien Tort Statute and the Law of Nations”, *University of Chicago Law Review*, n. 78/2, 2011; J. L. GOLDSMITH & C. A. BRADLEY, “Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position”, *Harvard Law Review*, n. 110, 1997; C. A. BRADLEY, “The Alien Tort Statute and Article III”, *Virginia Journal of International Law*, n. 42, 2002. See modern views D. M. GOLOVE & D. J. HULSEBOSCH, “A Civilized Nation: The Early American Constitution, the Law of Nations, and the Pursuit of International Recognition”, *New York University Law Review*, n. 85, 2010; J. STEWART, “The Status of the Early American Law of Nations”, *Vanderbilt Law Review*, n. 42, 1989.

<sup>4</sup> See BELLIA, BRADLEY, GOLDSMITH, *supra* note 3.

<sup>5</sup> See G. NEUMAN, “International Law as a Resource in Constitutional Interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 30, 2006. See also J. D. VAN DER VYVER, “Prosecuting Offenses Against the Law of Nations in the United States”, *Emory International Law Review*, n. 20, 2006; see also GOLOVE, STEWART *supra* note 3.

<sup>6</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739.

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659.

<sup>9</sup> *Jus Cogens* are the most fundamental human rights principles. “The International Court of Justice has sometimes referred to [*Jus Cogens* Rights as] ‘fundamental principles’, (or ‘cardinal’ or ‘intransgressible’ rules) as a category differentiated from ordinary custom or treaty norms” L. F. DAMROSCH, L. HENKIN, S. D. MURPHY, H. SMIT, *International Law Cases and Materials*, West 5<sup>th</sup> ed., pp. 105, 2009.

## II. *Sosa v. Alvarez*

4. This section analyzes the *Sosa v. Alvarez*'s interpretation of the Law of Nations in the Alien Tort Statute's context. In *Sosa v. Alvarez* one of the main issues addressed by the Supreme Court was whether or not the Alien Tort Statute referred to customary international law throughout the Law of Nations clause. United States authorities suspected Alvarez, a Mexican citizen, to have murdered and tortured a United States Drug Enforcement (hereinafter USDEA) agent. The USDEA engaged Sosa, another Mexican citizen, to capture Alvarez. Sosa kidnapped Alvarez and handed him over to the USDEA. Alvarez sued Sosa for violation of the Law of Nations. According to Alvarez, courts must interpret the Law of Nations as a fundamental human right not to be kidnapped and detained<sup>10</sup>.

5. The Supreme Court unanimously held kidnapping is not part of customary international law and therefore Sosa did not violate the Law of Nations under the Alien Tort Statute. However, Justice Scalia wrote a separate partly concurring, partly concurring with the judgment opinion, joined by Chief Justice Rehnquist and Justice Thomas, and Justice Breyer also wrote a concurring opinion<sup>11</sup>. Justice Ginsburg also wrote a concurring opinion, which does not focus on the Law of Nations. The Supreme Court's sophisticated reasoning can be broken down in the following sections: The Historical Meaning of the Law of Nations; The Alien Tort Statute as Only Jurisdictional Act; The Limited Use of the Common Law after *Eire R. Co. v. Tompkins*; and The Role of the Judiciary after *Eire R. Co. v. Tompkins*.

### 1) The Historical Meaning of the Law of Nations

The Supreme Court analyzed the historical meaning of the Law of Nations. "[.T]he law of nations [.. is 'a]ncient usage among civilized nations, beginning centuries ago, and gradually ripening into a rule of international law ... .' *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 686, 20 S.Ct. 290, 44 L.Ed. 320 (1900)"<sup>12</sup>. The United States has always showed its commitment to follow the Law of Nations, as binding international law, even before enacting the Alien Tort Statute. Then, Congress enacted the Alien Tort Statute to further implement international treaties and the Law of Nations in the United States.

### 2) The Alien Tort Statute as Only Jurisdictional Act

Congress intended the Alien Tort Statute to be jurisdictional. The Alien Tort Statute is not meant to create causes of actions. Instead "[.t]he common law would provide a cause of action for the modest number of international law violations with a potential for personal liability at the time"<sup>13</sup> Therefore, the common law, not the Alien Tort Statute, provides for the legal causes of actions which establish personal liability, on a case by case analysis, for the violations of the Law of Nations.

### 3) The Limited Use of Common Law after *Eire R. Co. v. Tompkins*

The common law's perception changed with the time. While the founding fathers believed that the common law was the application of fundamental legal principles, the common law is currently considered to be the judges' creation. After the decision in *Eire R. Co. v. Tompkins*<sup>14</sup>, Federal common law no longer exists and Federal courts cannot create common law anymore. Therefore, the use of common law to create causes of actions is limited. However, as the Supreme Court pointed out, "[.E]rie did not in terms bar any judicial recognition of new substantive rules, no matter what the circumstances, and post-*Erie* understanding has identified limited enclaves in which federal courts may derive some substantive law in a common law way. For two centuries we have affirmed that the domestic law of the

<sup>10</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739.

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> *Id.* at 715.

<sup>13</sup> *Id.* at 724.

<sup>14</sup> *Eire R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S. Ct. 817, 818, 82 L. Ed. 1188 (1938).

United States recognizes the law of nations. [...]It would take some explaining to say now that federal courts must avert their gaze entirely from any international norm intended to protect individuals<sup>15</sup>.

#### 4) The Role of the Judiciary after *Eire R. Co. v. Tompkins*

Unless Congress clearly defines the Law of Nations by specifying the Alien Tort Statute's causes of action, the Judiciary has the duty to cautiously determine whether or not a custom is part of the Law of Nations on a case-by-case analysis. The Supreme Court held "[a] claim rests on a tort in violation of international law and is actionable under the ATS where it: (1) rests on a norm of international character accepted by the civilized world; and (2) is defined with specificity comparable to those violations of international law that existed at the time the ATS was enacted. With regard to the second prong, the *Sosa* Court noted that it considered only three offenses to have been recognized in the eighteenth-century as violations of the law of nations: offenses against ambassadors, violations of safe conduct, and individual actions arising out of prize captures and piracy<sup>16</sup>. The Judiciary must interpret the Law of Nations as intended in our modern time and identify those violations comparable to the eighteenth-century ones. Kidnapping is not comparable to the offenses against ambassadors, violations of conducts and piracy crimes of the eighteenth-century. It is not heinous and specific enough to constitute a violation of the Law of Nations as there is no established international law practice considering kidnapping as a human rights violation. However, the door is open to other customary international norms that may be comparable to the eighteenth-century violations<sup>17</sup>.

6. According to the partly concurring, partly concurring with the judgment opinion of Justices Scalia, Thomas and Chief Justice Rehnquist, Congress is the only institution entitled to determine the meaning of the Law of Nations clause. As long as Congress does not define it, the Law of Nations does not have any meaning. The Law of Nations was originally intended to be Federal common law which nowadays no longer exists. Congressional silence concerning the Law of Nations simply reiterates that Congress is not willing to give any meaning to Article I Section VIII Clause X of the Constitution. The Judiciary does not have the authority to consider customary international law as part of American law without Congressional approval<sup>18</sup>.

7. Justice Breyer also wrote a concurring opinion. He argued that American courts should be willing to interpret the Alien Tort Statute as a Universal Jurisdiction statute and allow alien vs. alien claims for human rights violations<sup>19</sup>. Universal Jurisdiction is one of the most important grounds of modern international law as it emphasizes that *Jus Cogens* rights are common values in different national legal systems. Under Universal Jurisdiction the place where a person committed the crime, the victim and perpetrator's nationality are irrelevant to determine the jurisdiction of a court. Every court has jurisdiction on the sole basis that the perpetrator violated fundamental rights<sup>20</sup>. According to Justice Breyer,

<sup>15</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 729-730.

<sup>16</sup> G. V. MONKEN, "The *Sosa* Standard: What Does It Mean for Future ATS Litigation?", *Pepperdine Law Review*, n. 33, 2006, pp. 479.

<sup>17</sup> *Id.*, see also U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 697-739.

<sup>18</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 739-760. See *Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, FREE REPUBLIC (27 FEB. 2005), <http://www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts> [hereinafter Scalia-Breyer Debate Report]; M. T. MORLEY, "The Law of Nations and the Offenses Clause of the Constitution: A Defense of Federalism", *Yale Law Journal*, n.112, 2002, pp. 109.

<sup>19</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 760-763.

<sup>20</sup> See R. KENNETH, "The Case for Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, n. 80/5, 2001, pp. 150; *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, (Princeton University Program in Law and Public Affairs, 2001), available at [http://www.law.depaul.edu/centers\\_institutes/ihrli/downloads/Princeton%20Principles.pdf](http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihrli/downloads/Princeton%20Principles.pdf); see also the debate concerning criminal vs. civil Universal Jurisdiction liability A. BIANCHI, "International Decision: *Ferrini v. Federal Republic of Germany*: Italian Court of Cassation, March 11, 2004: Italian Court of Cassation ruling on immunity from suit for damages for deportation and forced labor during World War II", *The American Journal of International Law*, n. 99, 2005, pp. 242; P. DI CIACCIO, "A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in *Jones v The Kingdom of Saudi Arabia*", *Sydney Law Review*, n. 30, 2008, p. 551.

the United States should be open to such new international legal order that establishes human rights as fundamental ground among civilized nations<sup>21</sup>.

8. Therefore, the Supreme Court maintains that the Judiciary must verify on a case-by-case analysis whether customary international norms are applicable in American adjudication. However, the concurring in the judgment opinion of Justice Scalia, joined by Chief Justice Rehnquist and Justice Thomas, underlines the contrast between customary international law and the separation of powers. Instead, Justice Breyer believes that American adjudication should be open to human rights and Universal Jurisdiction.

### III. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*

9. This section analyzes the recent decision *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* as it pertains to the Law of Nations' meaning. *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* confirmed the *Sosa v. Alvarez*'s interpretation of the Law of Nations, but presented two different tests for the extraterritorial application of the Alien Tort Statute. The Supreme Court unanimously concurred in the judgment. The majority opinion, composed of Justices Roberts, Scalia, Alito, Thomas and Kennedy, based its reasoning on the presumption against extraterritoriality and limited the extraterritorial application of the Alien Tort Statute to a few cases. Instead, Justices Breyer, Ginsburg, Sotomayor and Kagan based their reasoning on international human rights law and allowed for the extraterritorial application of the Alien Tort Statute to a variety of cases<sup>22</sup>.

10. In *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, the plaintiffs, Nigerian nationals residing in the United States, accused the defendant, Royal Dutch Petroleum Co., a corporation incorporated in the Netherlands and the United Kingdom with a subsidiary in Nigeria, of violating the Law of Nations. All alleged violations occurred in Nigeria and included “[..](1) extrajudicial killings; (2) crimes against humanity; (3) torture and cruel treatment; (4) arbitrary arrest and detention; (5) violations of the rights to life, liberty, security, and association; (6) forced exile; and (7) property destruction.”<sup>23</sup> The defendant owns an office in the United States and its shares are traded in the New York Stock Exchange<sup>24</sup>.

11. The nine Justices unanimously reaffirmed the *Sosa v. Alvarez*'s decision and interpretation of the Law of Nations. According to all Justices, the Law of Nations is the collection of customs sufficiently recognized by the international community and comparable to “[..v]iolation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy.”<sup>25</sup> As it did in the *Sosa v. Alvarez*'s decision, the majority left open several questions. It analyzed neither whether the alleged violations are customs recognized by the international community, nor whether the Alien Tort Statute allows aliens vs. aliens suits<sup>26</sup>. Instead, the Breyer's opinion concurring in the judgment, went deep enough to specify that a) torture and genocide are violations of the Law of Nations as “[..c]ertainly today's pirates include torturers and perpetrators of genocide”<sup>27</sup>; and b) the Alien Tort Statute allowed aliens vs. aliens claims<sup>28</sup>.

12. The issue that divided the Court was not the definition of the Law of Nations, but rather whether the Alien Tort Statute was applicable extraterritorially. The majority and the opinion concurring in the judgment provided two different tests to determine whether the Alien Tort Statute is applicable

<sup>21</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 760-763.

<sup>22</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659.

<sup>23</sup> *Id.* at 1663.

<sup>24</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659.

<sup>25</sup> *Id.* at 1666; U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, pp. 715.

<sup>26</sup> *Id.* at 1662-1669.

<sup>27</sup> *Id.* at 1672.

<sup>28</sup> *Id.* at 1670-1678.

extraterritorially. The majority proposed the Presumption Against Extraterritoriality Test, while Justice Breyer's opinion proposed the Minimal Presence Test.

### 1) Presumption Against Extraterritoriality Test

According to the majority, the *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*'s<sup>29</sup> presumption against extraterritoriality calls for judicial restraint and thereafter the Alien Tort Statute is applicable extraterritorially only in the following two cases.

- a) Congress enacts a law with a cause of action clearly stating that human rights norms are applicable extraterritorially<sup>30</sup>; or
- b) The conduct arose in international waters, outside the territory of any foreign country<sup>31</sup>.

The presumption against extraterritoriality prevents the Judiciary from condemning foreign citizens when the conduct arose in a foreign country that would have legitimate jurisdiction over the case. Only Congress may clarify when a particular conduct is so outrageous to rebut the presumption against extraterritoriality and impose United States' decisions over foreign conducts. Instead, the Judiciary could condemn crimes occurred in international waters. Like piracy, such conducts do not occur within the jurisdiction of any particular foreign country and do not interfere with United States' foreign policy. Therefore, conducts occurred in international waters do not require legislative intervention to rebut the presumption against extraterritoriality. In the case at hand, the defendant committed the alleged violations in Nigeria. Therefore, the presumption against extraterritoriality applied and the majority dismissed the entire complaint<sup>32</sup>. Justice Kennedy, the swing vote, wrote a concurring opinion underlying that in other human rights cases the presumption against extraterritoriality may be interpreted in different ways and the majority "[...] was careful to leave open a number of significant questions regarding the reach and interpretation of the Alien Tort Statute."<sup>33</sup>

### 2) Minimal Presence Test

According to Justice Breyer's opinion concurring with the judgment, the presumption against extraterritoriality is not applicable to the case at hand. Instead, he proposes a different test to determine whether the Alien Tort Statute is applicable extraterritorially. "[...] Justice Breyer] would find jurisdiction under this statute where (1) the alleged tort occurs on American soil, [or ] (2) the defendant is an American national, or (3) the defendant's conduct substantially and adversely affects an important American national interest, and that includes a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbor [...] or a torturer or other common enemy of mankind"<sup>34</sup>. In the case at hand, the defendant's presence in the United States did not meet the minimal presence required by Justice Breyer's test<sup>35</sup>.

