

ESTUDIOS	El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA	5
	Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción? LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO	50
	Le clausole “gravemente inique” per il creditore nei contratti commerciali internazionali: note sui rapporti fra la Direttiva 2011/7/UE e il Regolamento Roma I” PIETRO FRANZINA	75
	El Derecho Procesal Civil Europeo <i>comparece</i> ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos <i>Povse c. Austria</i> y <i>Avotiņš c. Letonia</i> FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI	91
	Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima MIGUEL GÓMEZ JENE	112
	Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	130
	Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	147
	Las patentes sobre ‘second generation products’ utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ	175
	El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE M ^a DOLORES ORTIZ VIDAL	201
	Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell’ordinamento italiano GIULIA ROSSOLILLO	245
	En busca de una alternativa al <i>trust</i> para articular planes de participación financiera: <i>Employee Stock Ownership Plans</i> (ESOPS) GEMA TOMÁS MARTÍNEZ	255
	La identificación de la empresa en el etiquetado de productos alimenticios comercializados en la Unión Europea JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ	290

VARIA	Competencias exclusivas en materia civil y mercantil y libre circulación de decisiones en el espacio judicial europeo CELIA CARRILLO LERMA	304
	Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	315
	La tutela delle indicazioni geografiche qualificate dei prodotti agroalimentari non registrate in sede europea: note a Corte di Giustizia UE (IX Sezione), 8 maggio 2014, causa C-35/13 FEDERICA FALCONI	330
	Notas sobre la unidad de mercado en perspectiva internacional y europea CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA	343
	Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	351
	Ilícitos a distancia y bienes inmateriales: la precisión del hecho causal y del concepto de “daño directo” y “daño indirecto” M ^a DOLORES ORTIZ VIDAL	362
	Le immunità degli stati e degli organi statali precludono l’accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso <i>Jones</i> dinanzi alla Corte europea dei diritti umani RICCARDO PISILLO MAZZESCHI	375

SOBRE CDT	Normas de publicación	385
-----------	-----------------------	-----

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

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

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

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)

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

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBETTI
(Univ. Bologna)

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 4.0.42

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

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: tallergraficoyeditorial.com - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

EL FUTURO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: ENTRE EL FRAUDE DE LEY Y EL CORRECTIVO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA

Magistrado de la Audiencia Provincial de León
Profesor asociado de Derecho Civil en la Universidad de León

Recibido: 14.07.2014 / Aceptado: 04.08.2014

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014, ha concluido dentro de nuestro organigrama jurisdiccional –otra cosa será lo que dictamine el TEDH, en su caso– la pugna de dos padres para obtener la inscripción de dos niños, como hijos propios, en el Registro Civil español. Se trataba de un supuesto de maternidad subrogada, contrato celebrado en California, lugar en el que la maternidad por sustitución da lugar al establecimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y el niño nacido de una tercera mujer, con independencia de que el nacido tenga o no material genético de tales comitentes.

Las razones del Tribunal Supremo para denegar la inscripción de una tal filiación en el Registro Civil español, no carecen de peso, pero tampoco son irrefutables. Las necesidades de la sociedad, el carácter abierto de la familia en nuestro ordenamiento, tantas veces proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la necesidad de un status civilis único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos, reclaman hoy que se abra un debate. ¿Debería suprimirse el art. 10 de la LTRA y abordarse una regulación justa del contrato de maternidad de sustitución?

Palabras clave: maternidad subrogada, contrato de maternidad subrogada, madre gestante, padres comitentes, filiación, orden público internacional, normas de policía, estado civil, fraude ley internacional, *forum shopping*, interés superior del menor, dignidad humana, reificación, mercantilización.

Abstract: The Judgment of the Supreme Court, 1st of February 6, 2014, has culminated within our jurisdictional pyramide, whatever could provide in this respect, the struggle of two parents for the registration of their children, in the Spanish Civil Registry. It was a case of surrogacy contract entered into in California, where Maternity substitution results in the establishment of legal ties of filiation between the principals and the child born of a third woman, regardless of whether the baby has or not genetic material of such constituents.

The reasons for the Supreme Court to refuse to register such a parental linkage in the Spanish Civil Registration, do not lack of weight, but are far to be conclusive. The needs of society, the family opened in our legal system, so often proclaimed by the jurisprudence of the Constitutional Court, and the need for a single status civilis for the child born in a state with a scheme of affiliation and taken to another State with a system based in opposing principles, claim today the opening of a deep debate. Should we remove art. 10 LTRA in order to tackle a fair regulation of surrogate motherhood contract?

Keywords: surrogate motherhood, surrogate arrangement, intended parents, filiation, international public policy, civil status, international legal fraud, forum shopping, interests of the child, human dignity, reification, commodification.

Sumario: I. Introducción. II. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. III. El curso de las instancias jurisdiccionales. IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. V. El orden público internacional español. 1. Planteamiento. 2. ¿Un orden público internacional de proximidad o un orden público “Atenuado”? 3. El discurso de la dignidad. 4. ¿Existe un orden público europeo superior al orden público internacional de los Estados miembros? VI. El interés superior de los menores. VII. Implicaciones de la doctrina del Tribunal Supremo. VIII. El fraude de ley y la búsqueda, por los padres comitentes, del foro de conveniencia. IX. Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo. X. El mito de la verdad biológica y las posibilidades de la “filiación intencional”. XI. Modelos de regulación en el derecho comparado. XII. Lo que nos queda por hacer. La necesidad de un debate. XIII. Epílogo: El valor de una intención.

I. Introducción

1. En las últimas décadas hemos asistido a muchos cambios conceptuales y a uno en particular, de la mayor significación para el progreso y la evolución del Ser Humano: el concepto de *familia*.¹ Hemos presenciado la formación de nuevos tipos familiares en los que el matrimonio ha dejado de ser definitivamente la única opción de convivencia, abriendo paso a familias estructuradas en torno a uniones de hecho, heterosexuales u homosexuales, a familias monoparentales, entre otras formas de estructura grupal. El cambio de lo externo –lo que era la familia– y de lo interno –lo que entendíamos por tal– ha venido acompañado de unos avances tecnológicos que están a punto de darle al hombre la clave de la manipulación y gobierno de *la evolución misma de la especie*. Esperanzador horizonte, según algunos. Para otros, frontera peligrosa que convendría cruzar bien pertrechados y con recia armadura. Para una mayoría tan gruesa como respetable, abismo pavoroso con acceso directo a la puerta del *Inferno* de Dante.

El modelo que ha sido hegemónico hasta hace unas décadas, de la familia preordenada en torno a la idea de coito genital heterosexual, no es seguido de forma unánime ni uniforme por los actores sociales, los cuales tienen vivencias e instituciones sociales y jurídicas que no se corresponden con los conceptos de la familia nuclear heterosexual.² Por un lado, a pesar de la tendencia irresistible de cada antropólogo, como ser humano, a analizar los hechos y realidades culturales observadas desde su propio prisma cultural, su ideología, sus vivencias personales, e incluso, admitámoslo, su propio género, finalmente ha prevalecido la necesidad de analizar la familia como una realidad ontológica global, en todas sus posibilidades y manifestaciones. A lo largo de las últimas décadas, hemos asistido a una revolución de los comportamientos en nuestra cultura occidental, en la que el feminismo, la reforma sexual, la expansión de los métodos anticonceptivos y las nuevas técnicas de reproducción asistida, han quebrado el enlace entre *sexualidad y procreación*, abriendo el camino para superar el modelo cultural judeo-cristiano que situaba el coito heterosexual en el centro de la sexualidad, de la reproducción, del parentesco y muy singularmente, del matrimonio.

2. Desde que Atenea naciera de la cabeza del gran Zeus, sin intermediación de ningún elemento femenino, ni divino –ni Hera, la esposa y hermana del soberano del Olimpo– ni humano, los mortales no han dejado de desafiar las leyes de la naturaleza relativas a la procreación, en busca de cauces que nos conviertan en dioses.

Las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, vienen a remediar carencias muy humanas y muy de los tiempos modernos. Los esposos y las parejas que no pueden obtener descendencia, como

¹ Vid. FR. ROTHENBACHER, “Social change in Europe and its impact on family structures”, en Eekelaar, Nhlapo ediciones, *The changing family. Family forms & Family Law*, Oxford, 1.998, pp. 3 y siguientes; G. WHITE, “When children have two fathers: effects of relationships with stepfathers an noncustodial fathers on adolescent outcomes”, *Journal of Marriage and Family*, 2.001, pp. 155 a 167; E. ROCA TRÍAS, “Familia y cambio social”, en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LIII-3, Julio 2000. G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. brevi cenni per le riforme del terzo milenio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1.160 y siguientes; J. GAVIRIA SÁNCHEZ, “Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual”, en *Diario La Ley*, 3 de diciembre de 2001, N° 5431.

² Vid. D. M. SCHNEIDER, *American kinship. A cultural account*, Chicago, 1.980, The University of Chicago Press; M. STRATHERN, *After nature. English kinship in the late twentieth century*, Cambridge, 1.992. Cambridge University Press.

Zeus, sin intermedio de las leyes de la genética, acuden a la adopción, permitida y regulada en sus propios ordenamientos internos o, si cuentan con el respaldo económico necesario, recurren a tomar el cuerpo de una mujer fértil, ajena al proyecto familiar que han forjado, para asegurarse esa descendencia que la naturaleza les ha negado.

Esta última opción requiere dos cauces de realización: uno, *técnico*, consistente en el auxilio de la ciencia médica, puesta al servicio de la reproducción humana asistida. Y el segundo, *jurídico*, el contrato de maternidad subrogada, que ligará a los padres comitentes, movidos por una irreprochable intención procreadora, con una mujer que llevará en su cuerpo el material genético necesario para alumbrar un niño; un niño respecto del cual no podrá afirmarse como *madre*.

3. Muchas cosas han ocurrido en España desde que la Ley 35/1988 proclamara en su artículo 10 que el contrato de maternidad subrogada es nulo y que la condición de madre se fija en Derecho español en virtud del parto (*Criterio gestativo*); de manera que la madre es, en todo caso, la mujer gestante y alumbradora. Entre otras, que la misma fórmula fue llevada dieciocho años después a la ley que se encuentra vigente en la actualidad, la Ley 14/2006 de 26 de mayo. Pero tenemos que poner el acento ahora en un posicionamiento mantenido por la jurisprudencia de la DGRN que ha hecho posible que, durante años, las parejas españolas imposibilitadas de tener descendencia por sí, incluyendo a las homosexuales, hayan viajado a Estados en que se contemplaba la validez del contrato de maternidad por sustitución y se fijaba la filiación de los niños nacidos de la *madre portante* o de la *madre gestante*, en virtud de las técnicas de reproducción asistida, a favor de los comitentes o subrogantes.

Esa posibilidad, con un enfoque sustentado en el reconocimiento de decisiones extranjeras de inscripción de los niños resultantes de tales prácticas a favor de los comitentes, encontró regulación en la RDGRN de 18 de febrero de 2009 y en la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, que, modificando en una dirección restrictiva los más abiertos planteamientos de la primera, mantenía, sin embargo, la posibilidad de que la inscripción de una filiación nacida bajo la cobertura de la maternidad por subrogación, no fuera contraria al orden público internacional español. Tal posibilidad ha sido recientemente arrumbada por una Sentencia del Tribunal Supremo, la de su Sala 1ª de 6 de febrero de 2014.

En esta Sentencia se aborda la cuestión de si dos sujetos casados entre sí pueden inscribir en el Registro Civil consular de Los Angeles (California, USA) como hijo de ambos, a un niño nacido de las técnicas de reproducción asistida, practicadas sobre una mujer que había concertado con aquellos un contrato de maternidad subrogada, comprometiéndose a entregarle el niño o niños que nacieran de su vientre al término de la gestación provocada por tales técnicas.

El proceso al que pone fin esta Sentencia nos ha ofrecido el raro espectáculo de dos instituciones del Estado lidiando entre sí, cada una de ellas en nombre de un *interés público* y probablemente, aunque los detalles de los respectivos escritos de alegaciones no nos han llegado, bajo el estandarte de dos antagónicos posicionamientos acerca de lo que en el *cassus* constituía el *interés superior de los menores* concebidos y nacidos en California de una madre que nunca quiso serlo. Por una parte, el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y defensor del interés social, según dispone el art. 124 de la CE, asumía la posición de demandante para que se dejase sin efecto una resolución, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (*En lo sucesivo, DGRN*) que había ordenado la inscripción de los niños como hijos de Estanislao y de Ginés.³

Por otra parte, el Abogado del Estado, representante de la DGRN, demandada en el proceso seguido en primera instancia, el cual se opuso, no sabemos con cuánta energía, a la demanda deducida por el Ministerio Fiscal, solicitando ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia la desestimación de dicha demanda y la confirmación de la Resolución de 18 de febrero de 2009. Tras la estimación de la demanda por el Juez de Primera Instancia, el Abogado del Estado desaparece del campo de batalla

³ Los referidos padres comitentes eran varones, aunque la igualdad de sexo es una cuestión que ha perdido interés desde la nueva redacción del art. 44.II del Código Civil, por obra de la Ley 13/2005, proclamando que el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene los mismos requisitos y efectos que el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2012 ha declarado conforme a la CE la apertura de nuestro sistema al matrimonio entre personas del mismo sexo.

y ni se adhiere al recurso de apelación interpuesto por los codemandados Don Estanislao y Don Ginés, ni toma tampoco posición respecto del recurso de casación que elevó al Supremo el conocimiento del asunto.

El silencio de la Abogacía del Estado en apelación y en casación tiene varias lecturas, algunas de ellas políticas, que abrirían heridas y exigirían entrar en honduras acerca de los agujeros de nuestro Estado de Derecho, pero no es éste el propósito que nos hemos trazado en estas páginas.

4. Algunas de las afirmaciones que se han hecho a lo largo de la extensa lid que se inicia con la denegación de la inscripción del niño como hijo de la pareja de padres comitentes, por parte del Encargado del Registro Civil español en Los Angeles, lo han sido tomando como referente la igualdad de los padres en la filiación natural y en los distintos caminos que la legislación española abre para el establecimiento y determinación legal de un vínculo de filiación.