Therefore, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* did not overrule the *Sosa v. Alvarez*'s holding. Under the Alien Tort Statutes, the Law of Nations refers to rules recognized as customs among civilized nations. The Judiciary must determine on a case-by-case analysis which rules are specific enough to be considered as international customs. However, the Supreme Court diverged on a different issue that was not at stake in *Sosa v. Alvarez*: whether the Alien Tort Statute is applicable extraterritorially. The majority applied the Presumption Against Extraterritoriality Test, while the opinion concurring in the judgment applied the Minimal Presence Test<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S., 130 S.Ct. 2869, 177 L.Ed.2d 535, (2010).

<sup>30</sup> See for example, the Torture Victim Protection Act of 1991, H.R. 2092, 102th Cong., § 2 (1991).

<sup>31</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659. 2013, pp. 1662-1669.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> *Id.* at 1669.

<sup>34</sup> *Id.* at 1671.

<sup>35</sup> *Id.* at 1670-1678.

<sup>36</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659.

#### IV. The Law of Nations Meaning in the Alien Tort Statute

13. In *Sosa v. Alvarez*, the Supreme Court reiterated that Federal courts could not remain silent and wait for Congress to define the Law of Nations.

“[..]Judicial power should be exercised on the understanding that the door is still ajar subject to vigilant doorkeeping, and thus open to a narrow class of international norms today. [..F]or two centuries we have affirmed that the domestic law of the United States recognizes the Law of Nations<sup>37</sup>. [..]It would take some explaining to say now that federal courts must avert their gaze entirely from any international norm intended to protect individuals. [..T]he determination whether a norm is sufficiently definite to support a cause of action should (and, indeed, inevitably must) involve an element of judgment about the practical consequences of making that cause available to litigants in the federal courts”<sup>38</sup>.

14. Similarly to the case *The Paquete Habana*<sup>39</sup>, the Supreme Court left an open question: what are the international customs that are specific enough to be part of the Law of Nations? Scholars are now debating where to draw the line. This question is very old. Since the beginning of international law, many scholars debated how many countries, how many people and how many times a rule has to be used to be considered an international law custom. This is not a domestic, but rather an international issue, often resolved by international courts<sup>40</sup>. This section argues that the Law of Nations in the United States Constitution includes Jus Cogens rights.

15. International law is divided into two main parts: treaties and the international law of nations, also named customary law. A treaty is a written agreement between two or more countries that want to establish a binding international law obligation. Customary international law is a collection of “[..i]nternational custom[s], [..which are] evidence of a general practice accepted as law”<sup>41</sup>. An international rule is binding when it is officially recognized as an international obligation. For example, in the United States an international treaty is binding when it is signed/ratified. Although customary international law may eventually be codified in an international law restatement, most customs are binding despite the existence of a written agreement between different countries. A custom is binding when it is recognized as established practice among civilized nations. How a custom becomes binding is controversial. There are many open questions: how many countries have to adopt a practice in order to define it as binding, who is entitled to recognize a custom as binding, whether or not a national court or Government can recognize a custom as binding and whether or not an international tribunal or an international organization may recognize it as binding. The number of binding customs has increased over the last centuries. In 1787, when the founding fathers wrote the United States Constitution, customary international law included few rules such as the ones against piracy. However, current customary international law includes many norms such as immunity, international humanitarian law, refugee law and many others<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> “See, e.g., *Sabbatino*, 376 U.S., at 423, 84 S.Ct. 923 ([I]t is, of course, true that United States courts apply international law as a part of our own in appropriate circumstances’); *The Paquete Habana*, 175 U.S., at 700, 20 S.Ct. 290 (‘International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination’); *The Nereide*, 9 Cranch 388, 423, 3 L.Ed. 769 (1815) (Marshall, C.J.) ([T]he Court is bound by the law of nations which is a part of the law of the land’); see also *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630, 641, 101 S.Ct. 2061, 68 L.Ed.2d 500 (1981) (recognizing that ‘international disputes implicating ... our relations with foreign nations’ are one of the ‘narrow areas’ in which ‘federal common law’ continues to exist’) as cited by U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 729-30.

<sup>38</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004, p. 729-733.

<sup>39</sup> U.S. Supreme Court January 8 1900, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290, 44 L. Ed. 320.

<sup>40</sup> See A. BIANCHI, “Fear’s Legal Dimension Counterterrorism and Human Rights”, in *Liber Amicorum Vera Gowlland International Law and the Quest for its Implementation / Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; A. M. SLAUGHTER, “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, n. 40, 1999-2000, p. 1103.

<sup>41</sup> Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, U.S.T.S. 993, art. 38.

<sup>42</sup> L. HENKIN & S. CLEVELAND & L. R. HELFER R. & G. L. NEUMAN. & D. F. ORENTLICHER *Human Rights*, Foundation Press, 2nd ed. 2009, pp.193-205; see DAMROSCH, *supra* note 9 pp. 105-112.

16. Customary international law also includes the most fundamental and essential human rights named *Jus Cogens*. Nowadays, it is well recognized that *Jus Cogens* violations include crimes against humanity, war crimes, genocide and torture. However, some international judges and scholars include among *Jus Cogens* other rules such as the non-refoulement principle (under which country A cannot expel a person to country B where his/her right to life or freedom may be in danger<sup>43</sup>). The list of *Jus Cogens* rights is open as several tribunals around the world are recognizing an increasing number of rights to be part of *Jus Cogens*. Every time a human rights violation is so heinous to be considered a *Jus Cogens* right, such right become more binding all over the world<sup>44</sup>. While it is not clear whether the whole customary international law is specific enough to be comparable to the eighteenth century Law of Nations violations, *Jus Cogens* rights are without doubts part of the Law of Nations for the following reasons<sup>45</sup>.

17. First, while both treaties and general customary international law are derogable, *Jus Cogens* rights can never be derogated as they are absolute<sup>46</sup>. As Justice Breyer argued in *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, the perpetrator of *Jus Cogens* violations is a current pirate:

“That is why we asked, in *Sosa*, who are today’s pirates? Certainly today’s pirates include torturers and perpetrators of genocide. And today, like the pirates of old, they are ‘fair game’ where they are found. Like those pirates, they are ‘common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and punishment.’”<sup>47</sup>

18. Second, after the Second World War different countries recognized the rule *nulla poena sine lege* (no ex post facto law), according to which no one should be held liable for committing a crime in the absence of a law, as not applicable to *Jus Cogens* rights violations. Under such assumption, the Nuremberg and Tokyo tribunals convicted the Nazis for the violation of *Jus Cogens* rights. The Nuremberg and Tokyo tribunals established that *Jus Cogens* rights go beyond national constitutions and laws. Although under German and Japanese laws citizens had an obligation to commit heinous crimes, under *Jus Cogens* rights such practice is illegal. Therefore, the Nazis could not justify their conducts as legal<sup>48</sup>.

19. Therefore, although it is not clear whether the whole customary international law would be comparable to the eighteenth century Law of Nations violations, it is clear that *Jus Cogens* rights are the current Law of Nations as the most absolute and widely recognized human rights in the world.

## V. Apply the Alien Tort Statute Definition of the Law of Nations to the United States Constitution

<sup>43</sup> See U.N. Refugee Agency, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1953 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 June 2007, 189 U.N.T.S. 150, 176 (1954); available at <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>

<sup>44</sup> See DAMROSCH, *supra* note 9 pp. 105-112, HENKIN, *supra* note 42.

<sup>45</sup> See for example P. J. STEPHENS, “A Categorical Approach to Human Rights Claims: *Jus Cogens* as a Limitation on Enforcement?”, *Wisconsin International Law Journal*, n. 22/2, 2004, pp. 245.

<sup>46</sup> See DAMROSCH, *supra* note 9 pp. 105-112, HENKIN, *supra* note 42.

<sup>47</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct, 1659. 2013, p. 1672.

<sup>48</sup> “At the Nuremberg Tribunals the ex post facto argument regarding the three primary charges (the commission of crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity) was rejected in all cases. The Tribunal maintained that: ‘[t]o assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished’. Needless to say, the Nuremberg Tribunals have had an impact on international criminal law. With regard to the principle *nullum crimen sine lege*, although it was recognized at this time as a general principle of criminal law and a principle of justice, the Tribunal diluted its rigidity. Additionally, the Nuremberg Tribunal influenced the drafting of the human rights conventions with regard to the article addressing the principle *nullum crimen sine lege*” A. MOKHTAR, “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects”, *Statute Law Review*, n. 26/1, 2005, pp. 52-53; see also H. KELSEN, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, *California Law Review*, n. 31/5, 1943, pp. 530; VAN DER VYVER, *supra* note 5, 487-488.

**20.** *Sosa v. Alvarez and Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* did not take into account the following issue: whether the Judiciary can extend the Alien Tort Statute's interpretation of the Law of Nations to the United States Constitutional context. This section argues that the interpretation of the Law of Nations in the Alien Tort Statute's context should be extended to the United States Constitution as the founding fathers wanted to establish a constitutional system that would allow the United States to meet its international legal obligations. The United States must comply with human rights international obligations that are now worldwide considered part of the Law of Nations. The founding fathers included the Law of Nations in the Constitution because they wanted to comply with customary international law: a body of rules that was always intended to change with the time and already included some fundamental rights in 1787.

**21.** International law requires every country to comply with its international obligations. However, each country can choose how to enforce international law within its own domestic soil. Every country may determine whether to enforce human rights norms at a constitutional or statutory level<sup>49</sup>. In other words, international law does not require the United States to include customary international law or treaty law in a particular domestic body of law as long as the United States complies with its obligations by enforcing international law on its domestic soil<sup>50</sup>.

**22.** The United States enforces customary international law by incorporating it at three different legal levels: 1) the Law of Nations as constitutional clause; 2) the Law of Nations as Alien Tort Statute; and 3) the Law of Nations as common law<sup>51</sup>. At a constitutional level, "[.C]ongress shall have Power to"<sup>52</sup> define the offenses against the Law of Nations in order to ensure a consistent application of customary international law on United States' soil. Particular emphasis is made on the verb "shall" which according to the Modern approach means "can". Congress can, but has no obligation to, define the offenses against the Law of Nations<sup>53</sup>. "According to Jordan Paust, Article I, Section 8, Clause 10 merely afforded to Congress 'a concurrent power to define and punish offenses against international law, not an exclusive power at the expense of the treaty power and that of the judiciary, which are also constitutionally based'<sup>54</sup>. An original draft of the concerned provision in The Judiciary Act referred to 'offenses that shall be cognizable under the authority of the United States and defined by the laws of the same'<sup>55</sup>. Therefore, the fact that Congress has not defined the Law of Nations yet does not necessarily mean that the Law of Nations is inapplicable in the United States. At a statutory level, the Alien Tort Statute protects aliens from Law of Nations' violations. At a common law level, States protect citizens from Law of Nations' violations.

**23.** Both the founding fathers and the Judiciary have always been perfectly aware of international laws' crucial role in American adjudication. The founding fathers wanted the United States to obtain international recognition and acquire the status of a "civilized Nation". American courts must take into consideration such historical analysis in the interpretation of the United States Constitution, including the Law of Nations<sup>56</sup>. As Professor Golove argues, one of the main purposes of the United States Constitution was to seek European recognition through adherence to the European international legal system. When the founding fathers drafted the Constitution, the European international legal system was based on the Law of Nations. European recognition was key to obtain loans, war alliance and to succeed in the

<sup>49</sup> See NEUMAN, *supra* note 5.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> See GOLOVE, STEWART *supra* note 3.

<sup>52</sup> U.S. Constitution art. I, § 8.

<sup>53</sup> See VAN DER VYVER, *supra* note 5.

<sup>54</sup> J. J. PAUST, "Congress and Genocide: They're Not Going to Get Away With It", *Michigan Journal of International Law*, n. 11, 1989, pp. 103, as cited by VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 480.

<sup>55</sup> VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 480; see also C. WARREN, "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harvard Law Review*, n. 37, 1923, pp. 73, as cited by VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 480.

<sup>56</sup> See STEWART *supra* note 3.

revolution<sup>57</sup>. Therefore, the framers wrote the Declaration of Independence looking at Europe as their primary audience. They wanted to establish a civilized Nation at the same level of the European powers. While the Declaration of Independence was sufficient for *de jure* recognition, the framers wrote the Constitution to obtain a *de facto* stable recognition in Europe<sup>58</sup>. “The Constitution drafted in 1787 served the dual purpose of signaling to Europe that the Americans were prepared to act like an international state and capable of building the foundations for a polity capable of sustaining that performance. The republican government that the Constitution created was, of course, quite different from those in the European monarchies. Nevertheless, the fundamental idea [..]was legible enough to those monarchies and enabled the text to carry at least some of the burden of proof<sup>59</sup> .

As Justice Ireland said in 1794

“The Common Law of England, from which our own is derived, fully recognizes the principles of the Law of Nations, and applies them in all cases falling under its jurisdiction, where the nature of the subject requires it...In whatever manner the Law of Nations is violated, it is subject to national not personal complaint. [..]Even the Legislature cannot rightfully control the law of nations, but if it passes any law on such subjects is bound by the dictates of moral duty to the rest of the world in no instance to transgress them<sup>60</sup> .

As Chief Justice Jay explained in 1790

“[w]e had become a nation—as such, we were responsible to others for the observance of the Laws of Nations [..]which is part of the laws of this, and of every other civilized nation<sup>61</sup> .

**24.** For these reasons, the framers included in the Constitution some clauses to ensure that the United States would comply with international law obligations: the Law of Nations clause, to ensure United States’ compliance with customary international law, Article I section X<sup>62</sup> , Article II section II<sup>63</sup> , Article III section II<sup>64</sup> and Article VI<sup>65</sup> to ensure United States compliance’ with treaty obligations. Therefore, the founding fathers adhered to the Law of Nations. They interpreted the Law of Nations as a legal obligation that the United States had to enforce within its national system and which could not be modified through national law<sup>66</sup>. Such supremacy derives from the concept of natural law: a law that is always enforceable to protect the right of the people. Already in the Roman Empire, many scholars developed the concept of natural law and natural rights as the law belonging to every person in the world: both Romans and foreigners. Natural law was in contrast with *Jus Civile*, civil law, applicable only to the civil Roman people<sup>67</sup>. Later on, the enlightened movement revisited the concept of natural law. They interpreted natural rights as the rights of every human being to be free from coercion<sup>68</sup>. At the end of the XVIII century, Locke, Rousseau, Hume and Paine already recognized the importance of fundamental rights<sup>69</sup>. Both the American founding

<sup>57</sup> GOLOVE, *supra* note 3, at 942-944.

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.* at 943.

<sup>60</sup> See STEWART *supra* note 3 at 825-827; Charge to the Grand Jury for the District of South Carolina, 12 May 1794, in *Gazette of the United States*, Philadelphia 1794, as cited by STEWART *supra* note 3 at 825-827.

<sup>61</sup> See STEWART *supra* note 3 at 825; Charge to the Grand Jury for the District of New York, 4 Apr 1790, in *New Hampshire Gazette*, Portsmouth 1790, as cited by STEWART *supra* note 3 at 825.

<sup>62</sup> U.S. Constitution art. I, § 10 “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation [..]”.

<sup>63</sup> U.S. Constitution art. II, § 2 “The President [..]shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties [..]”.

<sup>64</sup> U.S. Constitution art. III, § 2 “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority [..]”.

<sup>65</sup> U.S. Constitution art. VI “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land [..]”.

<sup>66</sup> See STEWART, GOLOVE *supra* note 3.

<sup>67</sup> SCHERILLO-DELL’ORO, *Manuale di storia del diritto romano*, Cisalpino, Milano 1988.

<sup>68</sup> See STEWART *supra* note 3 at 824.

<sup>69</sup> See J. LOCKE, D. HUME, J.-J. ROUSSEAU & S. E. BARKER, *Social Contract: Essay by Locke, Hume, and Rousseau*, Oxford University Press 1962; T. PAINE, *Rights of Man*, The Heritage Press New York 1961, pp. 180-200.

fathers and the National Assembly of France acknowledged such views in the “United States Declaration of Independence”<sup>70</sup> and the “Declaration of the Rights of Man and of Citizens”<sup>71</sup>. The United States Declaration of Independence incorporated natural law as one of the Revolution’s core principle.

“When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature’s God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed [..]”<sup>72</sup>.

25. Therefore, already in the XVIII century the Law of Nations included natural rights: supreme rights that every country has to guarantee. The people have a right to overthrow the Government that does not recognize natural rights. The founding fathers believed in the existence of unalienable rights that go beyond a positive legal definition. They were also aware that the Law of Nations is a term of art with no crystalized definition. The meaning of the Law of Nations changes with the evolution of international law and society<sup>73</sup>. Currently, the international community defines such supreme fundamental rights as *Jus Cogens*<sup>74</sup>. As reflected by the text of the Declaration of Independence, the framers already believed in the idea of *Jus Cogens* even though such rights gained international recognition only after World War II. In fact, only the Nuremberg and Tokyo trials clarified that fundamental human rights have always been part of the Law of Nations. Therefore, the Nazis could be held liable for violating human rights norms even though German and Japanese national positive law allowed and, in certain cases, imposed the violation of such fundamental rights<sup>75</sup>.

26. Despite the founding fathers’ intent to comply with international law, the United States has often failed to enforce international law obligations through Federal statutes or common law<sup>76</sup>. Federal statutes are crystalized laws that are not able to capture the increasing importance of human rights norms and the evolution of the jurisprudential dialogue between domestic and international courts all over the world. Common law is the law of State judges who are representing the values of fifty different States and are not able to express the voice of one country in the international arena. Therefore, applying the Alien Tort Statute’s evolutionary interpretation of the Law of Nations to the United States Constitution would be appropriate to implement customary international law in the United States. Instead, referring to the XVIII century customary international law would be against the framers’ intent to comply with international law, as current customary international law is different from the XVIII century Law of Nations. Now that courts worldwide recognize *Jus Cogens* rights as binding, United States judges should consider them as part of the United States Constitution<sup>77</sup>. Interpreting the Law of Nations Clause to include *Jus Cogens* rights would be in compliance with both international obligations and the founding fathers’ intent. An evolutionary interpretation is particularly relevant to human rights because several countries, including the United States, are increasingly taking them into account<sup>78</sup>. For

<sup>70</sup> The U.S. Declaration of Independence, 1776.

<sup>71</sup> The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, France 1789.

<sup>72</sup> The U.S. Declaration of Independence, 1776.

<sup>73</sup> See STEWART *supra* note 3; see also NEUMAN *supra* note 5.

<sup>74</sup> See the *Jus Cogens*’ definition *supra* note 9.

<sup>75</sup> See VAN DER VYVER, *supra* note 5; see also MOKHTAR and KELSEN *supra* note 48.

<sup>76</sup> See, for example, P. J. HONIGSBERG, E. CHEMERINSKY, *Our Nation Unhinged: The Human Consequences of the War on Terror*, University of California Press, 2009.

<sup>77</sup> See for example D. M. GOLOVE, “Leaving Customary International Law Where It Is: Goldsmith and Posner’s The Limits of International Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, n. 34, 2006.

<sup>78</sup> See S. BREYER, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf ed., 2005; see also W. DODGE, “After Sosa: The Future of Customary International Law in the United States”, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* n. 17, 2009.

example, in *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>79</sup> the United States Supreme Court held the United States Government violated both international human rights norms and the Geneva Convention. Both international and domestic courts are involved in a constant dialogue concerning the definition and the implementation of human rights norms that are recognized as international customs. United States courts contribute to such dialogue and are increasingly recognizing fundamental human rights as binding norms<sup>80</sup>. Among human rights, *Jus Cogens* are the most fundamental and recognized norms worldwide. An evolutionary interpretation of the Constitution, inclined to recognize the increasing importance of *Jus Cogens* norms, would be appropriate to both follow the dialogue with foreign/international courts and meet the United States' international obligations. Interpreting the Law of Nations Clause as a door that judges may open to customary international law on a case-by-case analysis would implement international law in State and Federal courts<sup>81</sup>. Every time a statute or an Executive order would be inconsistent with *Jus Cogens* rights, American courts would simply declare it unconstitutional. The United States would guarantee compliance with the most binding and fundamental international law obligations, such as *Jus Cogens* rights, through the Constitution.

27. Therefore, the United States Constitution refers to *Jus Cogens* rights through the Law of Nations clause. Applying the Alien Tort Statute's evolutionary interpretation of the Law of Nations to the United States Constitution would be in compliance with the historical meaning of the Constitution, the founding fathers' intent, the United States' international obligations and the increasing importance of human rights norms everywhere in the world.

## VI. Traditional Argument's Deficiencies

28. According to the Traditional view, the Law of Nations no longer has a meaning in United States Constitutional law. This section argues against the Traditional argument by analyzing its substantial and procedural deficiencies.

### 1. Historical Interpretation's Deficiencies

29. According to the Traditional view, the Law of Nations is not part of United States law for the following two main reasons:

1) Article I Section VIII Clause X of the United States Constitution states:

“The Congress shall have Power [...] to define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations”<sup>82</sup>; and

2) Article III and IV of the United States Constitution do not mention the Law of Nations<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> U.S. Supreme Court, 29 June 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

<sup>80</sup> See BIANCHI, SLAUGHTER, *supra* note 40.

<sup>81</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739. 2004.

<sup>82</sup> U.S. Constitution art. I, § 8.

<sup>83</sup> U.S. Constitution art. III, § 2, cl. 1 “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;--between a State and Citizens of another State;--between Citizens of different States;--between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.”; U.S. Constitution art. IV, § 1 “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.”

**30.** According to the Traditional view, the Law of Nations is nothing more than common law incorporated into State law unless Congress defines it as Federal law through a specific statute. The founding fathers granted Federal power over foreign policy and introduced the Law of Nations clause in the Constitution (Article I Section VIII Clause X) to supervise the States' use of international law. The Constitution grants Congress the power to define the Law of Nations as Federal law. The founding fathers chose the Legislative power to ensure a uniform interpretation of the Law of Nations in the United States. They did not intend to grant power to the Judiciary over a sensitive issue such as international relations<sup>84</sup>. In fact, there is no mention of the Law of Nations in either Article III Section II Clause I<sup>85</sup> or Article IV Section I<sup>86</sup> of the Constitution, which define the power of Federal courts over United States law. The Constitution does not "[...]grant the federal courts a general law of nations jurisdiction"<sup>87</sup>. Therefore, according to the Traditional view, absent Congressional action, imposing an alternative judicial interpretation of the Law of Nations would represent a clear violation of the Constitution and of the founding fathers' intent. Federal courts, including the Supreme Court, are not entitled to define the Law of Nations, as Federal judges are neither able to create common law, nor establish Federal American laws. The Legislative has to establish a body of law in order to be applicable in America. Any other body of law is foreign and is not applicable on American soil<sup>88</sup>.

**31.** According to the Traditional view, human rights are not part of the American Constitution and are not part of American law unless Congress specifically ratifies them<sup>89</sup>. The fact that other foreign countries consider human rights as binding everywhere in the world is irrelevant to the American adjudication as foreign countries or foreign judges are not entitled to enforce a law in the United States<sup>90</sup>. No American judge can enforce a law in the United States based on the simple fact that other countries have already successfully used such law. Imposing a law created by a judge to the United States would be anti-democratic as such legal document would be established by only one branch of the Government instead of three. The founding fathers wrote the Constitution to limit each branch of the Government: the Judiciary has the limited duty to apply American law, the Legislative has the duty to establish American law and the Executive has the duty to execute American law. According to the Traditional view, there is no foreign or human rights law in the American Constitution. The founding fathers did not intend to include human rights in American adjudication and the Judiciary cannot include them without Congressional approval<sup>91</sup>.

**32.** The Traditional view bases such reasoning on two negative inferences: 1) The Law of Nations is not part of Federal law as Articles III and IV do not mention it; and 2) Article I Section VIII Clause X establishes that Congress shall define the Law of Nations. Therefore, the Law of Nations is not part of United States law unless Congress defines it<sup>92</sup>. This approach is incorrect for the following reasons.

**33.** First, the Traditional view relies on negative inferences. The founding fathers decided to mention the Law of Nations only once in the entire Constitution. They wrote the term Law of Nations only in Article I Section VIII Clause X, which is designed to establish Congressional Federal power. The term Law of Nations never appears in any article of the Constitution as related to State law or State courts. If the founding fathers wanted to establish the Law of Nations as State law, they would have written that States, instead of Congress, have the power to define the Law of Nations. The founding fathers wanted to transfer all international/foreign relations to the Federal level, as they believed one country

<sup>84</sup> See GOLDSMITH, *supra* note 3.

<sup>85</sup> U.S. Constitution art. III, § 2, cl. 1, *see supra* note 83.

<sup>86</sup> U.S. Constitution art. IV, § 1, *see supra* note 83.

<sup>87</sup> BRADLEY, *supra* note 3 at 598.

<sup>88</sup> See Scalia opinion in U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739, pp. 739-760; GOLDSMITH *supra* note 3.

<sup>89</sup> See A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press ed., 1998.

<sup>90</sup> See Scalia-Breyer Debate Report, *supra* note 18.

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> BELLIA, GOLDSMITH, BRADLEY *supra* note 3.

should have one voice on foreign policy<sup>93</sup>. Therefore, they divided the power to define American foreign policy and the Law of Nations between the President and Congress. It would have made little sense to keep the Law of Nations' adjudication in State courts, but transfer all international and foreign relations to the Federal level. Although the Constitution does not establish the role of the Judiciary over the interpretation of the Law of Nations, as explained in *Marbury v. Madison*<sup>94</sup>, the Judiciary should interpret the Constitution to ensure individual liberties against the elected powers<sup>95</sup>.

**34.** Second, the Traditional view may encourage State courts to dictate their interpretation of the Law of Nations over Federal courts. As Professor Vazquez<sup>96</sup> points out, customary international law is made out of practice. Worldwide holdings shape and define customary international law case after case. Therefore, if the United States Constitution would truly delegate the power to define customary international law to State courts, they would be able to impose their definition of customary international law on Federal courts<sup>97</sup>. Most importantly, the State definition of customary international law would represent the United States definition of customary international law in the international arena, thereby giving no chance for Federal courts to intervene. "The ability of States to incorporate customary international law as State law would thus interfere with the federal government's conduct of foreign relations by hindering the ability to establish norms that it champions, and potentially, by contributing toward the establishment of norms that it does not favor, and which could ultimately bind it"<sup>98</sup>. Such interpretation of the Constitution would be against the founding fathers' intent to establish a Nation with one voice in the international arena and one Supreme Court entitled to give the last word on State courts' decisions.

**35.** Professor Jessup made a very similar argument after the United States Supreme Court's decision *Erie R. Co. v. Tompkins*<sup>99</sup>. In this case, the Supreme Court held that the Federal Government and Federal courts could not create common law. Federal courts have the limited role to apply Federal law, while State courts have common law jurisdiction. According to Professor Jessup, *Erie R. Co. v. Tompkins* is not applicable to customary international law because that would mean imposing State views concerning international law on the Federal Government<sup>100</sup>. Both the Supreme Court and the academia embraced Professor Jessup's view. The Supreme Court ruled in *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*:

"Professor Philip C. Jessup, now a judge of the International Court of Justice, recognized the potential dangers were Erie extended to legal problems affecting international relations. He cautioned that rules of international law should not be left to divergent and perhaps parochial [S]tate interpretations"<sup>101</sup>.

In addition, the Restatement of Foreign Law states:

"(1) International law and international agreements of the United States are law of the United States and supreme over the law of the several States.

(2) Cases arising under international law or international agreements of the United States are within the Judicial Power of the United States and, subject to Constitutional and statutory limitations and requirements of justiciability, are within the jurisdiction of the federal courts.

<sup>93</sup> See STEWART *supra* note 3 at 836-837.

<sup>94</sup> U.S. Supreme Court Court 24 February 1803, *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.), 2 L.Ed. 60.

<sup>95</sup> See STEWART *supra* note 3 at 836-837; see also GLENNON, "Can the President Do No Wrong?", *The American Journal of International Law*, n. 80, 1986, pp. 927; See also VAN DER VYVER, *supra* note 5.

<sup>96</sup> C. M. VAZQUEZ, "Customary International Law as U.S. Law: A Critique of the Revisionist and Intermediate Positions and a Defense of the Modern Position", *Notre Dame Law Review*, n. 86, 2011, pp. 1629-1633.