Por eso me parece importante introducir algunas aclaraciones preliminares. La primera es que, en la filiación por naturaleza, nada hay más disparatado que afirmar la igualdad jurídica de ambos progenitores, padre varón y madre mujer. En nuestro sistema jurídico, el régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la *maternidad* y la *paternidad*; la primera, de acuerdo con el tradicional principio romano MATER SEMPER CERTA EST, se define y se prueba en juicio y fuera de él por el hecho del parto (*Criterio del alumbramiento*) en tanto que la paternidad se asienta en una *fictio iuris*, que descansa sobre los endebles y movedizos cimientos de la convivencia, la cohabitación y la fidelidad sexual de los cónyuges.

En nuestro Código Civil, el art. 116 establece que “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.”⁴ Fino es el hilo del que cuelga la paternidad.

La segunda cuestión preliminar que deseaba dejar clara es la de los criterios legales y doctrinales que marcan las coordenadas o soluciones alternativas al conflicto.

Tales criterios han sido magistralmente concretados en la doctrina italiana por la profesora CAMPIGLIO:⁵

- 1) **Criterio genético:** es padre el que aporta el material genético que va a formar el genotipo del niño. La LTRA toma este criterio como base para la atribución de paternidad al titular del material genético masculino en los casos de maternidad subrogada, siempre que no sea un donante anónimo, pero le hace cargar con el pesado gravamen de ejercitar la correspondiente acción de reclamación de tal paternidad (art. 10.3).⁶

⁴ El Parágrafo 1592 del BGB alemán dispone que “El padre de un niño es el hombre que: 1. Está casado con la madre en el momento del parto. 2. Haya reconocido la paternidad, o. 3. Cuya paternidad se haya determinado judicialmente...” Aunque el precepto necesita ser complementado y entendido a la luz de los Parágrafos 1593 y 1600, entre otros, del propio Código, es destacable que su redacción trata de huir de la *palabra de la mujer* como fuente determinadora de la filiación; aunque conviene dejar señalado que la jurisprudencia de los tribunales alemanes otorga al testimonio de la mujer, sobre la identidad del padre, un papel primordial.

Los plazos son variables de unos ordenamientos a otros pero lo más importante de este aspecto de la asociación de la presunción de concepción al matrimonio es que, todavía hoy, en los inicios del siglo XXI, es la palabra del padre, y no la de la madre, la que vale, la que puede destruir la presunción de paternidad. Así se desprende del artículo 117 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto...*”

⁵ Cfr. C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, en *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, XLV, núm.3, 2009, pp. 589–604.

⁶ No obstante, nos sentimos inclinados a compartir la sugestiva interpretación que mantienen en este punto los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, en el sentido de que el art. 10.3 de la Ley no pretende resolver un problema de atribución de la paternidad, sino una cuestión previa a la de la paternidad, cual es la de la *pertenencia del material genético a un varón o a otro*, y la de la prioridad del criterio genético sobre el criterio presuntivo favorable al marido de la madre; por lo que, planteada la cuestión como un *thema probationis*, conectado con una *presunción legal iuris tantum* (arts. 116 del CC y 385.2 y 3 de la LEC), concluyen estos autores afirmando que “Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que haya aportado el material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz.” Cfr. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., p. 306.

- 2) **Criterio gestativo.** La madre –nunca el padre– es la que gesta con su cuerpo y alumbró al niño, prescindiendo de que haya sido fertilizada con material genético de otros, donantes conocidos o anónimos, o de que aporte el suyo propio.
- 3) **Criterio social.** Es padre el que está dispuesto a cumplir las obligaciones de tal, dentro de la unidad familiar y cara a toda la colectividad social. A este **criterio social** nos referiremos más extensamente en el Epílogo de este trabajo.

El Tribunal Supremo es perfectamente consciente de que los tres criterios tienen en distinta medida encaje en nuestro Derecho civil de la filiación, y aún advierte que “...la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.”⁷

El interés de estos tres criterios posibles de establecimiento de un vínculo de filiación es el de que todos ellos se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico, según se expondrá más adelante, cuando, al hilo de las valiosas –pero objetables– enseñanzas del Tribunal Supremo, sostengamos nuestra opinión fundada acerca de si es contraria al orden público internacional español, la decisión extranjera de inscribir un niño como hijo de quienes, ni lo han alumbrado, ni consta con certeza hayan participado con sus propios cuerpos en el proceso biológico de la concepción, la gestación y el parto.

Ésta y no otra, ha sido la cuestión central que se ha debatido en la casación: la de la contravención, por la decisión de la autoridad californiana, del orden público internacional español. En efecto, la representación de Don Estanislao y Don Ginés asentaba el recurso de casación ante la Sala Primera del Supremo en un único motivo que se transcribe literalmente en los antecedentes de la Sentencia: “Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.”

Pero antes de entrar en el análisis de los motivos que llevan al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación, conviene, para centrar la cuestión, saber cuáles fueron los que determinaron a la DGRN a ordenar la inscripción de los dos menores en el Registro Civil como hijos de los padres comitentes.

II. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

5. La RDGRN de 18 de febrero de 2009 resolvía sobre una impugnación deducida por los padres comitentes, españoles con domicilio en España, del mismo sexo, frente a la resolución del cónsul español en California que les había denegado la inscripción como hijo suyo de dos niños nacidos en ese *State* en virtud del contrato de maternidad subrogada y ulterior aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Conviene poner de manifiesto desde este momento que, según se desprende de esa Resolución, la razón aducida por el cónsul español en California para denegar la inscripción en la sección del Registro Civil consular era la oposición de dicho contrato y del estado civil resultante, a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (En adelante, LTRA) en el que se prohíbe categóricamente la denominada “gestación de sustitución” con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, disponiéndose que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Ninguno de los dos comitentes solicitantes de la inscripción –ambos varones– podía afirmar ser la madre alumbradora, por lo que, con arreglo a la legislación española, el libro de familia expedido por las autoridades californianas no tenía valor probatorio ni tampoco constitutivo del vínculo de filiación que los solicitantes pretendían mantener con los niños nacidos de tales técnicas.

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 partía de la premisa previa de que existía una “decisión” previa dictada por las autoridades californianas, consistente en una certificación registral en la que ya

⁷ Fundamento de Derecho tercero, apartado 6 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

constaban el nacimiento y la filiación del nacido, de manera que el cauce metodológico no era el *conflictual*, que hubiera llevado, por la vía del art. 9.4 del Código Civil, a una situación especular sin fácil escapatoria: imposible saber la nacionalidad de los menores, cara a identificar a sus padres; imposible también saber quiénes son sus padres para aplicar o no la norma del art. 17 del Código Civil español.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 fue saludada por la doctrina científica especializada, como fuente de una nueva savia para nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Por una parte, porque renunciaba al pensamiento conflictual para resolver una cuestión de validez extraterritorial de decisiones, lo cual nos situaba indudablemente en el camino y ante la técnica correctos desde el punto de vista de la dogmática del Derecho Internacional Privado; por otro lado, porque proseguía la línea ya iniciada por otras disposiciones legislativas, de descartar el *control de ley aplicable* en el área de la validez extraterritorial de decisiones, incluso en materia de estatuto personal; y por último, porque el *reconocimiento del derecho a una identidad única* aparecía ya como insoslayable, no solo en el marco territorial constreñido a la Unión Europea, sino en cualquier situación y circunstancia, dados los términos imperativos de los arts. 3.1, 7.1 y 8.1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sin embargo, adolecía en su argumentación de algunos puntos débiles: En primer lugar, en la Resolución se menciona un paralelismo nada diáfano entre la situación de las mujeres casadas entre sí, en que una de ellas dirige al Registro Civil de su domicilio su declaración de voluntad de convertirse en madre del hijo de su cónyuge, supuesto contemplado en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, y aquella otra en que dos varones se proponen establecer una relación paternofamiliar con el hijo que nazca de una madre sustituta.

El precepto citado dispone que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.” El precepto se refiere, naturalmente, al supuesto en que, estando dos mujeres casadas entre sí, se ignora quién es el progenitor masculino, pero en cambio se sabe que una de ellas está amparada por el MATER SEMPER CERTA EST, porque va a ser la madre alumbradora y en este caso, las reglas fundamentales del sistema de filiación español se respetan plenamente: uno de los progenitores deriva su condición de tal del *criterio gestativo*. El otro, de una *intención o declaración de voluntad de ser progenitor*, emitida en el marco de un proyecto de vida en común con la mujer alumbradora.

Sobre esta premisa configuradora de tal supuesto, el razonamiento de la DGRN que pretendía establecer una *identidad de razón* entre ese supuesto y otro en el que ninguno de los progenitores puede decirse amparado por el criterio del alumbramiento, es fácilmente objetable. No se trata de una cuestión de discriminación por razones de género, sino de una falta de los presupuestos que imponen la aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, porque los supuestos no son iguales y, podría decirse, reclaman del legislador tratamientos diversos. En uno de ellos, haya o no progenitores del mismo sexo, uno de ellos va a ser la *madre alumbradora del niño*, en virtud de la utilización legítima de la técnicas de reproducción asistida.

En el segundo caso, haya igualmente o no comitentes del mismo o de distinto sexo, ninguno de ellos va a ser *madre alumbradora*: lo va a ser una tercera persona, y esta persona es la única a la que, en los supuestos de contrato ilícito de maternidad subrogada, se reconoce por la legislación española la condición de *madre*. (Art. 10 de la LTRA)

Así pues, el razonamiento de la DGRN, según el cual se incurriría en discriminación si se permitiese la inscripción de la maternidad de dos mujeres, pero no de dos varones, contenía una trampa argumental, en la que no ha caído el Tribunal Supremo, aunque tampoco haya hecho nada, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, por revelarla y ponerla de manifiesto.

6. La mayor parte de la doctrina científica aplaudió el criterio del Centro Directivo sobre la textura abierta del orden público internacional español, que hacía posible, en el caso, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español sobre la base de la inscripción previa practicada en el extranjero. La Resolución de 18 de febrero de 2009 se hacía eco de la jurisprudencia del TJUE en relación con el derecho de todo ciudadano europeo a disponer de inscripciones coincidentes en todos los Estados miembros

en los que figurasen registrados, como consecuencia de un *derecho a una identidad única* que no puede ser conculcado por las normas de conflicto de los Estados en materia de nombre y apellidos.

En efecto, el derecho de los ciudadanos europeos a un único estado civil en todo el territorio de la Unión, es hoy un verdadero derecho fundamental reconocido por el TJUE y así se explica en la propia Resolución de 18 de febrero de 2009 con cita de las sentencias de dicho Tribunal de 2 de octubre de 2003, García Avello, y de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*.

Las consecuencias de la no inscripción en el Registro Civil español de un acta de filiación otorgada en el extranjero en circunstancias como la descrita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 pueden ser devastadoras para el interés superior del niño nacido en el extranjero, con una filiación fijada fuera de España, incompatible con la procedente según la ley española. El niño tendría dos filiaciones legamente reconocidas en distintos Estados. Incluso una vez producida, erróneamente o no, la transcripción del acta extranjera en el Registro Civil español, podría ser anulada en virtud de acción contenciosa de estado, promovida por el Ministerio Fiscal. Los menores, en uno u otro caso, no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, conforme a la ley tolerante del Estado de su nacimiento. Su madre sería, a los efectos del ordenamiento jurídico patrio, *la que nunca quiso serlo* y la posibilidad de hacer madre a la que siempre tuvo *intención procreativa*, quedaría a las expensas de una adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja no matrimonial, de una adopción por un *extraneus* en el caso de que el niño no tuviera material genético de ninguno de los comitentes.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que la Sentencia ha dejado definitivamente sin base ni efectos, abordaba esta cuestión desde el punto de vista, indudablemente incompleto, del género de los padres, dos hombres casados entre sí. La admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, introducido en España por la Ley 13/2005, estaba todavía *sub iudice*, en el momento en que se dictó aquella Resolución, pendiente de una decisión del Tribunal Constitucional que nos ha llegado el 6 de noviembre de 2012, por la que se declaraba que la proclamación legal de que el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene los mismos requisitos y efectos que el matrimonio heterosexual (art. 44.II del CC), no es contraria a la CE.

En la referida Resolución de 18 de febrero de 2009 se argumentaba que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la CE); a lo que se añadía que, dado que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006), no puede decirse que la decisión californiana de registrar a un niño nacido de un madre sustituta como hijo de los comitentes, sea contrario a los principios fundamentales del ordenamiento patrio.

Sin embargo, esa visión del orden público era, efectivamente, sesgada. El Tribunal Supremo centra la cuestión en el asunto del *mercantilismo*. Indudablemente, el peso de la codificación es abrumador. Hay *res in commercium* y *res extra commercium*, no podíamos olvidarnos del art. 1271 del Código Civil.

La posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, sin duda origina un problema ético que era susceptible de engrosar el contenido del orden público internacional con la referencia a la *moral* como límite de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC.)

No obstante, a este planteamiento del riesgo del mercantilismo se le pueden dirigir dos objeciones. Por un lado, el art. 10 de la LTRA establece la nulidad del contrato de maternidad por sustitución en todo caso, no sólo cuando la mujer gestante alquila su útero y su cuerpo entero, puesto al servicio de la maternidad de otros, sino incluso cuando lo hace a título gratuito. En estas últimas circunstancias no está en juego, desde luego, la conversión en mercancía lo que el Derecho español considera *res extra commercium*, ni tampoco puede decirse que se coloque a la mujer gestante, necesitada de recursos económicos, en la indigna situación de tener que renunciar a lo irrenunciable para poder subsistir. Por otro lado, sin cuestionar ni minusvalorar el papel director que tiene el Tribunal Supremo en la definición de los principios fundamentales de nuestro orden público interno e internacional, tendríamos que poner de manifiesto que en los últimos años, el papel de la intención de los padres ha recibido un importante espaldarazo por parte del legislador y de la jurisprudencia de los Tribunales en el marco de la acciones de filiación.