<sup>97</sup> *Id.* at 1535-1538; P. C. JESSUP, "The Doctrine of *Erie Railroad v. Tompkins* Applied to International Law", *The American Journal of International Law*, n. 33/4. 1939, pp. 740-743.

<sup>98</sup> VAZQUEZ, *supra* note 96, pp. 1629.

<sup>99</sup> U.S. Supreme Court April 25 1938, *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S. Ct. 817.

<sup>100</sup> See JESSUP, *supra* note 97.

<sup>101</sup> U.S. Supreme Court 23 March 1964, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 84 S. Ct. 923, pp. 425 as cited by Vazquez pp. 1536.

(3) Courts in the United States are bound to give effect to international law<sup>102</sup>.

36. Furthermore, as argued by Professor Stewart, the framers did not include the Law of Nations in Article 3 of the United States Constitution for the following reasons. First, the Law of Nations could not be framed as law of the United States, because its binding force is generated in the international law, outside of the Federal system. The Law of Nations is international law rooted in natural law, binding on every civilized Nation including the United States<sup>103</sup>. Second, the Law of Nations was a very broad concept including much more than just natural rights. For example, it included merchant and commercial law. The Law of Nations' boundaries were not clear. Transferring contract cases to the Federal system would have gone beyond the scope of the Law of Nations in the United States Constitution<sup>104</sup>.

37. Therefore, there is evidence that the Traditional view is inconsistent with the literal meaning of the Constitution and with the founding fathers' intent to establish a Nation with one voice in the international arena.

## 2. Incoherent Argument

38. The Traditional view is also incoherent. According to the Traditional view, there are two different Laws of Nations: the Law of Nations in the Constitution and the Law of Nations in the Alien Tort Statute. The Constitution refers to the common Law of Nations incorporated in State law and eventually defined by Congress. Instead, the Law of Nations in the Alien Tort Statute was intended to provide Federal jurisdiction to Federal courts under Article III of the United States Constitution<sup>105</sup>. Therefore, the *Sosa v. Alvarez*'s holding, concerning the Alien Tort Statute, is not applicable to the Law of Nations in the United States Constitution. According to the Traditional view, the founders established two different courts to claim a violation of the Law of Nations. United States citizens have to file their complaints in State courts and would eventually get in front of Federal courts in interstate cases. Aliens have to file their complaints in Federal courts through the Alien Tort Statute. The reason for having two Laws of Nations would be the protection of aliens. While the founders relied on State common law and State courts to protect citizens against a violation of the Law of Nations, they did not trust States to protect aliens. The United States Federal law and courts had to assure aliens' protection against the Law of Nations violations by American citizens. They created a common Law of Nations for citizens and a Federal Law of Nations for aliens<sup>106</sup>. Such historical interpretation leaves an open question: whether or not the Alien Tort Statute allows also an alien to sue another alien in Federal courts. In other words, whether or not the Alien Tort Statute may be considered as the United States' Universal Jurisdiction Statute. According to the Traditional interpretation, the Alien Tort Statute does not allow aliens to sue other aliens, as Universal Jurisdiction is a new international law concept not taken into account by the framers<sup>107</sup>. Neither the founding fathers nor Congress ever considered the Alien Tort Statute as applicable among aliens. The Alien Tort Statute is applicable when an alien sues an American citizen for a violation of the Law of Nations. While the founding fathers could not know Universal Jurisdiction as it did not exist in 1787, Congress did not pass any Universal Jurisdiction Statute. Some courts have already interpreted the Alien Tort Statute as allowing suits among aliens. However, according to the Traditional view, such interpretation is incorrect and in violation of the separation of powers. Under the separation of powers, only Congress can establish a law. Federal courts cannot create a law by interpreting a Statute out of its

<sup>102</sup> Restatement (Third) of Foreign Relations Law, 1987, § 111.

<sup>103</sup> STEWART, *supra* note 3 at 829-833; as James Wilson stated "[t]o pretend to define the law of nations which depended on the authority of all the Civilized Nations of the World, would have a look of arrogance that would make [.. the United States] ridiculous" *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, Max Farrand ed., 1911, pp. 615.

<sup>104</sup> STEWART, *supra* note 3 at 831-837.

<sup>105</sup> See BRADLEY and BELLIA, *supra* note 3.

<sup>106</sup> *Id.*

<sup>107</sup> See H. KISSINGER, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", FOREIGN AFFAIRS, n. 80/4, 2001.

historical and political context<sup>108</sup>. Therefore, according to the Traditional view, the interpretation of the Law of Nations in the Alien Tort Statute is irrelevant to the interpretation of the Law of Nations in the Constitution as the former is Federal and the latter is common law<sup>109</sup>.

**39.** Such reasoning is illogical because different courts do not necessarily imply substantial differences in the meanings of the Law of Nations. Two different courts do not necessarily mean two different interpretations of the Law of Nations. Even if the founders intended to diversify the complaints between State and Federal courts, there is no evidence they wanted to establish two different Law of Nations' meaning.

**40.** In addition, even the Traditional view acknowledges that one of the main goals of the United States was to appear as one Nation able to comply with its international law obligations. There is evidence the founding fathers wanted to reassure foreign Nations that every State would follow the Law of Nations and the United States was a reliable country within the global arena<sup>110</sup>. One of the main goals of the Constitution was to build up a nation "by strengthening national political authority over determinations of war and peace"<sup>111</sup>. There was no reason to diversify the interpretation of international law: an area of law where the United States was clearly intended to have only one voice<sup>112</sup>.

**41.** Furthermore, as Justice Breyer emphasized in *Sosa v. Alvarez*<sup>113</sup>, under Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute allows also aliens vs. aliens' claims. In *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, while the majority opinion limited its holding to extraterritorial applications of the Alien Tort Statute and did not rule on the subject of Universal Jurisdiction, four Justices confirmed that the Alien Tort Statute allows aliens vs. aliens' claims in their opinion concurring in the judgment<sup>114</sup>. Universal Jurisdiction is based on the assertion that the victim of a heinous act, criminalized everywhere in the world may seek justice in every forum worldwide. So far Universal Jurisdiction cases include the Eichmann case<sup>115</sup> where Israeli courts prosecuted a German Nazi for committing genocide in Europe, the Pinochet case<sup>116</sup> where a Spanish court issued an arrest warrant to prosecute the former President of Chile Augusto Pinochet for crimes committed in Chile and some United States' cases such as *Demjanjuk v. Petrovsky*<sup>117</sup> where the Sixth Circuit declared that under Universal Jurisdiction the United States could extradite the Nazi Demjanjuk to Israel even though he allegedly committed war crimes and crimes against humanity in Poland. United States Federal courts have interpreted the Alien Tort Statute to allow alien vs. alien claims<sup>118</sup>. "[..A]ccording to Jordan Paust, universal jurisdiction over international crimes has been recognized in the United States since 'the dawn of ... [its] history.'<sup>119</sup> The United States has certainly since early times recognized the power of its courts to prosecute persons for acts of piracy, and by participating in the Nuremberg and Tokyo trials, it has recognized the validity of universal jurisdiction at least as to war crimes and crimes against humanity. American courts often refer with approval to

<sup>108</sup> See BELLIA, *supra* note 3 at 546-551.

<sup>109</sup> *Id.*, see GOLDSMITH, BRADLEY *supra* note 3.

<sup>110</sup> See BELLIA *supra* note 3 pp. 494-507.

<sup>111</sup> *Id.* at 507.

<sup>112</sup> See GOLOVE, *supra* note 3 at 943; see also K. ROOSEVELT, *Conflict of Laws*, Foundation Press, 2010.

<sup>113</sup> U.S. Supreme Court 29 June 2004, *Sosa v. Alvarez*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739.

<sup>114</sup> U.S. Supreme Court 17 April 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659.

<sup>115</sup> H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books 1963; Israel Supreme Court, May 29 1962, *Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann*, 36 I.L.R. 277.

<sup>116</sup> A. BIANCHI, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, 1999.

<sup>117</sup> U.S. Court of Appeal for the 6<sup>th</sup> Circuit, 31 October 1985, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571, C.A.6 (Ohio).

<sup>118</sup> U.S. Court of Appeal for the 2<sup>nd</sup> Circuit, 30 June 1980, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, C.A.N.Y., 1980. See also VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 496.

<sup>119</sup> "Jordan J. Paul, *Federal Jurisdiction over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Violators of International Law under the FSIA and the Act or Stute Doctrine*, 23 VA. J. INT'L L. 191, 211 (1983). See Henry T. King & Theodore C. Theofrastous, *From Nuremberg to Rome: A Step Backward for U.S. Foreign Policy*, 31 CASE W.J. INT'L L. 47, 56 (1999); Ruth Wedgwood, *The Constitution and the ICC*, in THE UNITED STATES AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 119, 125-26 (Sarah B. Sewall & Carl Kaysen eds. 2000)" as cited by VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 495.

the principle of universality with regard to crimes other than piracy<sup>120</sup>. As the Law of Nations evolves, also the meaning of the Alien Tort Statute evolves by allowing aliens to sue other aliens for violations of fundamental human rights<sup>121</sup>.

42. Therefore, the founding fathers referred in both the Constitution and the Alien Tort Statute to only one Law of Nations applicable in both Federal and State courts. The *Sosa v. Alvarez*'s interpretation of the Law of Nations is applicable to the meaning of the Law of Nations in the Constitution.

## VII. Conclusion

43. The framers introduced the term Law of Nations in both the United States Constitution and the Alien Tort Statute to establish a Nation that would comply with international law obligations. Therefore, the interpretation of the Constitution should not diverge from the interpretation of the Alien Tort Statute as they both refer to customary international law obligations. As the United States Supreme Court pointed out in the case *Sosa v. Alvarez* and confirmed in *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, customary international law is an evolving concept that changes with the time. Federal courts should cautiously determine if and when it is appropriate to interpret a custom as part of the Law of Nations. A violation of the most fundamental *Jus Cogens* rights would clearly represent a violation of customary international law. Such interpretation of the Law of Nations in the Alien Tort Statute's context should be extended to the United States Constitution as consistent with the founding fathers' intent to establish one country with a uniform voice in the international arena.

---

<sup>120</sup> VAN DER VYVER, *supra* note 5 at 495.

<sup>121</sup> *Id.* at 495-496.

# PRIMERA EJECUCIÓN FORZOSA CONOCIDA DE UN LAUDO ARBITRAL CIADI EN ESPAÑA (*VÍCTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE C. REPÚBLICA DE CHILE*): SIN EXEQUÁTUR

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA  
*Doctor en Derecho. Abogado*

Recibido: 14.01.2014 / Aceptado: 20.01.2014

**Resumen:** El Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid ha otorgado la ejecución forzosa de un laudo dictado en el caso CIADI *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* sin exigir la presentación de un exequátur previo del laudo, tal y como dispone el artículo 54.1 del Convenio CIADI. Ha sido la primera vez que se ha presentado ante un tribunal español una solicitud de ejecución forzosa de un laudo CIADI. El Juzgado de Primera Instancia ha ordenado el embargo de bienes del Estado chileno en España por más de tres millones de euros. Simultáneamente, Chile ha intentado reducir la cantidad a pagar a los demandantes apelando a otras dos decisiones CIADI que deberían ser consideradas como laudos bajo el Convenio CIADI.

**Palabras clave:** CIADI, exequátur, ejecución forzosa, arbitraje de inversiones.

**Abstract:** The Court of First Instance No. 101 of Madrid has granted leave for execution for an award rendered in ICSID case *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* without requesting the submission of any previous exequatur for the award, as provided for by Article 54(1) of the ICSID Convention. This has been the first time that such a request for enforcement and execution of an ICSID award has been filed with a court of justice in Spain. The Court of First Instance has ordered the seizure of Chilean assets in Spain worth more than 3 million euros. Simultaneously, Chile has tried to reduce the amount to be paid to the claimants by resorting to two other ICSID decisions that should be regarded as awards by the ICSID Convention.

**Key words:** ICSID, exequatur, enforcement and execution, investment arbitration.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ausencia de exequátur para la ejecución forzosa de los laudos CIADI en los Estados contratantes del Convenio de Washington. 1. La obligatoriedad de los laudos CIADI y su ejecución voluntaria. 2. La internacionalidad de los laudos CIADI y la ausencia de exequátur previo para su ejecución forzosa. A. No hay “sede” en los arbitrajes CIADI. B. Título ejecutivo: el laudo más la certificación del Secretario General del CIADI. 3. Tribunal competente y ley aplicable al procedimiento de ejecución forzosa. A. Tribunal competente. B. Ley aplicable al procedimiento de ejecución forzosa. III. Ejecución de obligaciones pecuniarias y medidas concretas de ejecución. 1. Orden general de ejecución contra la República de Chile. 2. Medidas de ejecución. IV. Conclusiones y comentario final.

## I. Introducción

1. Con fecha 6 de marzo de 2013 el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid<sup>1</sup> emitió un Auto con orden general de ejecución<sup>2</sup> y un Decreto<sup>3</sup> para la ejecución forzosa en España de las obligaciones pecuniarias impuestas en un laudo arbitral de 8 de mayo de 2008 (en adelante, el “Laudo”) dictado en el asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*<sup>4</sup> al amparo del APPRI España-Chile<sup>5</sup>.

2. Se trata, que se tenga constancia pública, de la primera medida de ejecución forzosa adoptada en España de un laudo dictado en un arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el “CIADI” o el “Centro”). No obstante, no es la primera vez que un tribunal español ha tenido que pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con arbitrajes CIADI:

- a) años antes los tribunales españoles tuvieron que manifestarse sobre la naturaleza jurídica de un acuerdo entre España y Chile que afectaba precisamente a este asunto *Pey Casado*<sup>6</sup>; y,
- b) también se intentó en España una traba de bienes en previsión de una futura ejecución forzosa de un laudo CIADI en el asunto *Sempre Energy International c. República Argentina*<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Designado en su momento para cumplir funciones de auxilio judicial en el arbitraje en el partido judicial de Madrid. *Vid.* el Acuerdo de 25 de noviembre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye al Juzgado de Primera Instancia número 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos de laudo y arbitraje (BOE nº 310, de 22 de diciembre de 2010). Posteriormente algunas de esas funciones han sido otorgadas a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE nº 121, de 21 de mayo de 2011).