7. Seguramente el argumento que con mayor fuerza puede impactar en la sensibilidad del ciudadano es el de la falta de igualdad económica de las partes. El panorama que nos ofrece el Alto Tribunal es el de un verdadero *contrato forzado*, en el que la mujer sumida en la pobreza presta su organismo a cambio de una limosna que necesita para sobrevivir. También se podría decir que el reconocimiento en nuestro sistema de cualquier forma de maternidad subrogada daría carta de naturaleza al control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.⁸

Entiendo que tales argumentos han sido refutados con sólidas razones por los Magistrados disidentes del criterio de la mayoría de la Sala, haciendo notar que ese panorama que opone a la mujer depauperada y necesitada y a los comitentes ricos del hemisferio norte, no se puede generalizar, no tiene por qué corresponder a la realidad, no justifica que se subestime la capacidad para consentir de la madre gestante, cuya declaración de voluntad es emitida ante una autoridad competente según los propios criterios de competencia judicial internacional del Estado del foro; velando esa autoridad porque se preste tal declaración con libertad y pleno conocimiento de las consecuencias.

Con todo, quizás el contrato de maternidad subrogada no sea el objeto más apropiado para tener *in mente* cuando se piensa en un esquema de contratación entre iguales, pues es un contrato en el que una de las partes siempre es una mujer, mientras que ese factor –el del género– es variable respecto del/los comitente/s, es decir, el/los padre/s intencional/es.

Sin embargo, esa perspectiva de la desigualdad estructural del contrato de maternidad subrogada no puede apartarnos del enfoque fundamental de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, pues tanto la Mayoría de la Sala como los Magistrados disidentes, parten de la premisa de que no se trata de resolver una cuestión de Ley aplicable: la jurisdicción española no es la primera en adoptar una decisión acerca de la filiación del menor, sino que se parte de una *decisión previa* de las autoridades californianas y ello nos obliga a adoptar el enfoque propio de la transposición al Registro Civil español, del acta del Registro Civil extranjero, o del reconocimiento de una decisión extranjera en nuestro ordenamiento.

De ahí que esta cuestión, la de la posible desigualdad de las partes, deba abordarse desde el punto de vista de la constatación de que la mujer gestante prestó un verdadero y propio consentimiento en el momento apropiado, es decir, cuando todavía no estaba bajo los efectos emocionales de una gestación presente, ni de un parto reciente.

En todo caso, los problemas, tanto económicos como técnicos que pueda plantear la prestación del consentimiento por parte de las madres portadoras o madres gestantes, puede subordinarse por la ley a una supervisión o control, que es susceptible de una extensísima gradación, sin excluir una supervisión judicial previa en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya nos habla de algunos sistemas que han optado por la aprobación previa de los contratos de maternidad subrogada (*“pre-approval” of surrogacy arrangements*); sistemas caracterizados por el dato de que los padres comitentes y la futura madre portante o madre gestante se someten a unos exámenes médicos y psico-sociales que tienen como finalidad determinar si mantienen el perfil humano apropiado para sumir los compromisos propios del caso –cara, principalmente, a evitar retractaciones o cambios de planteamiento vitales que originarían un daño o un riesgo de incertidumbre jurídica para los menores que nazcan de tales acuerdos. Esa aprobación previa, ya sea dispensada por órganos de la Administración o de la Jurisdicción, tiene por objeto, además, que las partes reúnen los requisitos establecidos en la ley (*Informe, Apdo 17*).

III. El curso de las instancias jurisdiccionales

8. Todos los jueces que se han pronunciado sobre la inscribibilidad de los niños en el Registro Civil como hijos de los solicitantes, han llegado a una respuesta negativa, sustentada en distintos argu-

⁸ Cfr. H. KRIMMEL, “La posición en contra de la maternidad por sustitución”, en *Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana*, (Eds. Luna, F. y Salles, A.); Buenos Aires, 1995; G. STOREY, “Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood”, en *Bioethics*, vol. II, 5, 2000; J. VASANTL, y otros, “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, en *Human Reproduction*, vol. 18, 2003, n.º, 10, pp. 2196-2204.

mentos, algunos de ellos centrados en la falta de realidad del hecho de la paternidad biológica de los comitentes respecto de los niños, y otros conectados con la imposibilidad de inscribir una filiación que sería contraria al orden público internacional español.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, que estimaba la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra los padres coemitentes y la DGRN, partía de la premisa, incuestionable, del enfoque del reconocimiento de decisiones extranjeras, poniendo de manifiesto la exigencia, contenida en el art. 23 de la Ley de Registro Civil española, de un doble control, por parte del encargado del Registro Civil, de la realidad del hecho generativo de la filiación y de la legalidad de establecimiento del vínculo. El Juzgado se apartaba de las consideraciones de la Resolución de 18 de febrero de 2009 en lo que respecta al orden público internacional por entender, en primer lugar, que la improcedencia de la inscripción de la filiación a favor de los demandados no procede del hecho de que los mismos sean varones, sino de que los menores han nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, por lo que nunca se daría una discriminación contraria al art. 14 de la CE, por agravio respecto del supuesto de hecho del que trata el art. 7.3 de la LTRA, maternidad a favor de una esposa de la madre tratada con las técnicas que la ley regula.

A lo largo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia se desarrollan diversos contraargumentos en relación con los motivos aducidos por la DGRN para excluir el correctivo de orden público internacional.

La Audiencia Provincial de Valencia, por su parte, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, resolvía la cuestión prácticamente como si se tratase de un supuesto puramente interno, sin elementos extranjeros: “Encontramos ...en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil ...ni tampoco el artículo 81 de la misma... pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución.”

Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia colocaban en el mismo plano aplicativo los arts. 23, 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, que constituyen normas de Derecho Internacional Privado relativas a la inscripción de documentos extranjeros en el Registro Civil, y el art. 10 de la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, cuya confrontación en términos de jerarquía normativa, con aquella normativa registral, no tiene sentido.

Tampoco consideraba la Audiencia valenciana que pudiera ser admisible el reconocimiento de una decisión extranjera en materia de filiación por maternidad subrogada, en virtud de “...las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución...” razones que hundirían sus raíces en “...principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona.” (Fundamento de Derecho segundo)

Por lo que se refiere a la posible comisión de un fraude de ley, la Audiencia estimaba que no se daba éste en el sentido riguroso que expresa el artículo 12.4 del Código Civil, al no haberse utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, pero el tribunal consideraba indudable que los demandados habían “huido” de la ley imperativa, representada en este caso por el art. 10 de la LTRA, “...poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad.” (Fundamento de Derecho tercero)

Por lo que respecta al interés superior del menor, la Audiencia estimaba que “...la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 de la Ley 14/2006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil).”, añadiendo que “...también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés

de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio.” (Fundamento de Derecho quinto). En el aspecto relativo a la lesión del supuesto derecho de los menores a una identidad única, se acogía el argumento suministrado en el proceso por el Ministerio Fiscal en el sentido de que los nacidos en California “...tienen la (identidad) que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley.”

Por último la Audiencia de Valencia concluía considerando que el art. 10 de la LTRA tenía la condición de *norma de policía*, en el sentido del art. 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, es decir, una previsión normativa cuya observancia se considera por el Estado esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación.

IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

9. La Sentencia del Supremo de 6 de febrero de 2014 ha desestimado el recurso de casación interpuesto por los dos demandados que pretendían inscribir como hijos a los gemelos nacidos en California, confirmando la cancelación, ya ordenada en primera instancia y en apelación, de la inscripción del nacimiento de los niños, realizada en el registro civil consular.

Como cualquier paso dado por el Tribunal Supremo, merece todo nuestro respeto y cualquier reflexión acerca del futuro exige pasar necesariamente por el análisis serio de su doctrina, sin más prejuicios que los que inadvertidamente reclamen paso desde el corazón a la pantalla del ordenador, sin pasar por el filtro de la razón.

Aunque sólo dos sentencias forman jurisprudencia (*Cfr. art. 1.6 del Código Civil: “...de modo reiterado”*) sería ingenuo pensar que el equilibrio de fuerzas en el Tribunal Supremo va a variar hasta el punto de desdecirse nuestro más alto Tribunal acerca del contenido del orden público internacional. Pues no olvidaremos que ésta es la declaración más trascendental que contiene la decisión judicial comentada: que el art. 10 de la LTRA pertenece al *orden público internacional*, lo que supone que el correctivo debe ser actuado en todo caso por nuestros jueces y autoridades –también los futuros encargados del Registro Civil, sean quienes fueren, tras la entrada en vigor de la Ley 21/12011 de 21 de julio, del Registro Civil– a salvo la oscura excepción que parece mantiene el Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del *orden público internacional atenuado*, cuestión que abordaremos con algún detalle más adelante.

El Pleno ha abocado para sí el conocimiento de una cuestión que tiene una incalculable trascendencia social, que afecta en lo más hondo a concepciones sólidamente arraigadas en nuestro Derecho histórico, como la intransmisibilidad del cuerpo humano y la intransigibilidad de las cuestiones de estado civil. Y frente a la mayoría, cuatro Magistrados disidentes, que resumen su parecer acerca de la solución más justa, en torno al voto particular emitido por el Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.⁹

Sólo las jubilaciones masivas que se esperan en los próximos años en la cúpula del Tribunal podrían determinar un cambio de rumbo, que, en cualquier caso podría ser inducido o torcido en cualquier momento, por una palabra del Legislador. La doctrina, sin embargo, no es en absoluto optimista acerca de un redireccionamiento de nuestro Derecho, tan profundo como para alterar esos valores y principios fundamentales que constituyen la esencia de nuestro orden público internacional.¹⁰

10. El Tribunal Supremo aborda, a lo largo de los Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto y Quinto, las cuestiones que se suscitaban en las dos instancias recorridas por el Ministerio Fiscal y las partes demandadas –con el silencio clamoroso, casi un *allanamiento virtual*, de la Abogacía del Estado, tanto en la segunda instancia como en casación. Silencio tanto más dramático cuanto que, después de la

⁹ A este Voto particular se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

¹⁰ Para oír, por todas las que claman, una voz sabia, exigente y triste, Vid. A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, en *Diario La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014, pp. 11–15.

primera instancia, nadie ha defendido los intereses de los menores nacidos en California. Los demandados, ahora *guardadores de hecho* de los menores, defendían su propio interés procreativo y su propio derecho al reconocimiento de una situación jurídica individualizada dimanante del contrato de gestación. El Ministerio Fiscal defendía la legalidad, reconocidamente opuesta en este caso al interés de los menores, tal como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 en varios pasajes.¹¹

El Tribunal Supremo parte de la premisa de la corrección del enfoque mantenido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, en el abordaje de tales cuestiones, las cuales son examinadas, como no podía ser de otro modo, desde el prisma del *método del reconocimiento de las decisiones extranjeras*.

Consiguientemente asume la obligada aplicación del art. 23 de la Ley del Registro Civil, que, tal como se había sostenido en las sentencias de primera instancia y de apelación, exige no un control meramente “formal”, sino que “...ha de extenderse a cuestiones de fondo”. Ese examen de fondo, para el Tribunal Supremo supone un juicio de valor acerca de la “legalidad conforme a la Ley española”, pero no debe pretenderse una conformidad de la situación internacional con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, lo que, según se reconoce, haría prácticamente imposible el reconocimiento, sino que debe contraerse a una conformidad con “...las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Esos principios y valores fundamentales deben ser buscados, explica el Supremo, en la referencia del art. 10.1 de la Constitución a la dignidad, en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio (art. 32), en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), en los principios de protección de la familia, de protección integral de los hijos, la consagración de la igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También formarían parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución), y el derecho a la integridad física y moral de las personas, que también tiene reconocimiento constitucional (art. 15).

Más adelante expone el Tribunal Supremo que el orden público internacional de nuestro país, tal como ocurre en otros Estados de nuestro entorno, no tolera, en instituciones como la adopción o en la disciplina reguladora de las técnicas de la reproducción humana asistida, que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, al permitir a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

“Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.”

Sigue diciendo nuestro más Alto Tribunal que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”, aunque “...la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En este marco o contexto, el Tribunal Supremo llega a analizar la posible consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión “periférica” derivada del contrato de gestación concluido en California. Pero, según el Supremo, “No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.” Y volviendo a la norma del art. 10 de la LTRA, se advierte que la misma no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que alcanza a determinar cuál sea el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

¹¹ Así, en el Fundamento de Derecho Quinto, apartado 8º: “Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores.” Y más adelante en el apartado 11 del mismo Fundamento Jurídico: “...este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute.”

Todo lo cual le llevaba a establecer, como doctrina del Pleno, que la inscripción de la filiación de los recurrentes sobre los nacidos en California, era “frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera...” (*Fundamento de Derecho Tercero*)

Más adelante el Pleno del Tribunal Supremo se desplazaba desde el correctivo de orden público internacional al otra técnica también conocida en el método del Derecho Internacional Privado, la del *fraude de ley*, pues expone que “...los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).”

En los siguientes Fundamentos Jurídicos se ocupa el Tribunal Supremo de la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, quizás el aspecto más endeble de la impugnación planteada por los comitentes;¹² y más adelante, de las delicadas cuestiones relacionadas con el alcance del principio de defensa del interés superior del menor.

El Tribunal Supremo establece, con rechazo del particular punto de vista de los recurrentes acerca del interés de los niños nacido en virtud de maternidad por sustitución, que “La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.”, advirtiendo que “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.” El Supremo, tras citar el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, reconoce que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la *dignidad del menor* al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Seguidamente apunta el Tribunal Supremo que en nuestro Derecho de Familia, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, es compatible con la apertura de un periodo de indefinición en cuanto a la filiación, en tanto no se establezca otra determinada, por lo que esa situación de incertidumbre, en sí misma perjudicial, es coherente con el Derecho patrio. En cuanto al argumento esgrimido por los recurrentes relativo al *derecho de los menores a una filiación única*, concluye que “No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, ya que el menor siempre tendría la identidad que deriva de la legislación española, que atribuye su maternidad a la mujer que alumbró a los menores aplicándose, a partir de aquí, las normas españolas sobre nombre y apellidos. A propósito de las Sentencias del TJUE en relación con el alcance del principio de inmutabilidad o estabilidad de los

¹² A este respecto deberíamos poder decir que la cuestión de la discriminación ha dejado de ser polémica en gran parte por mérito de los trabajos publicados por la doctrina civilista acerca del art. 7.3 de la LTRA en los años transcurridos desde la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009; y también, desde un plano argumental distinto, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 en la que se desestimó el recuso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley 13/2005 por el que se daba nueva redacción al art. 44 del Código Civil. Pero no se puede desconocer que el motivo de la discriminación sexual, esgrimido por los recurrentes, carecía verdaderamente de fundamento: la denegación de la inscripción de la filiación no era la condición de varones de los solicitantes de la inscripción, sino antes bien, el hecho de que la filiación pretendida trajese causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

apellidos,¹³ hace notar el Supremo que la cuestión del nombre y apellidos de los menores en los casos resueltos por el Tribunal de Luxemburgo, es "... un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución."