<sup>2</sup> Disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1338.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>3</sup> *Ídem.*

<sup>4</sup> Caso CIADI No. ARB/98/2. El Laudo está disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0639.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014). Toda la información legal y procedimental del caso se publica habitualmente por los demandantes en la página web del diario El Clarín de Chile: <http://www.elclarin.cl/fpa/arbitraje.html> (consulta: 12 de enero de 2014). *Vid.* un comentario al Laudo en F. J. PASCUAL VIVES, “La competencia del centro internacional para el arreglo de las diferencias relativas a inversiones (CIADI) para proteger las inversiones extranjeras realizadas por los particulares: el laudo de 8 de mayo de 2008 dictado por un tribunal del CIADI en el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile (caso CIADI nº ARB/98/2)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV (2008), pp. 177-214.

<sup>5</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones y Protocolo, hecho en Santiago el 2 de octubre de 1991 (para España: BOE nº 67, de 19 de marzo de 1994).

<sup>6</sup> Los Gobiernos de España y Chile se reunieron para coordinar una interpretación auténtica de ciertos estándares de protección recogidos en el APPRI. El resultado de estas reuniones técnicas celebradas entre el 29 de septiembre y el 1 de octubre de 1998 se tradujo en un acta. Los demandantes en el procedimiento arbitral (el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende) pidieron una copia del acta e instaron su declaración de nulidad conforme al Derecho español. Tanto la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 23 de febrero de 2000 (JUR 2000/115495) como el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia de 27 de enero de 2004 (RJ 2004/249) negaron la competencia de los tribunales españoles para conocer del asunto por cuanto el acta no era un acto administrativo sino el resultado de unas negociaciones interestatales conducidas al amparo del art. 9.1 del APPRI. Por su parte, el tribunal arbitral en el Laudo de 8 de mayo de 2008, *cit. supra* en nota al pie 4, pág. 377, negó al acta todo valor interpretativo del APPRI, pues apreció que la celebración de las negociaciones de interpretación del Tratado habían sido instadas por Chile con posterioridad a la presentación de la solicitud de arbitraje por los demandantes.

<sup>7</sup> En 2009 la empresa estadounidense Sempra Energy International solicitó medidas cautelares ante el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de Madrid, para asegurar la futura ejecución de un laudo dictado el 28 de septiembre de 2007 en el asunto *Sempre Energy International c. República Argentina* (caso CIADI No. ARB/02/16). La solicitud se hizo estando pendiente una solicitud de anulación del laudo, instada por Argentina, que finalmente fue estimada por una Comisión *ad hoc* mediante Decisión de 29 de junio de 2010. Sobre las medidas cautelares *vid.* la Decisión de la Comisión *ad hoc* sobre la solicitud de Sempra Energy International de poner término a la suspensión de la ejecución del laudo (Regla 54 de las Reglas de Arbitraje del CIADI), de 7 de agosto de 2009, pág. 24, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0775.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014); así como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2010 (La Ley 138270/2010) en el que se acordó la terminación y sobreseimiento de los autos en vista de la anulación del laudo por la Comisión *ad hoc* mediante la citada Decisión de 29 de junio de 2010. El Juzgado nº 83, en su auto de 31 de julio de 2009, había declarado la incompetencia de los tribunales españoles para conocer la solicitud de medidas cautelares; la decisión, no

3. A nuestro juicio, como explicaremos en esta nota, el Juzgado resolvió correctamente ya que acordó la ejecución *forzosa*, según se desprende de las resoluciones judiciales publicadas, sin que mediara ningún procedimiento previo de exequátur del Laudo. Ello se debe a que el Juzgado tuvo en cuenta las características conferidas a los laudos CIADI por el Convenio de Washington (el “Convenio”)<sup>8</sup> por contraposición a otros laudos arbitrales, empezando por los dictados por tribunales arbitrales constituidos bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del mismo CIADI<sup>9</sup>.

4. En esta nota centraremos nuestra atención en explicar por qué los laudos CIADI no necesitan un exequátur previo a su ejecución forzosa en los Estados Contratantes del Convenio (II.). También –es obligado– nos referiremos a las medidas concretas adoptadas posteriormente para la ejecución forzosa del Laudo en España y a la batalla legal entre las partes parcialmente reconducida por el Juzgado nº 101 en su Auto de 4 de julio de 2013<sup>10</sup>, en la que han salido a relucir dos decisiones de una Comisión *ad hoc* que materialmente tienen la misma naturaleza jurídica que el Laudo<sup>11</sup> (III.). Cerraremos este trabajo con algunas conclusiones que se desprenden de las decisiones tomadas por el Juzgado (IV.).

## II. Ausencia de exequátur para la ejecución forzosa de los laudos CIADI en los Estados contratantes del Convenio de Washington

5. La ejecución en España de las obligaciones pecuniarias impuestas en este y en cualquier otro laudo arbitral dictado por un tribunal CIADI bajo el Convenio<sup>12</sup> ha de hacerse siguiendo su art. 54.1, que establece lo siguiente:

“Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”.

6. Esta disposición, leída en conjunto con otras del mismo Convenio, otorga unas características específicas a los laudos dictados por los tribunales arbitrales CIADI que los alejan notablemente de los que emiten otros tribunales arbitrales tanto en disputas sobre inversiones extranjeras (*i.e.*, con Estados soberanos implicados) como en general en el comercio internacional. La principal es, sin duda, la ausencia de exequátur para su ejecución forzosa en el territorio de los Estados contratantes del Convenio.

### 1. La obligatoriedad de los laudos CIADI y su ejecución voluntaria

7. Con carácter previo es necesario aclarar que, aunque el Convenio no lo diga expresamente con la terminología procesal apropiada, el art. 54.1 se está refiriendo a un supuesto de ejecución *forzosa*

---

publicada, ha sido facilitada al autor de esta nota por *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, firma de abogados que representó a la República Argentina ante los tribunales españoles.

<sup>8</sup> Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (para España: BOE nº 219, de 13 de septiembre de 1994).

<sup>9</sup> Disponible en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR\\_Spanish-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR_Spanish-final.pdf) (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>10</sup> Disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1529.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>11</sup> En todo caso, dado que esta fase procesal está pendiente a fecha de cierre de esta nota, nos limitaremos a comentar los aspectos más relevantes que hasta ahora han trascendido.

<sup>12</sup> Por tanto, excluyendo los dictados al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario; *vid.* el art. 3 del Reglamento: “*Inaplicabilidad del Convenio. Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos*”. También aquellos laudos dictados en procedimientos arbitrales administrados por el CIADI pero bajo otros reglamentos arbitrales (por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [UNCITRAL]).

de los laudos<sup>13</sup>. Se llega a esta conclusión fácilmente si, de manera sistemática, se tiene en cuenta el citado art. 54.1 con el art. 53.1 del Convenio, que establece el carácter obligatorio del laudo arbitral para las partes por el mero hecho de haber sido dictado por el correspondiente tribunal (salvo que haya sido suspendida su ejecución):

“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”<sup>14</sup>.

**8.** Si el laudo arbitral CIADI es de obligatorio cumplimiento, entonces es plenamente susceptible de ejecución *voluntaria*. De hecho, el Convenio exige a las partes en la disputa que lo acaten y cumplan en todos sus términos (de nuevo, salvo que se suspenda su ejecución). Lo deseable en todo procedimiento arbitral CIADI, sin perjuicio de los posibles recursos contra el laudo, es que las partes se avengan voluntariamente a cumplirlo en los términos fijados por el tribunal arbitral. Esto es lo que ocurrió hace años cuando España cumplió voluntariamente la condena al Estado incluida en el laudo arbitral del celeberrimo asunto *Maffezini*<sup>15</sup> sin que mediaran procedimientos judiciales de ejecución *forzosa* del demandante contra el Estado español.

**9.** El reconocimiento de la obligatoriedad para las partes del laudo arbitral no solamente se encuentra en el Convenio de Washington. Puede que también aparezca en instrumentos jurídicos negociados por las partes (por ejemplo, un convenio arbitral sofisticado inserto en un contrato) o vinculantes para ellas (por ejemplo, un tratado internacional o una ley interna de promoción y protección de inversiones) de los que traiga causa el procedimiento arbitral y en los que el tribunal haya fundado su competencia. Es precisamente el supuesto del asunto *Pey Casado* aquí comentado; como hemos indicado, el Laudo fue dictado en un procedimiento arbitral iniciado por los demandantes con base en el APPRI España-Chile, tratado que reconoce asimismo la obligatoriedad del laudo en su art. 10.5:

“Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia”<sup>16</sup>.

**10.** En consecuencia, las partes en el procedimiento arbitral de referencia (el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, de un lado; y la República de Chile, de otro) estaban y están obligadas a cumplir voluntariamente con el Laudo por mor de dos disposiciones de sendos tratados internacionales. No cabe duda de que el Laudo era obligatorio para las partes desde el momento en que fue dictado por el tribunal arbitral.

**11.** Enlazando con el caso aquí comentado, señalaremos que, al parecer, la República de Chile no cumplió ciertas obligaciones pecuniarias incluidas por el tribunal arbitral en el Laudo y que sobre-

<sup>13</sup> El número de los autos en el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid es inequívocamente el del “procedimiento de ejecución forzosa del laudo nº 26/2013”.

<sup>14</sup> Sobre la obligatoriedad de los laudos arbitrales en arbitrajes de inversión *vid.*, por todos, R. DOLZER/C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2ª. ed., 2012, p. 310.

<sup>15</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/97/7), Laudo de 13 de noviembre de 2000, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0482.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014). El laudo pasó a manos del Consejo de Administración de *XesGalicia*, sociedad gestora de *SODIGA S.A.*, sociedad de capital-riesgo gallega de desarrollo cuyas acciones contra el inversor argentino propiciaron el arbitraje. En abril de 2001 *SODIGA* realizó una transferencia bancaria por valor de 57.641.265 pesetas a favor del demandante, que fue contabilizada presupuestariamente como gasto extraordinario con cargo al ejercicio de 2000, tanto por la cantidad principal como los intereses adeudados según el laudo. *Vid.* el Informe de Fiscalización de 2001 de *XesGalicia*, *SXECR S.A.* y *SODIGA Galicia, SCR, S.A.*, efectuado por el Consejo de Cuentas de Galicia y publicado en [www.ccontasgalicia.es/informes\\_2003/xesgalicia\\_g.pdf](http://www.ccontasgalicia.es/informes_2003/xesgalicia_g.pdf), pp. 46-47.

<sup>16</sup> Esta característica de la obligatoriedad es predicable de *todos* los laudos dictados al amparo del art. 10 del APPRI, sea bajo el Convenio de Washington, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL).

vivieron a la declaración parcial de nulidad del Laudo<sup>17</sup>. Levantada la suspensión de la ejecución que pesaba sobre el Laudo<sup>18</sup>, los demandantes solicitaron su ejecución *forzosa*; para ello eligieron España, Estado contratante del Convenio desde 1994 en el que al parecer la República de Chile tiene bienes contra los que el Juzgado ha despachado ejecución<sup>19</sup>.

12. En resumen, el mecanismo previsto en el art. 54.1 del Convenio se activa si alguna de las partes rechaza cumplir con su obligación de ejecutar *voluntariamente* el laudo obligatorio, de tal modo que la otra parte puede instar su ejecución *forzosa* siempre que no haya sido suspendida su ejecución (por ejemplo, por la Comisión *ad hoc* que conoce la anulación del laudo cuando confirma ex art. 52.5 del Convenio la suspensión de la ejecución pedida por el solicitante de anulación). Frente a ello es conocida la tradicional posición de Argentina, que ha venido manteniendo en cambio que el cumplimiento de un laudo CIADI por su parte debe pasar en todo caso por que el demandante o beneficiario de aquél inste su ejecución ante un tribunal estatal argentino<sup>20</sup>. Esta postura ha cambiado recientemente tras la firma de un acuerdo por el Estado con varios acreedores de laudos arbitrales para el pago de las obligaciones pecuniarias en ellos contenidas<sup>21</sup>.

## 2. La internacionalidad de los laudos CIADI y la ausencia de exequátur previo para su ejecución forzosa

13. Hechas las anteriores consideraciones sobre la obligatoriedad de los laudos llegamos al núcleo de esta nota: los laudos arbitrales CIADI no necesitan un exequátur previo para su ejecución forzosa en un Estado contratante del Convenio<sup>22</sup>.

14. El art. 54.1 del Convenio ya reproducido se refiere a la ejecución (*forzosa*) del laudo arbitral comparándolo con una sentencia firme dictada en el Estado en el que se insta la ejecución<sup>23</sup>, la cual no necesita de una declaración previa de ejecutabilidad para ser ejecutada en el propio Estado donde se dictó puesto que (i) el título ejecutivo no circula internacionalmente y (ii) esa declaración de ejecutabilidad ya viene dada por la legislación procesal de ese Estado al reconocerle valor de título ejecutivo. Lo mismo se puede decir de un laudo CIADI: no circula internacionalmente entre el “Estado donde se dictó” y el Estado requerido y su ejecutabilidad está reconocida expresamente en el Convenio. Para apreciar este punto veremos sucesivamente con más detalle dos cuestiones: la ausencia de “sede” en los arbitrajes CIADI (A.) y el título ejecutivo establecido por el art. 54.2 del Convenio (B.).

<sup>17</sup> Decisión de la Comisión *ad hoc* de 18 de diciembre de 2012, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014). Confirmada mediante la Decisión de la Comisión *ad hoc* de 11 de septiembre de 2013 sobre la solicitud de decisión suplementaria a la Decisión sobre Anulación, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5011.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>18</sup> Suspensión adoptada por la Comisión *ad hoc* en su Decisión de 5 de mayo de 2010 disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0659.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>19</sup> No era necesario, por tanto, que instaran la ejecución en la República de Chile. Sobre este derecho a elegir el Estado de la ejecución, basado principalmente en la existencia de bienes fuera del Estado condenado, *vid.* R. DOLZER/C. SCHREUER, *Op. cit.*, p. 310.

<sup>20</sup> Nos remitimos a las consideraciones realizadas en J. Á. RUEDA GARCÍA, “Los Estados Unidos de América suspenden los beneficios arancelarios concedidos a los productos de Argentina ante su negativa a cumplir laudos CIADI favorables a inversores estadounidenses”, en “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero-diciembre de 2012)”, *REEI*, n° 25, 2013, pp. 84-90, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org) (consulta: 12 de enero de 2014). En la doctrina española, *vid.* también E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La estrategia de Argentina de dilatar el pago de las condenas comienza a encontrar obstáculos en el CIADI”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 2, n° 3, 2009, pp. 791-796.