11. En otro orden de cuestiones, el Tribunal Supremo niega también que la Sentencia de la Audiencia Provincial vulnere el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, pues en el caso de autos, se darían las dos exigencias que había mantenido la jurisprudencia del TEDH como condiciones para que no se produjera una vulneración de aquel derecho.

La *primera*, relativa a que la injerencia en la vida privada de las personas esté prevista en la ley, lo que encontraría realización en el tantas veces citado art. 10 de la LTRA; y la *segunda*, que tal injerencia sea "necesaria en una sociedad democrática", exigencia ésta que también concurriría porque, según se explicaba, tal necesidad sería la de proteger el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la "dignidad e integridad moral de la mujer gestante", evitar la "explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación."

Finalmente el Tribunal Supremo rechazaba el vaticino catastrófico de los recurrentes acerca del oscuro destino de los menores privados de todo vínculo de paternidad, de regreso a un lugar donde ninguna madre tendrían; razonando que, constatada la existencia de "vínculos de hecho" entre los malogrados comitentes y los niños nacidos en California, cualquier solución que adoptasen las autoridades españolas competentes en materia de protección de menores, pasaría por "... permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos."

12. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 es plenamente coherente con la del mismo Tribunal de 21 de septiembre de 1999 en la que declaraba la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 47 de la Ley del Registro Civil y del art. 167 del Reglamento del Registro Civil, en cuanto ambas normas hacían posible que la madre ocultase su maternidad, absteniéndose de dejar constancia de su identidad en el parte médico de asistencia al parto. Con arreglo aquella normativa, que la referida Sentencia declaraba inconstitucional, una madre podía negar su propia maternidad, por el sencillo expediente de pedir que no constase su identidad en esa documentación clínica, con lo que tampoco accedía esa circunstancia al Registro Civil.

En la normativa actual, el parte de asistencia no puede omitir la identidad de la mujer que dio a luz, con independencia de la encriptación de la inscripción correspondiente en caso de adopción (Cfr. art. 177.2.III del Código Civil y 16.3 y 4 de la LRC)¹⁴

Sin embargo, esa coherencia con planteamientos anteriores, que se puede citar como un mérito de nuestro Tribunal Supremo, no lo es necesariamente si tenemos en cuenta que: 1) La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 no estaba dando respuesta a un problema de validez o nulidad de un contrato relativo a la maternidad;¹⁵ sino que estaba resolviendo una cuestión relativa a la *identidad del nacido*, al derecho de éste a conocer la verdad sobre su origen y al derecho a una identidad única, reconocido en los arts. 7 y 8 de la Convención de Nueve York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

2) La Sentencia del Supremo de 21 de septiembre de 1999 resuelve un supuesto meramente interno, mientras que la de 6 de febrero de 2014 aborda la cuestión del reconocimiento de la filiación en una situación clarete internacional, desde el prisma y los métodos propios del Derecho Internacional Privado.

¹³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de marzo de 1993, asunto C-168/91, caso *Konstantinidis*; de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso *García Avello*, de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso *Grunkin-Paul*, y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, caso *Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein*.

¹⁴ Cfr. T. HUALDE MANSO, "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10, 2012, pp. 35 a 47, especialmente p. 39.

¹⁵ Contrato que, en principio, debía reputarse nulo, incluso con anterioridad a la LTRA de 1988, en los supuestos internos, sin elemento extranjero, por su conexión con el estado civil, ex arts. 1814 del Código Civil y 460 de la LEC de 1881.

La solución final, contraria a la que refleja el voto particular del Señor Seijas Quintana y al que se adhirieron los otros tres Magistrados disidentes, nos deja un sabor agridulce; no sólo por la incertidumbre en cuanto a la suerte de los hijos de los demandados, sino por el mal lugar en que queda nuestro ordenamiento como unidad.

La parte dulce del trago yace en la enseñanza de algo que a veces olvidamos los estudiosos del Derecho de Familia: y es que *la DGRN no puede legislar*; que está sujeta en su proceder al propio Reglamento del Registro Civil, a la Ley del Registro Civil, a la CE y, a través de ésta, a los numerosos Convenios ratificados por España afectantes a los derechos de los menores.

El sabor final a almendras amargas proviene de la fricción entre los principios y los resultados. Que el interés superior del menor no puede sanar lo nulo e insanable, es algo evidente e inobjetable. Pero el Tribunal Supremo tenía en sus manos todas las herramientas necesarias para mantener la validez del negocio jurídico celebrado en el extranjero y aún, en última instancia, para desvincular la cuestión de la validez del contrato de maternidad subrogada y la del reconocimiento de vínculo paterno-filial ya inscrito en California.

V. El Orden público internacional español

1. Planteamiento

13. Hay que decir que el Tribunal Supremo no ha sido el único tribunal europeo que ha adoptado una posición radical en relación con la ubicación de la prohibición legal en sede de orden público internacional.

Esta línea sigue la jurisprudencia francesa en el caso resuelto por la Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002, la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por una pareja estable no casada –sujeto de diferente sexo– que habían suscrito en California (USA) un contrato de maternidad subrogada con una mujer californiana residente en ese Estado, mediando precio. La madre californiana llevó adelante su embarazo y dio a luz a gemelos, los cuales fueron reconocidos luego en Francia por los padres comitentes. Es este reconocimiento el que declara nulo el Tribunal de Rennes, por entender que el tenor del art. 16.7 y 9 del Código Civil francés, que reputa nulo el contrato de gestación por sustitución, es una norma de orden público. Según el Tribunal, en Derecho francés tiene una trascendencia nuclear el principio de maternidad natural, que hace madre a la mujer que lleva al hijo dentro de sí y que le da la vida al alumbrarlo, con independencia del vínculo genético que puede no existir entre ellos; de manera que, según ese ordenamiento, no es la mera realidad genética la que crea la filiación materna. En segundo lugar, el tribunal sustentaba su criterio en los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas. Y por último, argumentaba que el derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo.¹⁶

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 también integra el contenido del orden público internacional con la referencia a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante y del propio fruto –persona humana– de la gestación, desarrollando luego el *discurso de la dignidad*; dignidad que atribuye tanto al niño o niños alumbrados como a la madre gestante, aludiendo sólo marginalmente a la indisponibilidad del propio cuerpo por parte de ésta.

En cambio, ninguna referencia se hace en este marco del orden público internacional a la *indisponibilidad del estado civil*, que era una de las líneas argumentales desarrolladas en la Sentencia del Tribunal de Rennes.

¹⁶ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, Tesis Fin de Máster, 2013, <http://eprints.ucm.es/23416/>, pp. 70 y 71.

2. ¿Un orden público internacional “de proximidad” o un orden público “atenuado”?

14. El Tribunal Supremo no ha querido, al parecer, cerrar todas las puertas a la posibilidad de que se reconozca en España la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero: pero no se admite una modalización del orden público internacional en razón del inter superior del niño, sino una entrada en juego del correctivo o excepción, para los casos que mantengan uso vínculos estrechos con la sociedad española o con el ordenamiento español. A esta cuestión hace referencia el Supremo con una declaración acerca del *modo de ser* del orden público internacional español, que es un orden público «*atenuado*»; aclarando inmediatamente que “la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.”¹⁷

El empleo de ambas fórmulas, una después de la otra revela que el Tribunal Supremo está confundiendo dos realidades nítidamente definidas y diferenciadas en la técnica y en la ciencia jurídica internacional privatista: el *orden público internacional atenuado* y el *orden público internacional de proximidad*.

El orden público internacional atenuado se caracteriza por excluir la aplicación de la institución de Derecho extranjero sólo en su dimensión constitutiva, esencial o nuclear, permitiendo, para preservar la seguridad jurídica internacional, que tal institución o relación jurídica constituida fuera de España despliegue en nuestro suelo ciertos efectos reputables como no nucleares, secundarios o marginales, orientados hacia planos jurídicos distintos.

En cambio, el orden público internacional de proximidad es el que sólo excluye la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene tan próxima a la esfera del Estado del foro que puede poner en peligro las bases del comportamiento y las normas de cohesión de la sociedad.¹⁸

Según la teoría del “orden público internacional de proximidad” (*Inlandsbeziehung* en la doctrina y en la literatura alemanas) se justifica la aplicación del orden público, con el consiguiente rechazo de la aplicación de la ley extranjera, cuando exista una conexión importante entre la situación privada internacional y el Estado del foro. La concepción de *Inlandsbeziehung* se debe al alemán *Kahn*, el cual escribió en el primer tercio del siglo XX, para justificar en principio, la aplicación no del orden público, sino la *lex fori*. *Kahn*, un gran conocedor de la jurisprudencia alemana de su época, constató que los tribunales solo encontraban caminos argumentales para aplicar la *lex fori* en casos de la realidad muy vinculados al territorio del Estado del foro,¹⁹ lo que le llevaba a argumentar que el Derecho alemán no se consideraría dañado en el caso de que tuviera que admitirse la validez o la eficacia de situaciones o relaciones nacidas en el extranjero, cuyos protagonistas o cuyo objeto no mantuvieran vínculos lo suficientemente estrechos con el Estado o con el propio ordenamiento germano.

El enfoque del orden público internacional de proximidad no es aceptado por todos los internacionalistas como un método conflictual adecuado, pues gran número de autores, dentro y fuera de España, advierten que puede suponer una intolerable *relativización de los derechos fundamentales*, y por lo tanto por una renuncia a las conquistas jurídicas que nos han traído, desde hace más de dos siglos, la senda y la perspectiva de los Derechos del Hombre. Y es que la perspectiva de cuál es la organización social o estatal que puede resultar dañada, no es la cuestión vertebradora del método conflictual justo; antes bien, lo será la pregunta de qué derechos subjetivos fundamentales pueden quedar obviados, ignorados o inaplicados por los jueces que juraron darles aplicación. “Fundamentales” no son sólo los derechos que se corresponden con los bienes jurídicos más preciados e irrenunciables de la persona, sino,

¹⁷ Fundamento de Derecho tercero, apartado 7.

¹⁸ Vid. H. MUIR-WATT, “Les principes généraux en Droit International Privé français”, en *Journal du Droit International*, Clunet, 1997, pp. 403 a 415; P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, pp. 1 a 31.

¹⁹ Vid. K. FRANZ, “Die lehre vom ordre public (prohibitivgesetz)”, en *Abhandlung zum internationalen privatrecht*, 1.928, Vol. I, pp. 161 a 254 (1928); A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt, 1994; F. CADET, “L’ordre public en Droit international de la famille”, en *L’Harmattan; Collection Logiques juridiques*, 2005.

muy significativamente, los que se reconocen a *toda persona*, en cualquier circunstancia y en cualquier coordenada espacio-temporal. La dignidad de la persona no puede reducirse a una cuestión cuantitativa o de grado. El discurso de los derechos fundamentales no puede desviar nuestra atención de la afirmación de la *dignidad de la persona humana*, que no debe conocer excepciones, pues es independiente de la supuesta relatividad en el espacio de tales derechos y su pertenencia o no a determinados sistemas culturales.²⁰

Sin embargo, es lo cierto que el insatisfactorio criterio del *orden público internacional de proximidad* ha llegado a encontrar acomodo en nuestra Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, muchos de cuyos criterios son susceptibles de ser trasladados, *mutatis mutandis*, al reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de maternidad subrogada.²¹

La Sentencia del Tribunal Supremo comentada no ofrece suficientes datos como para esclarecer si con la expresión arriba trascrita, ha querido referirse a un orden público internacional “de proximidad” o un orden público “atenuado”.

Esta proyección del orden público atenuado ha sido defendida por los profesores *Calvo Caravaca* y *Carrascosa González*, comprometidos en alto grado con el mantenimiento de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ese enfoque permitiría reconocer ciertos efectos jurídicos en España a la filiación contratada fuera de nuestro territorio, sin perjuicio de reconocer la eficacia estrictamente territorial del art. 10.1 de la LTRA, en cuanto excluiría una institución dañosa para la organización de la sociedad española.²²

El acceso al Registro Civil español de la filiación del nacido en el extranjero en el marco del negocio nulo según el Derecho público español pero válido según la *lex loci contractus*, no sería sino una consecuencia refleja y meramente periférica del contrato de gestación por sustitución. Así pues, el orden público internacional español operaría de modo radical ante la celebración en España del contrato de maternidad por sustitución, pero no intervendría de la misma manera en el marco de la inscripción de la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato, del mismo modo que, por ejemplo, una Sentencia extranjera que concede alimentos a la segunda esposa de un varón polígamo puede surtir efectos en España sin que ello suponga que ese segundo matrimonio poligámico sea considerado válido en España.²³

Sin embargo, no es ésta la opinión dominante en la doctrina española, muy crítica en general con la RDGRN de 18 de febrero de 2009, la cual, según se ha dicho, no estaría asignando meros efectos periféricos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que estaría permitiendo la recepción sustantiva de *lo nuclear* de dicha institución.²⁴

²⁰ En este sentido, tenemos que compartir la opinión de Fernández Rozas en el sentido de que “...si la aplicación de la ley extranjera resulta gravemente contraria a la *dignidad de la persona* o atenta al *principio de no discriminación e igualdad de sexos*...es difícil que el intérprete pueda evitar, por imperativo constitucional y de los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, la aplicación del correctivo de orden público, independientemente de la ausencia de conexión del supuesto con el ordenamiento del foro.” Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 6ª Edición, Thomson-Civitas, Pág 149).