<sup>21</sup> *Vid.* la Resolución n° 598/2013, de 8 de octubre, del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina, por la que se aprueba un modelo de convenio denominado “Acuerdo Transaccional” entre la República Argentina y los acreedores de cinco laudos arbitrales de inversiones (BORA de 18 de octubre de 2013).

<sup>22</sup> Lo que ha sido apreciado por E. FERNÁNDEZ MASÍA como una de las características que hacen que el CIADI sea particularmente elegido por los inversores para el conocimiento de sus reclamaciones. *Vid.* “Arbitraje inversor-Estado: de “Bella Durmiente” a “león en la jungla””, *REEI*, n° 26, 2013, p. 6, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org) (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>23</sup> *Vid.* más ampliamente C. H. SCHREUER con L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª. ed., 2009, pp. 1139-1143.

## A. No hay “sede” en los arbitrajes CIADI

15. Un arbitraje CIADI no está sometido al concepto de “sede” de arbitraje propio del arbitraje comercial internacional<sup>24</sup>. De la lectura de la jurisprudencia del CIADI se extrae que, en ocasiones, sus tribunales arbitrales, frente a la regla general en otros procedimientos similares, no suelen especificar el lugar donde se considera que el laudo ha sido dictado<sup>25</sup>. Esto sería impensable en esos otros arbitrajes pero en el del CIADI no supone demasiado problema<sup>26</sup>, consecuencia del carácter *self-contained* que se ha predicado tradicionalmente de este mecanismo de solución de controversias<sup>27</sup>.

16. En este punto los arts. 62 y 63 del Convenio resultan un tanto ambiguos. Por un lado, el art. 62 establece que:

“Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro”.

17. Por otro lado, el art. 63 indica que:

“Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:  
(a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o  
(b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General”.

18. Examinados con detalle se aprecia que el Convenio se está refiriendo, más bien, al lugar donde se celebrarán las correspondientes audiencias entre los tribunales y las comisiones y las partes<sup>28</sup>; algo que han recogido de manera moderna los principales reglamentos de arbitraje, que distinguen entre “sede del arbitraje” (en inglés, *seat* o *place*) y el eventual lugar de audiencias y de reunión del tribunal arbitral con las partes (en inglés, *venue*)<sup>29</sup>.

19. Empero, para apreciar adecuadamente la ausencia de “sede” de los arbitrajes CIADI es necesario examinar los trabajos preparatorios del Convenio, en donde se observa que en las negociaciones

<sup>24</sup> Vid. más ampliamente J. Á. RUEDA GARCÍA, “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, n° 1, Marzo 2010, pp. 203-232, esp. pp. 220-225, disponible en [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>25</sup> Sin ir más lejos, el Laudo de 8 de mayo de 2008. El Juzgado n° 101 sostiene, sin embargo, que el laudo arbitral fue “dictado” en Washington, DC, quizá, a nuestro juicio, por ser la sede del propio CIADI (artículo 2 del Convenio). El laudo CIADI con la condena pecuniaria más alta hasta la fecha, dictado en el asunto *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (caso CIADI No. ARB/06/11), Laudo de 5 de octubre de 2012, tampoco contiene una referencia al lugar donde fue dictado (disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095.pdf>; consulta: 12 de enero de 2014). Vid. C. H. SCHREUER con L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1248, p. 16.

<sup>26</sup> Dejaremos al margen el supuesto de que se instare la ejecución forzosa de un laudo CIADI en un Estado no contratante del Convenio que, por tanto, no estuviera vinculado por el art. 54 del Convenio, como plantean C. H. SCHREUER con L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1118, p. 5. En ese caso entendemos que podría considerarse que la “sede” del arbitraje fuera la del propio CIADI a los efectos de considerar al laudo como dictado en los Estados Unidos de América y que circule así internacionalmente.

<sup>27</sup> C. H. SCHREUER con L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1244, p. 3.

<sup>28</sup> Señalemos en este punto los párs. 221-228 de la Decisión sobre jurisdicción de 5 de marzo de 2008 adoptada en el asunto *Noble Energy, Inc. y Machalapower Cía. Ltda. c. República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad* (caso CIADI n° ARB/05/12), disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0564.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014), en los que para justificar su elección de Washington, DC frente a Quito el tribunal arbitral destacó que el sistema CIADI es “autocontenido”, si bien en la decisión del tribunal se aprecia cierta confusión entre los conceptos de sede y lugar de audiencias (probablemente por la imprecisión del convenio arbitral inserto en el contrato fuente de la disputa).

<sup>29</sup> Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* el art. 18.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, art. 16.2 del Reglamento de arbitraje de la LCIA, art. 20.2 del Reglamento de Arbitraje del AISCC, art. 18.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL) de 2010 y art. 18.2 del Reglamento de Arbitraje de la CPA. Con menor claridad, *vid.* el art. 20.2 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI.

del tratado existió una fuerte influencia del régimen jurídico de los tribunales internacionales, dotados de estatutos autónomos que no requieren de complemento por parte de la legislación del Estado donde tengan su sede física. Es el caso clásico de la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, cuyo Estatuto y Reglamento de procedimiento no necesitan de la ayuda de la legislación procesal holandesa. Ese Estatuto fue, además, tomado en cuenta a la hora de redactar en el Convenio algunas disposiciones tan importantes como las del consentimiento de los Estados a la jurisdicción del Centro<sup>30</sup>. El régimen legal del CIADI es *self-contained*, como comentamos antes, porque la naturaleza jurídica del Centro es la de una organización internacional<sup>31</sup> que administra procedimientos arbitrales regidos por el Derecho internacional público<sup>32</sup>.

**20.** Si el régimen del CIADI es tal, los tribunales que se crean en su seno son tribunales internacionales. Así ha sido reconocido expresamente en la jurisprudencia del Centro; por todos, en el asunto *Electrabel c. Hungría*:

“Lastly, the Tribunal recognises that it is an international tribunal established under the ECT and the ICSID Convention, in an international arbitration with no seat or legal place within the European Union and with its award potentially enforceable under the ICSID Convention both within and without the European Union. The Tribunal does not consider that any of these factors affect its conclusions as regards the law applicable to the Parties’ arbitration agreement, the Tribunal’s jurisdiction and the merits of their dispute”<sup>33</sup>.

**21.** Frente a ello, aquellos tribunales en arbitrajes de inversiones no CIADI no se considerarían *internacionales* sino que estarían sometidos a las consideraciones de los arbitrajes comerciales a efectos de sede. Así, en el asunto *Eureko c. Eslovaquia*, con sede en Frankfurt, el tribunal declaró que:

“This second stage operates both under international law and, here, also under German law as the *lex loci arbitri* applying to UNCITRAL arbitration proceedings where the agreed place of arbitration is Frankfurt in the Federal Republic of Germany (within the meaning of Article 16 of the UNCITRAL Arbitration Rules and § 1043 of the German Arbitration Law, the Tenth Book of the German Code of Civil Procedure). As a result, this is a German arbitration; and this Tribunal is an ad hoc German arbitration tribunal subject to German law and not an international tribunal (such as an ICSID tribunal under the 1965 Washington Convention). Germany is a founding member of the EU; and German law includes, of course, EU law”<sup>34</sup>.

**22.** La falta de “sede” arbitral en los procedimientos CIADI provoca dos efectos principales sobre sus laudos:

- a) De un lado, la anulación del laudo CIADI no se ventila ante los tribunales estatales de la “sede” del arbitraje –no hay “sede”, como hemos indicado– sino ante Comisiones *ad hoc* ex art. 52 del Convenio CIADI; que son propiamente nuevos tribunales arbitrales CIADI y que

<sup>30</sup> Vid. A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *R. des. C.*, vol. 136, 1972, pp. 331-410, pp. 399-404, en pp. 349, 364, 366.

<sup>31</sup> Artículo 18 del Convenio: “El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de: (a) contratar, (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos, (c) comparecer en juicio”. Vid. C. H. SCHREUER con L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>32</sup> Como dicen C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 55, párr. 3.34: “The *lex arbitri* of an ICSID arbitration is the ICSID Convention itself. Thus, the rules of law pursuant to which the arbitration is conducted are supplied by the Convention as interpreted under principles of public international law”.

<sup>33</sup> *Electrabel, S.A. c. Hungría* (caso CIADI No. ARB/07/19), Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, párr. 4.199, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>34</sup> *Eureko, BV c. Eslovaquia* (caso PCA no. 2008-13, reglamento CNUDMI [UNCITRAL]), Laudo sobre jurisdicción, arbitrabilidad y suspensión de 26 de octubre de 2010, párr. 224, disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

tienen el mismo rango o naturaleza jurídica de tribunal *internacional* que el tribunal arbitral que dictó el laudo atacado.

- b) De otro lado, la ejecución del laudo no está condicionada por la obtención de un exequátur previo en caso de que quiera solicitarse su ejecución forzosa en un Estado distinto al de la “sede”<sup>35</sup>. No nos encontramos, en puridad, ante un laudo que circule “horizontalmente” desde el “Estado de la sede del arbitraje” al Estado requerido sino ante un laudo que circula “verticalmente” desde una institución internacional al Estado requerido que es parte contratante del Convenio.

**23.** De esta manera podemos llegar a afirmar que un laudo CIADI tiene un carácter *internacional*<sup>36</sup>, equivalente al de una sentencia de un alto tribunal internacional<sup>37</sup> como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>38</sup>, que lo aleja notoriamente de la lógica de Derecho internacional privado basada en el exequátur del Convenio de Nueva York<sup>39</sup> que rige en el arbitraje comercial internacional (y aun en el arbitraje de inversiones no CIADI, incluido el del Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro<sup>40</sup>). Ha sido subrayado por la doctrina que las sentencias de estos altos tribunales tienen unos “mecanismos propios de producción de efectos” de conformidad con su tratado constitutivo<sup>41</sup>, lo que provoca que su ejecución se aleje de la citada lógica internacional-privatista. Lo mismo se puede decir de los laudos CIADI bajo el Convenio.

## B. Título ejecutivo: el laudo más la certificación del Secretario General del CIADI

**24.** El art. 54.1 del Convenio viene complementado por el art. 54.2, que dispone lo siguiente:

“La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General”.

**25.** Esta disposición tiene un objetivo muy claro, cual es definir el título ejecutivo susceptible de ejecución forzosa. Dicho título vendrá conformado por (i) el laudo arbitral (ii) debidamente certificado por el Secretario General del CIADI. Con esa única documentación, extremadamente fácil de conseguir

<sup>35</sup> Traemos aquí la idea plasmada *supra* en la nota al pie 26.

<sup>36</sup> Así fueron tratados los laudos CIADI en su curso por A. GIARDINA, “La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux”, *R. des C.*, vol. 165, 1979, pp. 233-352, en pp. 246, 274-276. No aparece este tratamiento, sin embargo, en la exposición del padre del Convenio, A. BROCHES, *Op. cit.*, pp. 399-404.

<sup>37</sup> Algunos autores califican las resoluciones emitidas por estos tribunales como “extranjeras” en la medida en que han sido pronunciadas por “autoridades no españolas”. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 14ª. ed., 2013, vol. I, p. 530.

<sup>38</sup> La coincidencia de la naturaleza jurídica de los laudos CIADI con las sentencias del TEDH, *mutatis mutandis*, no es una casualidad. Dejando al margen el hecho de que el TEDH es un órgano permanente y el CIADI no es más que un secretariado que administra tribunales no permanentes, lo cierto es que el TEDH y un tribunal arbitral CIADI (sobre todo en el caso de basar su competencia en un APPRI) cumplen la misma función de alto interés público: la fiscalización, bajo un tratado internacional, de los actos y omisiones de los Estados hacia los particulares.

<sup>39</sup> Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (para España: BOE nº 164, de 11 de julio de 1977; corrección al texto español en BOE nº 249, de 17 de octubre de 1986).

<sup>40</sup> De hecho, el art. 19 del Reglamento del Mecanismo Complementario exige que la sede del arbitraje esté situada en un Estado parte del Convenio de Nueva York. Para observar la fijación de la sede en arbitrajes bajo el Mecanismo Complementario *vid.*, por todos, *Telefónica, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI No. ARB(AF)/12/4), Resolución Procesal no. 1, de 8 de julio de 2013, pár. 9.1 (Washington, DC), disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1543.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>41</sup> M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2ª. ed., 2007, p. 582. Otros autores han sido más tajantes; *vid.* Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 9ª. ed., 2007, p. 737: “*Les décisions issues de juridictions internationales soulèvent des difficultés qui ressortissent à l'étude du droit international public*”.

para la parte del procedimiento arbitral interesada en la ejecución del laudo<sup>42</sup>, el interesado puede presentar una demanda ejecutiva en el Estado contratante del Convenio en que considere oportuno llevar a cabo su ejecución forzosa.

26. En el asunto *Pey Casado* que aquí tratamos los demandantes presentaron sin más ante el Juzgado nº 101 una demanda ejecutiva acompañada de una copia certificada del Laudo ante el tribunal que, conforme a la *lex fori*, es competente para conocer de ejecuciones forzosas de títulos<sup>43</sup>. Según se desprende del Auto de 6 de marzo de 2013, el Juzgado consideró que el laudo arbitral CIADI (aunque sin referencia expresa a su certificación por el Secretario General del Centro) era un título ejecutivo de los comprendidos en el art. 517 LEC:

“...y siendo el título que se acompaña susceptible de ejecución, de conformidad con el artículo 517 de la L.E.C.”.

En este sentido entendemos que el Juzgado se estaba refiriendo en concreto al art. 517.2.2º LEC<sup>44</sup> en relación con el art. 523.1 LEC<sup>45</sup> (en este último caso por remisión al Convenio).

27. En particular, es interesante subrayar que la configuración del título ejecutivo en el Convenio es la misma que actualmente se está utilizando por la Unión Europea, *mutatis mutandis*, en diversos instrumentos de Derecho internacional privado en los que se ha eliminado el exequátur para la ejecución en un Estado Miembro de resoluciones judiciales y extrajudiciales procedentes de otros Estados Miembros (lo que ha sido denominado por la doctrina como el “anti-exequátur”<sup>46</sup>). En todos esos instrumentos el título ejecutivo ha sido definido de la misma manera: una resolución dictada en un Estado Miembro de la UE que va complementada por un certificado adjunto que es emitido por un tribunal del Estado Miembro de origen, no por el del Estado Miembro requerido<sup>47</sup>. Así<sup>48</sup>:

<sup>42</sup> La certificación del Secretario General del CIADI acompaña como portada al laudo arbitral cuando es notificado a las partes. Vid. artículo 49.1 del Convenio: “El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión”. Asimismo, artículo 11: “El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro (...), y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos”.

<sup>43</sup> No compartimos, por tanto, la recomendación de obtener *ad cautelam* un reconocimiento automático del laudo arbitral ante el Tribunal Superior de Justicia con anterioridad a la interposición de una demanda de ejecución forzosa. Cfr. B.M. CREMADES JR., “Courts with Jurisdiction to Recognize and enforce Foreign Arbitral Awards in Spain under the 2011 Amendments of the Spanish Arbitration Law”, *Spain Arbitration Review*, vol. 16, 2013, pp. 5-17, en p. 14.

<sup>44</sup> “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

<sup>45</sup> “Para 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”.

<sup>46</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, p. 540.

<sup>47</sup> Un estadio previo al “anti-exequátur” es el llamado “exequátur de plano”, en el que la parte interesada presenta una decisión extranjera ante la correspondiente autoridad del Estado requerido, que se limita a verificar la regularidad formal del documento previamente al procedimiento de ejecución forzosa. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, p. 540. Esta figura es la que rige, aunque para decisiones *internacionales*, en el art. 299 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) para la ejecución en los Estados Miembros de la UE de actos del Consejo, de la Comisión, del Banco Central Europeo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por remisión del art. 280 TFUE) que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados. J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 228-232, señala este art. 299 (sucesivamente art. 192 y art. 256 TCE) como precedente e influencia del art. 54.1 del Convenio manifestando que “el laudo del CIADI es al mismo tiempo una sentencia internacional y un título ejecutivo que sí puede ejecutarse de plano, sin necesidad de exequatur, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados contratantes (p. 232). De ahí que ese autor recomendara en su estudio que fuera el Ministro de Justicia, encargado de comprobar la autenticidad y extender la fórmula ejecutoria en los títulos emanados de las instituciones de la UE, quien fuera designado en España como autoridad para ejercer las mismas funciones sobre los laudos CIADI en una suerte de exequátur de plano (p. 249). Sin embargo, el Convenio fue redactado de una manera un tanto distinta, que en materia de ejecución forzosa lo encasilla en el denominado “anti-exequátur”.

<sup>48</sup> Sobre alguno de estos instrumentos *vid.*, sin ánimo de exhaustividad, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pp. 592-606; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 265-270.

- a) En el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre<sup>49</sup>, gozan de fuerza ejecutiva directa:
- las resoluciones sobre derecho de visita de menores a las que se refiere el art. 41.1 del Reglamento en relación con el art. 40.1.a), donde el título ejecutivo consistirá en (i) la resolución judicial más (ii) el “certificado referente al derecho de visita” confeccionado conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo III del Reglamento; y,
  - las resoluciones sobre restitución de un menor a las que se refiere el art. 42.1 del Reglamento en relación con el art. 40.1.b), en cuyo caso el título ejecutivo constará de (i) la resolución judicial más (ii) el “certificado relativo a la restitución del menor” confeccionado conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo IV del Reglamento.
- b) En el Reglamento 805/2004, de 21 de abril<sup>50</sup>, sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el título ejecutivo será (i) la resolución más (ii) el “certificado de título ejecutivo europeo” confeccionado conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo I del Reglamento<sup>51</sup>.
- c) En el Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre, del proceso monitorio europeo<sup>52</sup>, el título ejecutivo viene dado por (i) una resolución judicial denominada “requerimiento europeo de pago” expedida conforme al formulario E que figura en el anexo V del Reglamento<sup>53</sup> más (ii) una “declaración de ejecutividad” emitida conforme al formulario G que figura en el anexo VII del Reglamento<sup>54</sup>.
- d) En el Reglamento 861/2007, de 11 de julio, del proceso europeo de escasa cuantía<sup>55</sup>, el título ejecutivo vendrá conformado por (i) la resolución judicial más (ii) el “certificado relativo a una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía” confeccionado conforme al modelo de formulario D que figura en el Anexo IV del Reglamento<sup>56</sup>.
- e) Finalmente, en el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, sobre alimentos<sup>57</sup>, se prevé la eliminación del exequátur para las resoluciones dictadas en un Estado miembro de la UE vinculado por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. En este caso el título ejecutivo será (i) la resolución o transacción judicial más (ii) un “extracto” de la resolución o transacción expedido conforme al Anexo I del Reglamento<sup>58</sup>.

**28.** En el caso del CIADI la certificación que emite el Secretario General carece de cualquier sofisticación y se limita a una mera portada introductoria con la firma de la autoridad certificante. En vista de los avances registrados en la certificación de resoluciones en origen a los efectos de evitar procedimientos inter-

<sup>49</sup> Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO n° L 338, de 23 de diciembre de 2003; corrección de errores, DO n° L 82, de 22 de marzo de 2013).

<sup>50</sup> Reglamento (CE) n° 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO n° L 143, de 30 de abril de 2004). Anexos redactados conforme al Reglamento (CE) n° 1869/2005, de la Comisión, de 16 de noviembre de 2005 (DO n° L 300, de 17 de noviembre de 2005).

<sup>51</sup> O bien conforme al Anexo II en los casos de transacciones judiciales (art. 24) o al Anexo III en los casos de documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 25).

<sup>52</sup> Reglamento (CE) n° 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO n° L 399, de 30 de diciembre de 2006). Anexos redactados conforme al Reglamento 936/2012, de la Comisión, de 4 de octubre de 2012 (DO n° L 283, de 16 de octubre de 2012).

<sup>53</sup> Vid. art. 12 del Reglamento (“Expedición de un requerimiento europeo de pago”).

<sup>54</sup> Vid. art. 18 del Reglamento (“Ejecutividad”).

<sup>55</sup> Reglamento (CE) n° 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO n° L 199, de 31 de julio de 2007).

<sup>56</sup> Vid. art. 20 del Reglamento (“Reconocimiento y ejecución”).

<sup>57</sup> Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO n° L 7, de 10 de enero de 2009; correcciones de errores, DO n° L 131, de 18 de mayo de 2011; y DO n° L 8, de 12 de enero de 2013).

<sup>58</sup> Vid. arts. 17 (“Supresión del exequátur”) y 20 (“Documentos a efectos de la ejecución”).



**31.** España –sin sorpresas– no ha efectuado ninguna designación al efecto, por lo que resultarán aplicables las disposiciones generales de su legislación. Esta cuestión requiere, a nuestro juicio, una sutil distinción que cobra más importancia dada la situación actual de España como Estado demandado ante el CIADI (y aun en otros arbitrajes de inversiones):

- a) En el caso de que se inste la ejecución forzosa en España de un laudo CIADI contra un tercer Estado, está en línea con la práctica procesal que la solicitud de ejecución se ventile ante los Juzgados de Primera Instancia, al igual que sucede cuando se pretende la ejecución forzosa de una resolución judicial contra un Estado extranjero<sup>65</sup>.
- b) No obstante, cabe preguntarse si en el caso de que se inste la ejecución *forzosa* en España de un laudo CIADI contra la propia España (i) no deberían ser mejor los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los que examinaran la petición de ejecución forzosa; y (ii) que lo hicieran directamente sin necesidad de que el solicitante de la ejecución hubiera tenido que iniciar previamente un procedimiento administrativo ante una autoridad del Estado y después de que esta no hubiera admitido la solicitud de pago de las obligaciones pecuniarias contenidas en el laudo<sup>66</sup>. Aceptar esta tesis obligaría a hacer modificaciones en la legislación interna.

Nótese que esto mismo es predicable también de la ejecución *forzosa* de aquellos laudos en arbitrajes de inversión no CIADI eventualmente dictados contra España, aclarando no obstante que necesitarían obtener el exequátur previo conforme al Convenio de Nueva York.

**32.** En el asunto *Pey Casado* la cuestión del tribunal competente entendemos fue analizada por el Juzgado nº 101 bajo el art. 955.III LEC 1881. Esta disposición, redactada en su versión vigente a la fecha de la solicitud conforme a la Ley 11/2011<sup>67</sup>, distingue entre (i) la competencia objetiva para conocer del reconocimiento del laudo (exequátur), que ha sido encomendada a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y (ii) la competencia objetiva para el despacho de la ejecución, que pertenece a los Juzgados de Primera Instancia<sup>68</sup>. En este caso los demandantes obviaron la primera parte del artículo en tanto que no era necesario ningún exequátur en España para la ejecución forzosa del Laudo, como hemos explicado; y abrieron directamente ésta última ante un Juzgado de Primera Instancia<sup>69</sup>.

**33.** Finalmente, la competencia territorial, en tanto que la demandada en el Laudo y en el procedimiento de ejecución forzosa es la República de Chile, debe entenderse otorgada al Juzgado nº 101 por el art. 955.I *in fine* LEC 1881 que se refiere al

“lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones [y los laudos y resoluciones arbitrales extranjeros] deban producir sus efectos”<sup>70</sup>.

---

*Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited* (caso CIADI No. ARB/98/8), *Government of the Province of East Kalimantan (Indonesia) c. PT Kaltim Prima Coal and others* (caso CIADI No. ARB/07/3), *República de Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* (caso CIADI No. ARB/13/24).

<sup>65</sup> Incluso, como es sabido, ante el orden jurisdiccional social en casos de Derecho del trabajo (despidos de empleados por parte de Embajadas o Consulados acreditados ante el Reino de España).

<sup>66</sup> So pena de introducir un obstáculo a la obligación de ejecutar voluntariamente el laudo por parte del Estado bajo el art. 53.1 del Convenio, lo que contravendría la norma consuetudinaria recogida en el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecho el 23 de mayo de 1969 (para España, BOE nº 142, de 13 de junio de 1980).

<sup>67</sup> *Vid. supra* nota 1.

<sup>68</sup> “La competencia para el reconocimiento de los laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, corresponde, con arreglo a los criterios que se establecen en el párrafo primero de este artículo, a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, sin que quepa ulterior recurso contra su decisión. La competencia para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, con arreglo a los mismos criterios”.

<sup>69</sup> Hace unos años, E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 335-336, ya propuso –correctamente– que la parte que desease ejecutar un laudo CIADI en España acudiese directamente ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente donde “una vez comprobada que la copia del laudo presentada es auténtica, el juez de primera instancia otorgaría la ejecución”.

<sup>70</sup> *Vid. infra* sección III.

## B. Ley aplicable al procedimiento de ejecución forzosa

34. Por su parte, es la legislación procesal española, por mor del principio *lex fori regit procesum* recogido en el art. 54.3 del Convenio CIADI (y en los arts. 3 y 523.2 de la LEC<sup>71</sup>), la que resulta aplicable al procedimiento de ejecución *forzosa*:

“El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

35. Es esta legislación la que establece los pasos para la ejecución forzosa del laudo, incluyendo los requisitos y el procedimiento a seguir (incluida la posibilidad de oponerse a la ejecución forzosa). Queden reproducidas aquí las consideraciones *de lege ferenda* sobre los tribunales del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo efectuadas *supra* para los casos de ejecución forzosa en España de laudos contra España (CIADI o no).

## III. Ejecución de obligaciones pecuniarias y medidas concretas de ejecución

36. El Auto y el Decreto aquí comentados presentan también cierto interés en punto a las medidas concretas dictadas para la ejecución forzosa del Laudo, que comentaremos, no obstante, de manera sucinta y con las cautelas necesarias por cuanto el procedimiento sigue pendiente ante el Juzgado nº 101 a fecha de cierre de esta nota. Pero también por la presencia de otras resoluciones CIADI que materialmente son laudos arbitrales y que no está claro cómo se han tratado de ejecutar o hacer valer en España.

### 1. Orden general de ejecución contra la República de Chile

37. Por un lado, el Auto del Juzgado nº 101 de 6 de marzo de 2013<sup>72</sup> contiene la siguiente mención en su parte dispositiva:

“Se despacha ejecución por importe de 3.045.579,35 \$ USA en concepto de principal, más 783.584.30 \$ USA de intereses ordinarios y moratorios vencidos, más otros 1.146.467 \$ USA euros [*sic*] que se fijan provisionalmente en concepto de intereses en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta, sin perjuicio de su posterior liquidación”.

38. La cantidad por la que se despacha ejecución contra la República de Chile (3.045.579,35 dólares estadounidenses) es la suma de las que figuran en los apartados 5 y 6 de la parte dispositiva del Laudo de 8 de mayo de 2008 y se refieren a una condena en costas impuesta a la República de Chile en el procedimiento arbitral inicial. Esta partida no fue anulada por la Comisión *ad hoc* que resolvió la solicitud de anulación del Laudo a finales de 2012<sup>73</sup> y que, sin embargo, sí declaró la nulidad parcial del mismo Laudo en cuanto al cálculo de daños efectuado por el tribunal arbitral como consecuencia de la existencia de una vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo del APPRI<sup>74</sup>.

39. Al parecer la cuantía de los daños determinada por el tribunal arbitral original en el Laudo no gustó a ninguna de las partes: a la República de Chile, por no haber sido bien argumentada por parte del tribunal arbitral; y a los demandantes, por ser insuficiente. Mientras que la República de Chile instó y ganó la *anulación* parcial del Laudo en este punto (con imposición de costas en parte a los demandantes

<sup>71</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pp. 537-538.

<sup>72</sup> *Vid. supra* nota al pie 2.

<sup>73</sup> *Vid. supra* nota al pie 17.

<sup>74</sup> Esto ha provocado un nuevo procedimiento arbitral iniciado por los demandantes otra vez ante el CIADI el 8 de julio de 2013 ex art. 52.6 del Convenio. El comienzo tuvo lugar dos meses antes de que la Comisión *ad hoc* emitiera la Decisión de 11 de septiembre de 2013 referida *supra* en la nota al pie 17.

por valor de 373.637,78 dólares estadounidenses)<sup>75</sup>, los demandantes instaron una solicitud de *revisión* del mismo bajo el art. 51 del Convenio. Esta pretensión fue resuelta negativamente por el tribunal original cuando ya había sido puesta en marcha la solicitud de anulación; la desestimación de la pretensión provocó que en la Decisión sobre Revisión<sup>76</sup> el tribunal impusiera las costas del incidente a los demandantes (por valor de 201.305,11 dólares estadounidenses). En consecuencia, al tiempo de producirse la solicitud de ejecución forzosa del Laudo en España las partes eran acreedoras y deudoras de manera recíproca de las costas de diversos incidentes (tanto en principal como en intereses).