²¹ En efecto, el art. 23 de la Ley de Adopción Internacional dispone que “En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y **los vínculos sustanciales del supuesto con España.**” Significa esto que el orden público internacional español sólo entrará en juego cuando esos vínculos sean estrechos, por ejemplo, porque los adoptantes y el adoptando van a mantener en España su residencia habitual y/o porque este último va a adquirir la nacionalidad española de los adoptantes en virtud de lo establecido en el art.19 del Código Civil.

²² R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; A. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, Parte Estudio, 2011, *ob. cit.*, p. 13.

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009” *ob. cit.*, p. 315.

²⁴ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, p. 59; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, pp. 1-9. *ob. cit.*, p. 9.

15. Nos inclinaríamos, en razón de ese interés superior de los menores, al que indirectamente nos tenemos que referir, por un *orden público internacional atenuado*, por dos razones de peso: 1ª Los vínculos sustanciales del caso con España no pueden ser determinantes del mayor o menor grado de reconocimiento de la *dignidad*, tanto de la madre portadora/gestante, como del propio niño nacido de la operación de maternidad por sustitución. Cualquiera que sea el alejamiento de ese contrato y de la relación originada, reconocimiento de la esfera española, la dignidad y los derechos fundamentales deben ser observados en todo supuesto del que conozcan nuestras autoridades.²⁵ 2ª La dinámica que abre el método del orden público internacional atenuado permite distinguir lo **nuclear** (La inscripción de la filiación en el Registro Civil Español) de lo **periférico** (Nombre y apellidos, obligaciones alimenticias, derechos sucesorios y, sobretodo, *patria potestad*). Por este camino, podría defenderse la posibilidad de atribuir a la decisión extranjera, californiana o no, el efecto propio de la *atribución de patria potestad a los padres comitentes*, aunque éstos no puedan inscribir su paternidad en el Registro Civil español hasta haber obtenido una resolución constitutiva de la adopción de los menores.

3. El discurso de la dignidad

16. Sobre la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico del ordenamiento en el art. 10 de la CE, se ha escrito mucho y se han escrito muchas proclamaciones ideológicas –antagónicas– con pretensiones de ser verdades reveladas. Es lo cierto que al amparo de la dignidad han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la maternidad subrogada, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación.²⁶

Siempre es difícil tomar postura en relación con un valor tan versátil en cuanto a las causas que puede amparar, y más en este caso, en que la opinión jurídica sobre el alcance del art. 10 del texto constitucional, corre el riesgo de asemejarse a un mero juicio moral. Pero nos aventuramos a mantener que no hay nada *indigno* en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado. La mujer que, sin percibir un precio, se niega como madre a sí misma a través de una subrogación contractual, le reconoce ese papel a otra mujer y juntas hacen posible el nacimiento de un vínculo filial.

La mujer que alumbra a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el *proyecto procreativo de otra mujer*, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al deleite sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia ha introducido en el mercado.

17. Según lo que antes hemos avanzado, el *discurso de la dignidad* tiene un marcado carácter ambivalente, comportándose como un sable que puede cortar por la empuñadura, a quien lo esgrime. El sostenimiento de un *derecho individual la procreación*, en sede de derechos fundamentales, está im-

²⁵ Arg.: art. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a *toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.”

²⁶ Cfr. M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, en *Revista de Derecho Privado*, julio–agosto 2010, pp. 41–64; en cambio, A.J. Vela Sánchez considera que la dignidad debe llevarnos a la posición opuesta, es decir, a aceptar la existencia, asociada a esa misma dignidad humana de un *derecho a la procreación*. Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario LA LEY*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 a 17; “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, en *Diario LA LEY*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1 y ss.; “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y siguientes; “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en *Diario LA LEY*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012, pp. 8 y siguientes. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012; y “La gestación por encargo desde el Análisis Económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *LA LEY*, núm. 8055, 2013, pp. 8 y ss.

pregnado de dignidad como atributo de toda persona, y no sólo de la mujer. El TEDH ha reconocido en varias ocasiones un tal derecho en el marco del Convenio Europeo de 1950, en sus Sentencias de 27 de octubre de 1994, caso K contra Bélgica, y de 7 de marzo de 2006, caso E contra el Reino Unido. En el párrafo 57 de esta última establece el Tribunal que el derecho a la vida privada comprende, entre otros, “aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”, siendo así que tal derecho comprendería igualmente el “derecho al respecto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos.”²⁷

4. ¿Existe un orden público europeo superior al orden público internacional de los Estados miembros?

18. Son numerosas las sentencias del Tribunal de Justicia que han puesto de manifiesto que, si bien los Estados son soberanos para articular sus propios sistemas conflictuales en la forma que mejor realización se dé a sus particulares intereses de política legislativa, tales peculiaridades no pueden poner en peligro las libertades comunitarias.²⁸ La Profesora *Gaudemet-Tallon* ha explicado cómo se lesiona la libertad de circulación cuando una situación existente según un ordenamiento jurídico, se reputa inexistente en otro ordenamiento con el que el mismo sujeto resulta mantener algún vínculo real. Si, al cruzar la frontera la persona, no le acompaña la misma situación jurídica que resultaba existir en el Estado de procedencia –e. g., no se considera ya casado con una persona de su propio sexo, o no se le considera padre o hijo adoptivo de otra persona– entonces el sujeto no es libre de trasladarse del primer Estado al segundo, por los perjuicios que podría irrogarle la *inexistencia* de aquella situación en el Estado de destino.²⁹

La mayor parte de estas Sentencias del tribunal de Luxemburgo se refieren al nombre y apellidos de ciudadanos comunitarios.³⁰ La cita de la libertad comunitaria de circulación y de establecimiento, en los procesos nacionales con elemento extranjero, relativos al estado civil, es constante y decisiva en muchos casos.³¹ Por ello es sorprendente que, ni el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ni la Audiencia Provincial valenciana en la Sentencia de instancia, hayan querido aceptar la traslación, al marco de las relaciones paternofiliales, de las enseñanzas del TJUE acerca del derecho de los ciudadanos europeos a un *único nombre en todo el suelo europeo*.

La STJUE 14 octubre 2008, Grunkin-Paul vino a confirmar la doctrina anterior del TJUE³² en el sentido de que en aquellos casos en que el Derecho de un Estado Miembro asigna un nombre y unos apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo tales nombre y apellidos en los demás Estados Miembros, con total independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del Estado Miembro de destino. El derecho del ciudadano comunitario a circular libremente por los Estados de la Unión encontró una forzosa prolongación, según estas resoluciones, en el derecho del propio ciudadano, cuando ostentase dos o más nacionalidades de la Unión, a ostentar un *nombre único en todo el territorio de la Unión*.

La solución adoptada por el TJCE en estas sentencias ha extendido en la ciencia jurídica internacionalista el anhelo de que todas las situaciones privadas conectadas con el estatuto personal puedan solucionarse en el futuro, mediante la actividad legislativa de las instituciones o la exegética y hermenéu-

²⁷ B. DE CASTRO CID, “Biotecnología y derechos fundamentales”, en *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Consejo General del Poder Judicial & Centro de Documentación Judicial, 2008, p. 114 y 115.

²⁸ SSTJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, caso *Dafeki*; de 23 de noviembre de 2000, caso *Elsen*; de 9 de marzo de 1999, caso *Centros*; de 5 de noviembre de 2002, caso *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, caso *Inspire Art.*; de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*; 14 octubre 2008, caso *Grunkin-Paul*, entre otras.

²⁹ H. GAUDEMÉT-TALLON, “De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la famille dans l'union européenne?”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhães Colago* (Coimbra 2002), pp. 159 a 185.

³⁰ STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*; *STJCE 9 marzo 1999*, as. C-212/97, *Centros*; *STJCE 5 noviembre 2002*, as. C-208/00, *Überseering*; *STJCE 30 septiembre 2003*, as. C 167/01, *Inspire Art.*; *STJCE 2 octubre 2003*, as. C-148/02, *García Avello*; *STJCE 14 octubre 2008*, as. C 353/06, *Grunkin-Paul*.

³¹ CHR. LAMBERT, “La dimensión procesal de la libertad de circulación de personas”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 132, Consejo General del Poder Judicial & Escuela Judicial, 2008, pp. 429-453.

³² Solución ya presente en las SSTJUE de 30 marzo 1993, (*Konstantinidis*) y 2 octubre 2003, (*García Avello*).

tica de los tribunales y los juriconsultos, mediante una fórmula idéntica, ya intuita y propugnada por el genial *Francescakis*: Las situaciones legalmente nacidas al amparo del Derecho de un Estado Miembro deben ser reconocidas, en caso de cruce de frontera, en cualquier otro Estado Miembro.³³ Lo que las decisiones del TJUE aportan es el elemento de respeto a la voluntad del ciudadano comunitario que es soberano para decidir cuál de sus nacionalidades va a ser la determinante de su estatuto personal.³⁴

19. Algunos autores han venido defendiendo la existencia de un “orden público europeo” que partiría de la constatación de “círculos concéntricos de valores compartidos por pueblos, naciones o sociedades”.³⁵

Si los textos normativos y los discursos de los principales responsables de las instituciones comunitarias nos hablan de una “comunidad de Derecho”³⁶ para expresar las metas trascendentales del Derecho comunitario, es forzoso convenir que esa magna aspiración se sustenta en una “comunidad de valores”. La frustrada Constitución para Europa recogía en su art. 1.2 algunos de los nutrientes de esa esfera de valores comunes, proclamando que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías”.

En realidad, la idea de un orden público europeo es ya vieja,³⁷ hasta tiempos recientes no ha tenido reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo,³⁸ ni en la del Tribunal Europeo de Derechos

³³ A. LARA AGUADO, “Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho Internacional Privado. (STJCE 30.III.1993, Konstantinidis, as.C-168/91)” en *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 671 a 694; Id., *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Granada, Ed. Comares, 1998; Id., Doctrina de la DGRN relativa a los nombres y apellidos”, en Homenaje al profesor Rafael Arroyo Montero, Madrid, 2003, pp. 155-173; Id., “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, en *La Ley*, 15 de octubre de 2004, núm. 6107; Id., “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, en *La Ley UE*, núm. 6560, 29 septiembre 2006; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, García Avello”, en *Journal du Droit International*, Clunet, 2004, pp. 1219 a 1237; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿Un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell’ordinamento comunitario”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2004, pp. 957 a 976.

³⁴ Esa libertad de la voluntad es perfectamente visible en la Sentencia del TJUE del caso García Avello, que afectaba a unos menores de nacionalidad belga y española, también en relación con el nombre y apellidos materia como la transmisión de los apellidos, ajena a la competencia de la Unión, el TJCE se pronunció sobre la nacionalidad en tanto que conexión aplicable por la norma de conflicto de ambos Estados. Ante la práctica belga de hacer primar la ley del foro, el TJCE, tras declarar que “la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 TCE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”, dejaba claro que no se estaba censurando la postura de las autoridades belgas por el hecho de hacer uso de la conexión “nacionalidad”, sino la preferencia que se daba a la nacionalidad belga sobre la española. El TJUE declaraba que “existiendo conexión con el Derecho comunitario, es posible que los hijos del demandante pueden invocar el derecho previsto en el art. 12 a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad por lo que respecta a las normas por las que se rigen sus apellidos... Los arts. 12 TCE y 17 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado Miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para los hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho estado y de otro Estado Miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado Miembro.” Así, la consecuencia es que las dos nacionalidades están en posición de igualdad y han de ser los afectados los que elijan la ley estatal que deba regir su nombre y apellidos. Vid. M.D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2009), Vol. 1, No 1. p. 143 a 151. www.uc3m.es/cdt

³⁵ Vid. E. ORTEGA MARTÍN, “La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural”, en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 330 a 333.

³⁶ Vid. B. BANASZAK WROCLAW, “La unión europea: un empeño hacia una comunidad de derecho y de valores en Europa”, en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 330 a 338.

³⁷ Vid. J.H. BRUNN, “Der europäische ordre public”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962.

³⁸ Cfr. M. GÓMEZ JENE, “La interpretación de la cláusula de orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. Op. publicado con ocasión del XXVI del Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 13 de noviembre de 2002, A. C.; M. GUZMÁN ZAPATER, “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi Civil*, junio 2001, núm. 5, pp. 15 a 40.

Humanos,³⁹ y las primeras aseveraciones sobre su existencia se vertieron en relación con supuestos alejados del Derecho de Familia, pues, aunque la sensibilidad en relación a los principios básicos justificadores del orden público es menor en los litigios de carácter patrimonial que en los de carácter familiar,⁴⁰ lo cierto es que la armonización del Derecho de la contratación es empresa vieja,⁴¹ mientras que la uniformidad de las normas de conflicto en materia de familia, no se ha emprendido hasta tiempos recientes.

La aceptación de que existe un “orden público comunitario” diferenciado de los “órdenes públicos internacionales” de cada uno de los Estados Miembros de la Unión, tiene que significar algo; cuando menos, tiene que conducirnos a plantearnos el interrogante de la posible relación jerárquica entre esos superprincipios que conforman el orden público comunitario y los principios fundamentales que integran el orden público internacional de cada Estado.

El natural solapamiento de los primeros, que tendrán presencia, lógicamente, en los dos planos jurídicos, el nacional y el supranacional, no puede excluir esa idea de jerarquía.

Sin duda tendrá que ser el TJUE el que clarifique esta cuestión tan trascendental para la ontología jurídica y para el desarrollo del Derecho comunitario en los años por venir.

Por lo pronto, importa constatar que los Jueces no son absolutamente libres en la definición de lo que, en cada caso, constituye el orden público internacional; existen limitaciones normativas en los Reglamentos comunitarios que constituyen límites jurídico materiales, como aquel adverbio, “manifiestamente”, que desde hace décadas aparece sistemáticamente en todas las formulaciones de las normas de aplicación de los Convenios auspiciados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, y también en los Reglamentos comunitarios sobre ley aplicable,⁴² o la norma del art. 25 del Reglamento 2201/2003, que prohíbe a los Jueces que conozcan del reconocimiento de una decisión extranjera de separación o de divorcio, hacer uso de la excepción de orden público del art. 22.a) “alegando que el derecho del Estado Miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos”.