**40.** En una llamativa Decisión de 16 de mayo de 2013 sobre la suspensión de la ejecución de las partes no anuladas del Laudo<sup>77</sup>, la Comisión *ad hoc*, que ya había resuelto sobre la anulación parcial del Laudo y que tenía pendiente resolver una solicitud de decisión suplementaria, tuvo en cuenta este cruce de créditos:

- a) Por un lado, *recomendó* (que no *obligó*) a los demandantes que suspendieran el procedimiento de ejecución forzosa en marcha en el Juzgado nº 101.
- b) Por otro lado, *recomendó* (que no *ordenó*)<sup>78</sup> a la República de Chile pagar “*inmediatamente*” 2.470.684,89 dólares estadounidenses, cantidad resultante de la compensación de los créditos de costas entre las partes y tildada por la Comisión *ad hoc* como “suma no controvertida”, en la medida en que la propia República de Chile se había ofrecido a pagar esa cantidad a las demandantes en sus escritos procesales<sup>79</sup>:

“No obstante, el Comité considera que sería beneficioso para todas las Partes si cumplieran con sus obligaciones correspondientes en virtud del Laudo, la Decisión sobre Revisión y la Decisión sobre Anulación. Si bien las Partes se encuentran en desacuerdo sobre la cuestión específica de los intereses que pueden deberse, en su caso, las mismas no cuestionan los montos principales. En consecuencia, el Comité recomienda que la Demandada le pague a las Demandantes la suma “no controvertida” de USD 2.470.684,89, que es la suma total de las varias obligaciones de las Partes, como se describe en la tabla a continuación”<sup>80</sup>.

**41.** Consta que en el procedimiento de ejecución forzosa en el Juzgado nº 101 la República de Chile formuló una razonable oposición a la ejecución despachada por causa del citado cruce de créditos.

<sup>75</sup> Vid. J. Á. RUEDA GARCÍA, “La revisión y la anulación de las decisiones arbitrales”, en “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero-diciembre de 2012)”, *REEI*, nº 25, 2013, pp. 64-80, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org) (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>76</sup> Decisión de 18 de noviembre de 2009. Disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0656.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014).

<sup>77</sup> Disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1432.pdf> (consulta: 12 de enero de 2014). La solicitud de decisión suplementaria fue presentada por Chile para que se aclararan los intereses moratorios a pagar por las distintas condenas en costas (*vid.* pár. 2). La Comisión *ad hoc* rechazó la solicitud de suspensión de la ejecución forzosa de las partes no anuladas del Laudo por varias razones (*vid.* párs. 32-44), pero especialmente por lo siguiente: “*Sobre todo, el Comité observa la naturaleza obligatoria de los laudos estipulada en el Artículo 53 del Convenio. La anulación y otros recursos posteriores al laudo son la excepción. Como menciona el Informe sobre el Mecanismo de Anulación del Secretariado del CIADI Transmitido a los Estados Contratantes, “[l]os distintos recursos previstos por el Convenio del CIADI reflejan la elección deliberada de los redactores del Convenio respecto de garantizar el carácter definitivo de los laudos”. Cuando un procedimiento de anulación o revisión se instituye, la presunción es que el laudo debe ejecutarse. La suspensión de la ejecución del laudo es la excepción otorgada solo cuando las circunstancias específicas del caso lo requieran*” (pár. 40; notas omitidas).

<sup>78</sup> Al parecer las propias demandantes argumentaron ante la Comisión *ad hoc* que no había ninguna norma en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje que permitiera a aquella obligar a la República de Chile a pagar la “suma no controvertida”. *Vid.* la Decisión *cit. supra* nota al pie 77, pár. 17. Sin embargo, la República de Chile había argumentado lo contrario (*sic*); *vid. infra* nota al pie 79.

<sup>79</sup> Decisión *cit. supra* nota al pie 77, pár. 11: “*La República ofrece pagar a las Demandantes la suma que incuestionablemente le debe a las Demandantes (USD 2.470.684,89), para demostrar buena fe hacia el cumplimiento de la Decisión sobre Anulación y del Laudo, y solicita que el Comité emita una orden a través de la cual exija el pago de la suma no controvertida para cumplir con los requisitos jurídicos y administrativos de la República*” (notas omitidas).

<sup>80</sup> *Ibidem*, pár. 46.

tos, llegando incluso a acusar de mala fe procesal a los demandantes por cuanto, a su juicio, ocultaron pretendidamente la existencia de la citada condena en costas en la Decisión sobre Revisión y aun la cesión de los créditos a favor de la hija del Sr. Pey Casado. A pesar de lo anterior, en el Auto de 4 de julio de 2013<sup>81</sup> el Juzgado aceptó íntegramente la tesis de los demandantes y estimó su impugnación de la oposición<sup>82</sup>:

- a) por un lado, porque la mala fe procesal no es un motivo de oposición a la ejecución bajo el art. 556 LEC; y,
- b) por otro lado, porque los demandantes en su demanda de ejecución forzosa habían aportado todos los datos relevantes para la ejecución de las obligaciones pecuniarias del Laudo:

“En primer lugar la parte actora ha incluido en la demanda de ejecución todos los datos necesarios para que pueda despacharse la misma. Todas las condenas recogidas en el laudo, constan al haber aportado, tanto el laudo dictado como la resolución dictada el 18 de diciembre de 2012, por la que se resuelve la anulación solicitada por la Republica de Chile. En consecuencia no ha habido ocultación. Tampoco existe ocultación en cuanto a las cantidades, puesto que el laudo las recoge expresamente; Por último tampoco ha existido ocultación de la cesión del crédito, puesto que se ha procedido a la sucesión procesal a instancia de la parte actora, con aportación de la documentación necesaria. No habiendo existido ocultación de ningún tipo en orden al despacho de la ejecución, no procede apreciar la mala fe. En cuanto al procedimiento de suplementación [*sic*], es de fecha posterior a la presentación de la demanda, y en cualquier caso la resolución de 18 de diciembre de 2012 recoge expresamente la firmeza de la pronunciamientos cuya ejecución se ha solicitado” (FJ. 3).

**42.** En este pasaje del Auto se aprecia cierto *non sequitur* en el razonamiento. Ciertamente el Juzgado se fijó en las cantidades recogidas en los apartados 5 y 6 del Laudo y en su exigibilidad tras la Decisión sobre Anulación de 18 de diciembre de 2012 pero no hizo la menor referencia a las cantidades recogidas en la Decisión sobre Revisión de 18 de noviembre de 2009 y en la Decisión sobre Anulación que son, sin duda, condenas a los demandantes susceptibles de rebajar el importe de la ejecución despachada contra la República de Chile<sup>83</sup>. Ni siquiera mencionó que la compensación no se puede hacer valer en España como causa de oposición a la ejecución de títulos judiciales o arbitrales o de acuerdos de mediación ex art. 556 LEC.

**43.** Desconocemos en este punto el modo en que la República de Chile haya tratado de hacer valer tanto la Decisión sobre Revisión como la Decisión sobre Anulación o si ha intentado la ejecución forzosa de ambas en España contra los demandantes en un procedimiento autónomo o, incluso, con solicitud de acumulación de procesos a los autos aquí comentados. Hemos de resaltar que tanto la Decisión sobre Revisión como la Decisión sobre Anulación, de acuerdo con el art. 53.2 del Convenio, gozan exactamente de la misma naturaleza jurídica que el Laudo<sup>84</sup>; bastando para instar su ejecución forzosa en un Estado contratante del Convenio, como hemos visto *supra*, su aportación junto con las certificaciones del Secretario General del CIADI que las acompañaron como portada cuando fueron notificadas a las partes.

<sup>81</sup> *Vid. supra* nota al pie 10.

<sup>82</sup> En el FJ.4 se observa cómo el Juzgado rechazó otras excepciones planteadas por la República de Chile: la falta de respeto al plazo de espera de 20 días que fija el art. 548 LEC antes del despacho de ejecución, la falta de firmeza de la resolución cuya ejecución se había instado y la nulidad del despacho de ejecución por no ser líquida la cuantía contenida en el título ejecutivo.

<sup>83</sup> Máxime cuando, según la Decisión de la Comisión *ad hoc* de 16 de mayo de 2013, *cit. supra* nota al pie 77, “*Las Demandantes ofrecen suspender el procedimiento de ejecución en España si la Demandada paga el principal y los intereses debidos en virtud del Laudo luego de la sustracción de las sumas debidas por las Demandantes de conformidad con las Decisiones de Revisión y Anulación. Además, están preparadas para entregar una garantía bancaria por el monto equivalente a los intereses acumulados hasta que el Comité dicte su decisión sobre la Solicitud de Decisión Suplementaria*” (pár. 21; notas omitidas).

<sup>84</sup> “*A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los artículos 50, 51 ó 52*”.

## 2. Medidas de ejecución

44. Por otro lado, en el Decreto de 6 de marzo de 2013<sup>85</sup>, dictado al amparo del art. 551.3 LEC, se contienen las medidas ejecutivas concretas que fueron consideradas procedentes para la ejecución del Laudo, así como un requerimiento a la ejecutada para que en el plazo de diez días manifestase “relacionadamente” bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución. Respecto de las medidas ejecutivas el Juzgado ordenó<sup>86</sup>:

“El embargo de los bienes propiedad de la ejecutada, designados por la ejecutante, en concreto:

- a) Embargo de las cantidades que corresponden a la República de Chile (...) Líbrese el oportuno oficio.
- b) El embargo de fondos o créditos que (...) a favor del Estado de Chile.
- c) El embargo del saldo existente (...) a favor de la demandada, librándose al efecto los despachos necesarios para su efectividad”.

45. En este sentido es necesario recordar que el Convenio CIADI no se pronuncia sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad de ejecución de la que puedan gozar los bienes del Estado contra el que se haya dictado un laudo CIADI y que pueda hacer valer en trámite de la oposición a la ejecución forzosa del laudo. En efecto, el art. 55 del Convenio establece como sigue:

“Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

46. Por lo tanto, serán las normas vigentes en España sobre inmunidad de ejecución de bienes de Estados extranjeros las que determinen si los activos señalados por los ejecutantes están o no amparados por la inmunidad de ejecución y, por tanto, si son susceptibles de ejecución forzosa en España. Por el momento es una cuestión que está abierta en el mismo Juzgado nº 101 y que merecerá un comentario a su debido tiempo.

## IV. Conclusiones y comentario final

47. A nuestro juicio, el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid ha acertado al ordenar la ejecución forzosa del Laudo del asunto *Pey Casado* contra la República de Chile sin exigir previamente la obtención de un exequátur. Ello se debe a haber tenido en cuenta las características especiales que presentan los laudos CIADI bajo el Convenio de Washington y que son notoriamente distintas a las de los demás laudos arbitrales: no existe ninguna “sede”, por lo que los laudos tienen una naturaleza jurídica internacional semejante a las resoluciones de los altos tribunales internacionales; y no necesitan de un exequátur previo para su ejecución forzosa en un Estado contratante del Convenio CIADI, pues no circulan horizontalmente de un Estado a otro sino verticalmente de una institución internacional a un Estado parte en su tratado constitutivo y se le reconoce fuerza ejecutiva en el propio Convenio.

48. El hecho de que la ejecución forzosa del Laudo se haya instado en España (Estado Miembro de la Unión Europea) ha permitido reflexionar sobre algunos aspectos de la legislación vigente para la ejecución de estos títulos:

- a) En cuanto a la documentación requerida, la ejecución de un laudo CIADI se asemeja a la prevista en los modernos instrumentos de Derecho internacional privado promulgados por

<sup>85</sup> *Vid., supra*, nota al pie 3.

<sup>86</sup> Los espacios entre corchetes aquí incluidos denotan las partes censuradas con bandas negras en la versión publicada del Decreto.

la Unión Europea en los que se aplica el denominado “anti-exequátur”. No obstante, la certificación del Secretario General del CIADI que acompaña a los laudos y decisiones equiparables bajo el Convenio dista de la sofisticación de los mecanismos previstos en aquellos instrumentos, por lo que el juzgado competente tiene que hacer cierto acto de fe en torno a la validez de la certificación si no está familiarizado con el arbitraje de inversiones CIADI.

- b) En cuanto al procedimiento de ejecución en sí, cabe preguntarse si los incidentes que se están ventilando ante el orden jurisdiccional civil contra un Estado extranjero (la República de Chile) podrían repetirse con la misma flexibilidad si la ejecución se despachara contra España en caso de que ésta decidiera no acatar una condena en un laudo de inversiones (CIADI o no CIADI) y se instara su ejecución forzosa ante los tribunales españoles.
- c) La ejecución forzosa del Laudo, así como los últimos coletazos de su anulación ante una Comisión *ad hoc* del CIADI, han servido asimismo para poner de manifiesto los problemas que la legislación española plantea para la ejecución ordenada y eficiente de otras decisiones emitidas por tribunales arbitrales CIADI que gozan de los mismos privilegios bajo el Convenio para su ejecución por ser materialmente laudos CIADI.

**49.** Las partes en el procedimiento arbitral llevan quince años batallando en todos los frentes. La ejecución forzosa del Laudo y, en su caso, de la Decisión sobre Revisión y la Decisión sobre Anulación, en modo alguno pondrán fin a esta guerra sin precedentes en la historia de los arbitrajes CIADI: acaba de empezar el nuevo procedimiento arbitral instado por los demandantes ante el Centro para determinar el importe de la indemnización a que tienen derecho por la vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo reconocida en el Laudo y no anulada por la Comisión *ad hoc*. En todo caso, el procedimiento abierto ante el Juzgado nº 101 de Madrid al menos está sirviendo para probar la eficacia de los tribunales españoles en este tipo de procedimientos y en general para examinar el encaje en nuestro sistema legal de estos títulos ejecutivos tan peculiares. Suponemos que, en vista de la gran publicidad que los demandantes han dado a este procedimiento, tendremos noticia del desenlace de eventuales recursos contra las decisiones adoptadas por el Juzgado nº 101; será entonces el momento de retomar este comentario.

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*, n° 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) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *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).