Sin duda no son éstos los únicos límites jurídico–materiales que los Estados Miembros participantes deberán observar en el empleo del correctivo de orden público internacional del art. 12 del

³⁹ Vid. Sentencia de 3 de enero de 1998, partido comunista unificado de Turquía y otros contra Turquía. No menos significativa es la sentencia del TEDH de 8 de julio de 2004 que abunda en los valores –que no principios– de la multiculturalidad y la tolerancia: “Desde el punto de vista ético, el carácter multicultural de la sociedad europea invita a la tolerancia mutua tanto por parte de los pueblos como de los responsables políticos de las naciones de Europa que han elegido, de amera única, establecer su destino asegurando el respeto mutuo de tradiciones históricas particularmente fuertes. Desde el punto de vista jurídico, este multiculturalismo tiene por base el art. 6 del tratado de Amsterdam (antiguo art. f) del Tratado de Maastricht) que hace derivar los derechos fundamentales reconocidos a nivel de la Unión, de manera notable, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y que proclama, por tanto, que la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados Miembros...”

⁴⁰ Así lo hace notar la profesora Borrás en su Explanatory Report acerca del *no-n nato* Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, DOUE de 16 de julio de 1998, C- 221/27. Apartado 69. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, en *La Ley*, nº 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1 a 4.

⁴¹ Vid. PH. MALAURIE, “Loi uniforme et conflit de lois”, en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, París, 1967, pp. 83 y siguientes.

⁴² Vid. art. 13 del Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 13 de noviembre de 2007; art. 26 del Reglamento (CE) nº 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); art. 21 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Igualmente es de destacar la consideración que tiene la *prohibición de discriminación por razón de sexo*, en el Reglamento 1259/2010, sobre ley aplicable en materia de separación y divorcio, como verdadero *superprincipio* protegible, no por la vía del orden público (art. 12) sino a través de la cláusula extraordinaria de rechazo directo del Derecho extranjero (art. 10), con esta trascendental consecuencia: la apreciación de si un Derecho material extranjero lesiona los principios del orden público internacional del foro tiene que ser valorada y mensurada en el plano de los resultados concretos; y si la consecuencia o resultado concreto de la aplicación del correctivo de orden público se traduce en un resultado discriminatorio para un cónyuge, entonces no puede prevalecer el orden público del foro sobre el Derecho extranjero no discriminatorio, que debe ser aplicado integralmente. Así lo dispone de forma terminante el Considerando (25) del Reglamento 1259/2010, estableciendo que “...los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda forma de discriminación.”

Reglamento 1259/2010. Una vez más tendremos que dejar en manos del TJUE la labor de creación jurisprudencial de esos contornos, que, aunque sería incumbencia y responsabilidad de los propios Estados, al tratarse de principios fundamentales para la convivencia según los modelos de vida en ellos albergados, deben ser revisados por la más alta instancia jurisdiccional en Europa, a fin de que no se quiebren los cimientos básicos del edificio comunitario. En este sentido tiene un enorme interés la Sentencia del TJCE, 28 de marzo de 2000, C-7/98, Dieter Krombach y André Bamberski, Rec. I- 1935, en la que el Tribunal señalaba que, "...si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante." (Parágrafo 23)

20. La línea dura de la doctrina presente en las sentencias del TJUE en los casos *García Avello y Grunkin–Paul* sufrió una matización, que no una quiebra, en la célebre **Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010**, en el caso *Ilonka Sayn–Wittgenstein*. En esta Sentencia, la decisión de las autoridades austríacas de imponer a una ciudadana de esa nacionalidad un cambio de sus apellidos, por considerar los que tenía atribuidos, incompatibles con los valores presentes en la Constitución austríaca, se mira por el Tribunal europeo desde un prisma nuevo: en el escenario jurídico no se dirime la compatibilidad de la ley ordinaria de un Estado miembro con el Derecho comunitario, sino la fuerza con que el orden público internacional de un Estado puede oponerse al mantenimiento de unas barreras que, sin dañar ostensiblemente el derecho de libre circulación, vienen exigidas por la preservación de valores presentes en el Derecho constitucional de aquel Estado.

Desde 1919, existe en Austria una Ley de Abolición de la nobleza a la cual el Tribunal constitucional austríaco reconoció rango constitucional, ya que aplica el principio de igualdad entre los ciudadanos. En virtud de esta ley, un ciudadano austriaco no puede, por ejemplo, adquirir un apellido que incluya un título nobiliario tras su adopción por un ciudadano de otro Estado miembro que tenga legalmente dicho título y que lo utilice como elemento constitutivo de su apellido.

La ley fue impugnada por una ciudadana de nacionalidad austríaca residente en Alemania, donde obtuvo, como apellido de nacimiento, tras su adopción por el Sr. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, ciudadano alemán, el apellido de este último, con su título nobiliario, con la forma "Fürstin von Sayn-Wittgenstein" ("Princesa de Sayn-Wittgenstein"). Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein obtuvo en Alemania, con este apellido, un permiso de conducir y creó una sociedad, utilizándolo sin incidentes durante quince años. Pero en Austria, después de haberse inscrito en el Registro Civil el nombre adquirido de su padre adoptivo, la autoridad vienesa inició de oficio un expediente de rectificación del Registro Civil, comunicando a Ilonka que debería cambiar sus apellidos de manera que no contuvieran el sintagma "Fürstin" (Princesa).

Desde el punto de vista estricto del Derecho Internacional Privado, la cuestión planteaba escasas dudas, porque Ilonka era de nacionalidad austríaca y conforme al Código de Derecho Internacional privado austríaco de 1978, la ley aplicable al nombre y apellidos era la de su nacionalidad. Sin embargo, en este caso se daba la singularidad de que Ilonka había utilizado durante quince años su apellido en Alemania, y que el propio Registro Civil austríaco había admitido la inscripción de su nombre con el apelativo de **Princesa** (Fürstin).

Así pues, la demandante planteaba, no sólo la cuestión nuclear de la libertad de residencia y de circulación de todo ciudadano comunitario, al amparo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino que, además, sostenía que modificar el apellido *Fürstin von Sayn–Wittgenstein* que había usado de manera continua durante quince años, supondría una violación del derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En el procedimiento ante el TJUE, el Gobierno austriaco aducía en favor de su propia potestad en orden a la rectificación del apellido de Ilonka, que las disposiciones controvertidas en el litigio principal pretenden garantizar la identidad constitucional de la República de Austria. La Ley de abolición de la nobleza, exponía, aun cuando no es un elemento del principio republicano, principio rector de la Ley constitucional federal, constituye una resolución fundamental en favor de una igualdad formal de

trato de todos los ciudadanos ante la Ley, ningún ciudadano austriaco debía ser singularizado por complementos de apellido en forma de predicados nobiliarios, de títulos o de honores, cuya única función es distinguir a la persona que lo lleva y que no tienen ninguna relación con su profesión o sus estudios. En este procedimiento fueron varios los gobiernos de Estados de la Unión que se posicionaron al lado del Gobierno austriaco; los Gobiernos checo, italiano, lituano y eslovaco.

El Tribunal comienza por recordar que “cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincida con el que figura en el documento presentado como prueba de la identidad de una persona o cuando el apellido que figure en dos documentos presentados conjuntamente no sea el mismo, esa divergencia de apellidos puede generar dudas sobre la identidad de esa persona, así como sobre la autenticidad de los documentos presentados o la veracidad de los datos contenidos en éstos” (*considerando 69*). Sigue el tribunal: “el riesgo concreto, en circunstancias como las del litigio principal, de tener, debido a la diversidad de apellidos, que disipar dudas sobre su identidad constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio del derecho que se deriva del artículo 21 TFUE.” (*considerando 70*). Por consiguiente, existe “una restricción a las libertades reconocidas por el artículo 21 TFUE a todo ciudadano de la Unión” (*considerando 71*).

Aunque las normas por las que se regulan los apellidos y los títulos nobiliarios son competencia de los Estados, no deben obstaculizar la aplicación del Derecho de la Unión europea.

Sin embargo, recuerda el Tribunal, un obstáculo a la libre circulación puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas y si es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (*considerando 81*).

Por lo que se refiere a la justificación, la Unión Europea debe respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma también parte el carácter republicano del Estado. El Tribunal admite pues que “*en el contexto de la historia constitucional austriaca, la ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el derecho de la Unión*” (*considerando 83*). Además, la ley de abolición de la nobleza, como recuerda el Gobierno austriaco, aplica el principio de igualdad de los ciudadanos, principio que no sólo es compatible con el derecho de la Unión sino que constituye un principio general del derecho comunitario y está consagrado por el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Para el TJUE, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; que la Unión respeta la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que forma parte también la forma republicana del Estado.

Por lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida al objetivo perseguido, el Tribunal juzga que no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda realizar la consecución del objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, la posesión o el uso por sus nacionales, de títulos nobiliarios o de elementos nobiliarios susceptibles de hacer creer que la persona que los utiliza ostenta tal honor (*considerando 93*).

21. La lejanía entre las parcelas propias del nombre y apellidos y de la constitución del vínculo paterno filial, a la que aluden tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia como la del Tribunal Supremo, es una verdad no refutable. A esa falta de proximidad han aludido numerosos autores al comentar la posición adoptada por la DGRN en los últimos años.⁴³ Pero en este punto, tendríamos que hacer tres matizaciones: la primera es que ambas parcelas se mueven en el marco más general del *estatuto personal*; la segunda, que tanto el derecho a una filiación prefijada como el derecho a disponer un nombre desde el nacimiento, son inescindibles del *derecho del niño a tener una identidad única*, derecho que debe considerarse garantizado por el art. 7 de la Convención de Nueva Cork sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en todas las Sentencias dictadas en torno a este

⁴³ Cfr. G. CAMARERO GONZÁLEZ, “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7910, Sección Tribuna, p. 5; T. VÁZQUEZ MUIÑA, T., “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, ob. cit., p. 56.

caso, se citaba sin dársele relevancia decisiva en ordena la definición de lo que en el mismo, supondría la realización del interés superior de los menores. Y tercera: el TJUE no ha podido hasta el momento extender a las cuestiones de filiación su doctrina sobre la libertad de circulación y de establecimiento, por la sencilla razón de que no existe ninguna norma comunitaria sobre la determinación, la reclamación y la impugnación de la filiación, parcela implícitamente excluida del Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴⁴ y expresamente excluida del Reglamento 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, por el que se deroga el reglamento (CE) nº 1347/2000.⁴⁵

Es, pues, una incógnita cual sería la decisión del Tribunal de Luxemburgo si tuviera que afrontar esta cuestión, pero lo cierto es que el hecho de que no tenga, hoy por hoy, competencia para resolver esta cuestión, no justifica una lectura restrictiva ni sesgada de los razonamientos de dicho Tribunal, relativos a la existencia de un derecho a una identidad única.

22. Aunque trascendental, la jurisprudencia del TJUE en orden al derecho de todo ciudadano europeo a una identidad única, lleva el lastre de todo lo vinculado a una libertad comunitaria: sólo pueden ser invocadas por ciudadanos comunitarios. ¿Y los niños nacidos en California, hijos sólo de una mujer californiana según el Derecho español?

La necesidad de encontrar un cauce universal de realización del art. 8 de la CNY sobre los derechos del Niño no es ajena a la sensibilidad de las instituciones comunitarias, las cuales han venido sustituyendo persistentemente en los Reglamentos sobre ley aplicable, la conexión nacionalidad, heredada por casi todos los Estados europeos de la codificación napoleónica, por la *residencia habitual*, como un referente irrenunciable para el arrumbamiento de los obstáculos que se levantan frente a las libertades comunitarias de circulación de personas, bienes, capitales y decisiones de las autoridades europeas; y es que, si bien hasta ahora se ha venido atribuyendo decididamente la libertad de circulación a los *ciudadanos comunitarios*, es decir, a los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado Miembro, no lo es menos que el mercado comunitario sólo alcanzará las más altas cotas de perfección si se atribuye ese mismo derecho subjetivo de libre circulación a todos los sujetos que intervienen activamente en el tráfico jurídico, *sean o no ciudadanos comunitarios*.⁴⁶

Las perspectivas de arreglar este problema desde las instituciones comunitarias se han mostrado en la jurisprudencia del TJUE de los últimos años, alentadoras, pero también limitadas.

Las previsiones originarias del Tratado de Roma relativas a la *prohibición de toda discriminación* parecían mantener una rigurosa compartimentación entre el estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios y los nacionales de terceros Estados, carentes de dicha condición, hasta el punto de que llegó a hablarse en la literatura jurídica de una discriminación justificada por el derecho comunitario, impidiéndose a los no ciudadanos la invocación de la preceptiva de no discriminación. Ello hizo posible que el Tribunal de Justicia llegase a una conclusión que se ha repetido en un buen número de sus pronunciamientos: a saber, que “La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados Miembros, que permite a aquellos entre dichos nacionales que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”.⁴⁷

Así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia para supuestos anteriores a la propia entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento, en la Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada en los

⁴⁴ Diario Oficial núm. L 012 de 16 de enero de 2001.

⁴⁵ DOCE núm. L 338/1, de 23 de diciembre de 2003.

⁴⁶ Cfr. V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments”, ob. cit., pp. 99-136.

⁴⁷ Cfr. J.L. GIL IBÁÑEZ, “Algunas sombras en la ciudadanía europea”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ y EDUARDO MENÉNDEZ REXACH (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, pp. 47 a 63. Vid. Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193), apartados 31 y 32; y de 2 de octubre de 2003, García Avello, citada, apartados 22 y 23.

asuntos Vatsouras y Koupantantze,⁴⁸ resolución que afrontaba el ajuste al Derecho comunitario de una norma estatal en la que, excluyéndose del derecho a las prestaciones de asistencia social a los nacionales de los Estados Miembros, en cambio reconocía el derecho a su percepción a los nacionales de Estados terceros, en concreto inmigrantes ilegales.

En esta sentencia se razonaba que la norma prohibitiva de toda discriminación contenida en el Tratado fundacional “se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en las que un nacional de un Estado Miembro sufre un trato discriminatorio en relación con los nacionales de otro Estado Miembro únicamente por razón de su nacionalidad y no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre los nacionales de Estados Miembros y los de Estados terceros” (apartado 52). La misma observación se podría aplicar, claro está, a las situaciones inversas a las que el Órgano consultante planteaba al Tribunal de Justicia, es decir, aquellos casos en que la discriminación favorece a los ciudadanos de la Unión en perjuicio de los nacionales de terceros Estados.

Pero la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Derecho originario, por obra del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, estaba llamada a cambiar el punto de vista de la jurisprudencia acerca del alcance del principio de no discriminación, y su invocabilidad por nacionales de terceros Estados.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴⁹ proclamada en el momento de su alumbramiento, en el seno del Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 como instrumento sin valor jurídico obligatorio o vinculante,⁵⁰ tiene hoy reconocido un rango equivalente al de los Tratados constitutivos de la Unión, en cuanto, según establece el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta, a la que otorga “el mismo valor jurídico que los Tratados”.⁵¹ Con ello se deben dar por definitivamente zanjadas las dudas que se habían suscitado en torno, no sólo a su carácter vinculante sino incluso a su condición de norma genuinamente jurídica.

La Carta es el primer texto que en el entorno europeo, recoge en un cuerpo unificado derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Muchas han sido las fuentes de las que han bebido sus redactores,⁵² y el resultado ha sido el reconocimiento de un conjunto extenso de derechos que ya

⁴⁸ C-22/08 y C-23/08, Rec. p. I-4585.

⁴⁹ Texto consolidado en DOUE C 83/389 de 30 de marzo de 2010.

⁵⁰ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 10 de diciembre de 2000, pero se decidió su no inclusión en el propio texto del Tratado, por lo que no forma parte del derecho originario de la Unión Europea, y por lo que, al menos formalmente, nació sin vocación de texto vinculante y rector en materia de derechos fundamentales. Manero Salvador, Ana, “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”, en *El Tratado de Lisboa, análisis y perspectivas*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA y CASTOR M. DÍAZ BARRADO, Instituto Universitario de Estudios internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Dykinson S.L., pp. 113 a132, especialmente 115 a 117.

⁵¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha adquirido la práctica inveterada de recordarnos, en cada uno de sus pronunciamientos en que hace aplicación de la Carta, su carácter de Derecho originario. Cfr. L. MILLÁN MORO, “La aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea por las instituciones de la unión europea”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ y EDUARDO MENÉNDEZ REXACH (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, pp. 96 y 97.

⁵² Cfr. R. ALONSO GARCÍA, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Cívitas, Madrid 2006; R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia”. Editorial Aranzadi S.A. Navarra, 2006; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, “Los jueces nacionales ante la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 291, 2009; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001; CHUECA SANCHO, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, 2ª edición revidada. 1ª, Bosch, Barcelona, 2002; J. DUTHEIL DE LA ROCHE, “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 443, 2000; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Los Derechos Humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de profesores de derecho internacional y Relaciones Internacionales*. Marcial Pons, Madrid 2008. N. FERNÁNDEZ SOLA, “À quelle nécessité juridique répond la négociation d’une Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne?”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 442, octubre-noviembre, 2000, p. 595; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Mangas Martín, Araceli. (Dir.), “Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo”, Fundación BBVA, Bilbao, 2008; J. ROLDÁN BARBERO, “La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, en *Revista de Derecho*

estaban reconocidos por la mayoría de los Estados miembros de la Unión europea, pero cuyo encuentro en un código único les atribuye ahora un indudable valor intrínseco añadido, a saber, el de erigirse en la sustancia de la primera declaración formal de derechos dentro de la Unión.

Por otro lado, en el terreno conceptual, la Carta contribuye en una alta medida a la clarificación del estatuto de ciudadanía europea, pues, si bien algunos de los derechos consagrados se abrazan bajo la bandera del universalismo, reconociéndose a toda persona, con independencia de su nacionalidad o su lugar de residencia, no ocurre lo mismo con los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía de la Unión, muchos de ellos ligados, aunque sea lejanamente, a la idea de estado civil y a la necesidad de arrumar cualquier barrera, incluso la de la posible diversidad de estados civiles de un mismo sujeto según el suelo que pise, que se oponga a su libertad de circulación.

También se ha insertado en la Carta una serie de derechos que, sin representar una novedad respecto del acervo europeo de Derechos fundamentales y libertades públicas, sirven al fin de afrontar el desafío del desarrollo de las tecnologías de la información o la ingeniería genética”.⁵³

En el Capítulo III, bajo la rúbrica de la “Igualdad” se proclama con un alcance universal, en el art. 21.1, la prohibición de toda discriminación” y “en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Esta fórmula prohibitiva de toda discriminación que contiene el art. 21 de la Carta, es una de las más completas que ofrece el panorama jurídico internacional, pues recoge todos los fundamentos que pueden excusar o fundar un tratamiento injustificadamente desigualitario.

La fórmula está inspirada principalmente en los arts. 13 (Hoy, 19) del Tratado de la Unión Europea, 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y 11 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. La genealogía de la norma tiene interés porque, según algunos autores, la consagración, en la carta, del principio de igualdad, llevaría incorporado, de forma implícita, todo el “acervo comunitario” en materia de igualdad de hombres y mujeres, además de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Estrasburgo.⁵⁴

En la redacción del art. 21 se dan cita casi todas discriminaciones posibles de las que puede ser objeto el ser humano. Pero, con independencia de la prohibición de cualquier trato discriminatorio por razón de género, el imperativo de igualdad entre hombres y mujeres se aborda desde una formulación positiva en el art. 23 de la Carta, en el que se previene que “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos...”

Los sujetos destinatarios de las proclamaciones de derechos fundamentales que la Carta contiene no son sólo los ciudadanos de la Unión Europea, sino todas las personas físicas y jurídicas.⁵⁵ Los derechos reservados a los ciudadanos de la Unión aparecen reconocidos en el Título V de la Carta en el que se consagra el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales y el derecho a la protección diplomática y consular (arts. 39, 40 y 46). Los restantes derechos fundamentales reconocidos en este Título, aparecen vinculados, bien a la ciudadanía, o bien al domicilio o residencia habitual de las personas físicas en un Estado de la Unión. (Arts. 42, 43, 44 y 45.2); salvo el derecho a una buena administración, reconocido en el art. 41, a toda persona física o jurídica.

El Tribunal de Justicia se ha inclinado en algunos fallos recientes por el reconocimiento de libertades básicas a personas que no ostentan la ciudadanía, pero que mantienen una relación personal es-

Comunitario Europeo, vol. 16, 2003; A. VITORINO, “La charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2000, nº 3.

⁵³ Comunicación (COM(2000) 644 final) de la Comisión de las Comunidades Europeas “Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

⁵⁴ Cfr. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La igualdad entre hombres y mujeres en el derecho europeo”, en *Estudios (Ministerio De Asuntos Sociales)*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999, pp. 342 y siguientes; T. FREIXES SANJUÁN, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”, en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 60 a 64.

⁵⁵ D. SARMIENTO, “Los Derechos Fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa”, *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA y CASTOR M. DÍAZ BARRADO (Dir.). p.145.

trecha con ciudadanos comunitarios. Así, la jurisprudencia ha venido manteniendo en pronunciamientos recientes una doctrina según la cual, un Estado Miembro no puede denegar la residencia y el permiso de trabajo al nacional de un Estado tercero que asume deberes, impuestos legalmente, respecto de ciudadanos de la Unión, para cuyo cumplimiento se requiera la residencia en ese Estado de la Unión.

En la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, se declara que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea “se opone a que un Estado Miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado Miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”.

La situación a que la sentencia se refiere alcanza al cumplimiento de deberes asistenciales en general, por ciudadanos extracomunitarios a favor de ciudadanos de la Unión. Con esta doctrina puede ya decirse que el Tribunal de Justicia se ha dejado llevar por el viento de los derechos fundamentales y principios consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y ha dado los pasos necesarios para evitar que el concepto estricto de ciudadanía europea origine una lesión de la prohibición de toda discriminación, presente en los Tratados y en la Carta; prohibición que también protege a los nacionales de Estados terceros.⁵⁶

Si la cuestión de la invocabilidad del art. 21 de la Carta por quienes no tengan la condición de ciudadanos comunitarios se presenta altamente espinosa y difícil de abordar desde el prisma del Derecho originario, más ardua se divisa todavía, si se contempla desde un observatorio menos elevado: el de los Derechos constitucionales de los Estados Miembros de la Unión.⁵⁷ La mezquina limitación a los españoles de la proclamación de la igualdad de todas las personas ante la ley en la Constitución española (art. 14) ha sido oportunamente rectificadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en base a los arts. 1.1 y 139.1 de nuestra Ley Fundamental; y en las Cartas Magnas que venían coronando la jerarquía normativa de todos los ordenamientos europeos hasta la aparición de un Derecho supranacional, se impone a los Tribunales y a las Administraciones públicas estatales la incorporación de tal directriz, excluyente de toda discriminación, a todas las resoluciones, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, que se dicten dirimiendo conflictos interpersonales, tanto si tales conflictos mantienen una conexión comunitaria, como si no es así.⁵⁸

VI. El interés superior de los menores

23. He aquí otro concepto jurídico indeterminado al que cada cuál da el contenido que le suministra su propia experiencia, formación jurídica o ideología. En la ciencia jurídica española se han sostenido, siempre bajo la bandera del interés superior, toda clase de posturas, desde la de quienes postulan que se violaría el interés del menor si no se inscribiera en el Registro Civil la filiación de los comitentes, hasta la de quienes mantienen que la prohibición legal del art. 10 de la LTRA responde al objetivo de

⁵⁶ Vid. J.E. PECES MORATE, “Los ciudadanos no comunitarios en la unión europea: un mundo para los jueces”, ob. cit, pp. 121 y 122.

⁵⁷ Vid. D. SARMIENTO, “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 15, 2005, pp. 375 y siguientes; R. ALONSO GARCÍA Y RICARDO Y D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Thomson & Cívitas, Madrid, 2006.

⁵⁸ Por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros, conviene recordar que no todos ellos han compartido el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la fuente de la imperatividad del Derecho comunitario. Para los Tribunales Constitucionales alemán, italiano y español, el Derecho de la Unión no deriva su autoridad de los Tratados, sino de las Constituciones de los Estados Miembros, de manera que serán los propios Tribunales Constitucionales los que marquen las pautas acerca del alcance de los derechos fundamentales que, con análoga denominación y evolución histórica, tengan distinto alcance en la Carta de los Derechos Fundamentales y en los textos constitucionales estatales. Vid. Sarmiento, Daniel, “Los Derechos Fundamentales de la Unión en el Tratado de Lisboa”, en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, C.R. FERNÁNDEZ LIESA y C.M. DÍAZ BARRADO (Dir.). P. 145.

velar por el interés del menor, de su derecho a conocer sus orígenes biológicos y de proteger a las partes débiles de la relación jurídica.⁵⁹

La cuestión del interés superior de los menores ha sido tratado en las tres Sentencias jurisdiccionales dictadas a lo largo del *iter*, con sumo respeto y cautela pero sin que, en definitiva, se haya considerado que ese interés se encuentre por encima de las demás consideraciones propias de la legalidad interna (art. 10 de la LTRA).

Así, la Audiencia Provincial de Valencia, en el Recurso de Apelación del que conoció frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, declaraba que "...la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley..."⁶⁰ Y la Sentencia del Tribunal Supremo, declara que "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma."⁶¹

La argumentación del Tribunal Supremo en relación con este punto merece, cuando se trata del interés superior de los menores, que está reconocido en textos internacionales, una objeción. En términos generales, las normas que toman como supuesto de hecho un ámbito extenso de la realidad, excluyen la validez de una norma de rango inferior que la excepcione para un supuesto particular; salvo que la propia norma superior haya previsto la excepción –por ejemplo, una deslegalización operada desde la propia norma con rango de ley.

Y he aquí que el tratamiento que el Supremo dispensa al principio de prioridad del interés del menor, no resulta acorde con el principio de jerarquía normativa, pues la propia Ley Orgánica de Protección del Menor, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, coloca por encima de la legalidad ordinaria los tratados internacionales ratificados por España y muy en particular la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (art. 3).⁶² La prioridad aplicativa de los Convenios internacionales sobre las leyes internas españolas está extensamente aceptada y ha encontrado expresa cristalización en la propia Ley 54/2007 de Adopción Internacional, de la que hemos dicho que ofrece un material en gran parte aprovechable para la maternidad subrogada. En efecto, el art. 25 de esta Ley dispone que las normas contenidas en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, "... prevalecerán, en todo caso, sobre las reglas contenidas en esta Ley."

24. En realidad la cuestión del interés superior de los menores debía ser abordada bajo un prisma de futuro, preguntándose el Supremo desde una perspectiva *ex ante* qué sería de ellos en el caso de denegárseles la misma filiación que tienen inscrita en Registro Civil de California.

Preguntémonos, pues: ¿Qué sucederá ahora con los menores nacidos en el marco de la maternidad subrogada californiana, que no pueden ser inscritos como hijos de quienes ostentan su guarda?

Ciertamente, el oscuro pronóstico de su regreso a los Estados Unidos para crecer en un orfanato, lejos del abrigo y del calor de una familia, constituía un recurso argumental de la defensa de los padres comitentes demandados, disculpable en términos de estrategia defensiva pero indudablemente exagerado y realmente distanciado de la política de protección de los menores que inspira en nuestro país la labor de las entidades públicas autonómicas y de los jueces y tribunales.⁶³ Incluso cuando fracasa

⁵⁹ En este sentido, J.M. ESPINAR VICENTE, "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Gestación por sustitución y el amparo a los actos de fraude a la Ley", en *Nuevas fronteras de la Unión Europea: Liber amicorum: Jose Luis Iglesias Buhigues* (Coord.: C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno. M. A. Penadés Fons), 2012, pp. 589-604; M. GUZMÁN PECES, "Hacia un derecho dispositivo en materia de estatuto personal y familiar? Reflexiones a la luz del Derecho Internacional Privado español", en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 497-501.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª de 23 de noviembre de 2011. Fundamento de Derecho quinto.

⁶¹ Fundamento Jurídico cuarto, apartado 7º.

⁶² Cfr. A. DURÁN AYAGO, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

⁶³ Labor que, en todo caso, debe subordinarse al mandato de observancia del interés superior del menor, a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. De los siete principios rectores que deben

una adopción, el retorno o repatriación del menor adoptado constituye el último recurso conforme a lo previsto en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de protección de menores.⁶⁴

Ahora bien, esto no significa que no haya sido dañada, en el caso concreto, la seguridad jurídica.

Las recomendaciones del Tribunal Supremo relativas al respeto de los vínculos afectivos creados, no son vinculantes para ninguna autoridad que no haya participado en el proceso.

El recuerdo de cómo se forjó en California la convicción acerca de la legalidad y la conformidad al orden público del *State* del primer contrato de maternidad subrogada, nos tiene que traer a la fuerza la certeza de que lo trágico siempre puede volver a repetirse.

La decisión del Tribunal Supremo no parece la más coherente con un ordenamiento que hasta ahora decía inspirarse en todo lo relativo a medidas paternofiliales, en el *interés superior del menor*.

Cuando un niño nace en un Estado en el que el contrato de maternidad por subrogación es lícito y es llevado a otro en el que no lo es, se da con relativa frecuencia el desenlace que el propio Tribunal Supremo considera previsible: se aplican las reglas generales de atribución de la paternidad y de la responsabilidad parental propias del Estado en el que el menor va a tener su residencia habitual legal⁶⁵ y el menor termina viviendo y desarrollando su personalidad bajo la custodia de hecho de quien no puede ejercer ninguna potestad legal; situación de grave inseguridad jurídica que puede extremarse en un resultado indeseable si la madre biológica se arrepintiese de lo hecho en los últimos meses y quisiese reclamar la maternidad sobre el fruto de su vientre. En tal caso, ante una eventual demanda de la madre biológica, la aplicación de la ley española devendría inexorable: la madre es la que ha alumbrado al niño (art. 10 de la LTRA) y es a ella a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 154 a 156 del Código Civil).

La benevolencia de las instituciones puede prolongar por el tiempo necesario una *guarda de hecho*⁶⁶ de los padres recurrentes –eso es lo que son ahora: guardadores de hecho– bajo la vigilancia no demasiado intensa de la autoridad judicial (art. 303 y 304 del Código Civil); situación que podría transitar a medio plazo hacia una *tutela*, en cuanto los menores no están sujetos a ninguna potestad o responsabilidad parental (art. 222.1º del Código Civil): ni a la de sus guardadores, que no son *padres*, ni a la de su madre biológica, que carece de potestad legal según su propia legislación californiana, la cual ha expresado en un contrato, todo lo *ilícito* que se quiera pero radicalmente real como *hecho jurídico*, que no pretende mantener ningún vínculo jurídico ni ejercer potestad alguna, sobre el nacido de su vientre.

Una vez constituida tal tutela, pero siempre bajo la espada de Damocles de una reclamación por parte de la madre biológica, se puede acceder a la *adopción* por los comitentes que hayan tenido a los niños bajo su guarda legal durante al menos un año, sin necesidad de solicitud, aunque sí de audiencia, de la entidad pública competente en materia de protección de menores (art. 176.2.3º del Código Civil). A esta adopción se le aplica la ley española al tener el menor adoptando su residencia habitual en España en el momento de la adopción (art. 18.1 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional).

Así que, siendo de aplicación la ley española, aunque sólo uno de los comitentes llegue a adoptar al niño, quedará extinguida toda relación jurídica del adoptando con su familia de origen (art. 178 del Código Civil).⁶⁷

presidir la acción de los poderes públicos en materia de protección de menores, a tenor del art. 11.2 de la Ley, los tres primeros pueden ser conectados con el criterio social en materia de determinación de la paternidad/maternidad: “2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor. b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. c) Su integración familiar y social...”

⁶⁴ Cfr. art. 21 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993.

⁶⁵ Cfr. arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

⁶⁶ En la propia Sentencia se advierte que, como consecuencia inexorable del FALLO, “...los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes”. Es esa relación meramente fáctica lo que lleva al Tribunal a postular una solución que parta de este dato y que permita “...el desarrollo y la protección de estos vínculos.” (Fundamento de Derecho Quinto, apartado 11º).

⁶⁷ Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos e convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, ob. cit., p. 10.

A estas consideraciones aún debemos añadir que los menores nacidos de gestación por sustitución, cuya filiación no se haya reconocido en España, no tienen derechos sucesorios sobre los comitentes que fallezcan, como tampoco tendrían conforme a nuestro Derecho público, derecho alguno a percibir pensión alguna de orfandad por causa de la muerte de éstos. El Tribunal Constitucional ha garantizado el igual tratamiento a efectos de pensiones públicas de todos los hijos, matrimoniales o no, con independencia de su filiación,⁶⁸ pero, claro está, dada la ubicación del art. 39 fuera del Capítulo II del Título I, lo que sea o no sea “hijo”, queda sujeto a las determinaciones del Derecho civil por legislación ordinaria.

Así pues, aunque el debate social debe extenderse a escuchar todas las voces y todas las versiones posibles sobre lo que representa en cada caso el interés superior, no podemos dejar de considerar la posibilidad de que la exclusión radical de la maternidad subrogada pueda producir más efectos dañosos que favorables en términos de proyección de menores. Los profesores *A. Van Niekerk* y *L. Van Zyl*, en su “Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective”, muestran su parecer en el sentido de que la gestación por sustitución no supone necesariamente una cosificación o degradación del niño, y que la prohibición legal origina más problemas de los que resuelve.⁶⁹

VII. Implicaciones de la doctrina del Tribunal Supremo

25. Las valoraciones que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el contenido del orden público internacional implican:

- 1º. Que no es posible ya utilizar la técnica de Derecho Internacional Privado de reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de los nacidos en el marco de la maternidad subrogada.
- 2º. Por un razonamiento *a fortiori*, que tampoco es posible inscribir tal filiación en virtud de una mera certificación extranjera favorable a los padres comitentes, aunque esta prohibición ya aparecía establecida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, instrumento ahora ya de inviable aplicación.
- 3º. Por un razonamiento lógico, teniendo en cuenta ese mismo contenido que el Tribunal Supremo da a nuestro orden público internacional, tampoco es posible hacer uso de una técnica conflictual, articulable en torno al art. 9.4 del Código Civil, el cual manda aplicar la ley nacional del nacido, en los supuestos en que sea la jurisdicción española o el encargado del Registro Civil el que tenga que resolver sobre la paternidad de los comitentes, sin partir de una previa decisión o de una certificación extranjera, de la ley nacional de aquel. La jurisprudencia venía manteniendo, en efecto, que el artículo 9.4 del Código Civil es aplicable sólo cuando se insta a través de declaración del sujeto (art. 168 RRC), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero, sin decisión previa. En ese caso, el encargado del Registro Civil debía determinar la filiación mediante la ley material a la que remite el artículo 9.4 del Código Civil, que en la inmensa mayoría de los casos, es la ley española.

⁶⁸ Como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo), de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas. Igualmente ya declarado el Tribunal Constitucional que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 en cuanto obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero), y a los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad de tratamiento incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que *la filiación no admite categorías jurídicas intermedias* (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, y 200/2001, de 4 de octubre, y 154/2006 de 22 de mayo).

⁶⁹ Cfr. A. VAN NIEKERK, A. y L. VAN ZYL, “Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective”, en *Medicine and Law*, vol. 14, nº 3/4, pp. 163–170. Los mismos autores, en su trabajo “Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood”, en *Journal of Medical Ethics*, vol. 26, nº 5, octubre de 2000, pp. 404–409, defienden que es más probable que la prohibición de la maternidad subrogada acabe originando un perjuicio sustancial para los nacidos.

En los casos de niños nacidos fuera de España de la situación de madre portante/gestante, se plantea la situación conocida como de *dobles espejo*, que es la que suscita cualquier supuesto en que la determinación de la nacionalidad se vincula por vía del criterio del *ius sanguinis* a la cuestión de la filiación y, al propio tiempo, la cuestión de la filiación se hace depender, cual hacen el art. 9.4 del Código Civil de y un buen número de normas de Derecho Internacional Privado de otros Estados de nuestro entorno, a la determinación de la nacionalidad del nacido.

Pues bien, en lo sucesivo, ya no podrán utilizarse las enseñanzas de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la doctrina científica española acerca del escape del círculo inextricable el doble espejo, pues es inútil preguntarse cuál sería la nacionalidad de un sujeto nacido fuera de España bajo la cobertura de cualquier régimen de maternidad por sustitución: la solución del Tribunal Supremo es que, tenga la nacionalidad que tenga, los tribunales españoles vendrán obligados a aplicar el art. 10 de la LTRA, bien porque la ley española resulte llamada en aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 17.1 en relación con el 9.4 del Código Civil, o bien por forzosa inaplicación de la ley extranjera contraria a nuestro orden público internacional: el artículo 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público internacional.

Los Magistrados que votaron a favor de la solución contenida en el fallo de la Sentencia eran perfectamente conscientes de la necesidad de formar un cuerpo de doctrina pacífica en la delicada materia del estado civil propio de los niños nacidos de madres que no desean tenerlos y acogidos por padres putativos que desean hacerlos suyos; y por tal razón se acordó someter el asunto al pleno del Tribunal, "...advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina." (Antecedente de hecho *undécimo* de la Sentencia).

Ahora bien, la precisión del art. 1 del Código Civil que sujeta la función integradora del Derecho que incumbe al Tribunal Supremo a una doctrina *reiterada*, nos lleva a hacer una reflexión en el marco de la teoría general de las fuentes: la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y en el marco de un contencioso privado, ha dejado sin efecto la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, que, dictada en relación con un supuesto concreto de filiación entre partes conocidas y determinadas, no era *Derecho objetivo*. Pero no ha dejado sin efecto, en cambio, la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, dictada cuando ya había surgido el conflicto interpersonal que dio lugar a aquella Resolución de 2009. Esta instrucción sí es *Derecho objetivo* y, aunque la exclusión del reconocimiento de meras certificaciones es contraria a las determinaciones contenidas ahora en la NLRC de 2011,⁷⁰ es indudable que constituye un referente jurídico acerca de los requisitos de inscripción en el Registro Civil de una certificación registral extranjera. La Instrucción de 2010 no hace ninguna referencia a un correctivo de orden público internacional, en referencia a las certificaciones extranjeras que no traigan causa de una resolución extranjera. Solución sorprendente, que en todo caso no impide que el orden público internacional español despliegue su fuerza excluyente del reconocimiento. En todo caso, las soluciones contenidas en la Instrucción que deban considerarse subsistentes al día de la fecha, cuando todavía no ha entrado en vigor la NLRC,⁷¹

⁷⁰ Como no podía ser de otro modo, la Ley 20/2011 de 2 de julio no hace ninguna referencia a la maternidad subrogada. Las disposiciones que se dedican a la inscripción del nacimiento, como hecho, y la filiación, como relación jurídica perteneciente al arco de las menciones de la identidad, quedan embebidas, no contienen ningún material jurídico sustantivo, y ello mismo debe sorprendernos. Una ley registral no es el enclave apropiado para definir lo que sea o no el orden público internacional, máxime cuando confiesa desde el primero de sus artículos la modesta pretensión de servir de instrumento probatorio para unas realidades extrarregistrales que son susceptibles de prueba por otros medios.

Lo que sí incorpora la nueva ley registral (en adelante, NLRC) es una regulación del traslado de las inscripciones registrales practicada en registros extranjeros que aparece presidida por las siguientes pautas fundamentales:

1ª. Toda inscripción practicada en un registro extranjero que sea mero reflejo de una decisión del Estado del foro, sólo puede ser trasvasada a nuestro registro español cumpliendo inexorablemente las exigencias propias del reconocimiento de esa decisión.

2ª. Prioridad del Derecho comunitario y del Derecho convencional sobre las disposiciones de la propia Ley registral.

⁷¹ La Disposición adicional decimonovena del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia dispone que "La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación de este Real Decreto-ley no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015."

no son compatibles con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que los jueces vienen obligados a considerar en el estudio de los casos que ante los mismos se plantean, pero que no están obligados a acatar como una verdadera *doctrina jurisprudencial*.

VIII. El fraude de ley y la búsqueda, por los padres comitentes, del foro de conveniencia

26. Aunque el Tribunal Supremo elude referirse en términos explícitos a un posible fraude a la ley española por parte de los recurrentes, sí hace consideraciones de las que se desprende un juicio de valor acerca de la intención de los mismos de eludir la aplicación de la ley material imperativa española (art. 10 de la LTRA) en cuanto reputa *nulo* el contrato de maternidad subrogada.

“... En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).”

¿Constituye fraude de ley, para los padres comitentes, la suscripción, asunción y ejecución, fuera de España, de las estipulaciones propias de un contrato de maternidad subrogada?

El Art. 12.4 del Código Civil dispone que “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.”

Aunque la doctrina científica no suele reconocer un papel destacado al fraude de ley en el campo del Derecho Internacional Privado, ni en España ni en el extranjero, principalmente por conducir en el plano finalístico a unas consecuencias parejas a las del correctivo de orden público internacional,⁷² el Tribunal Supremo ha utilizado la dialéctica del fraude en el terreno del reconocimiento de decisiones extranjeras, para efectuar un control de competencia de las mismas, cuando las partes han salido de su propio suelo buscando un foro de conveniencia.⁷³

Es fácil llegar a pensar que quienes viajan a un Estado cuyo Derecho permite fijar la filiación en base a una composición entre padres comitentes y madre portante o gestante, están sustrayéndose, sencillamente, a una norma imperativa del ordenamiento jurídico, de manera que su comportamiento tendría encaje tanto en el citado art. 12.4 como en la figura genérica del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil.

Sin embargo, aunque es patente que los sujetos imposibilitados de procrear marchan al extranjero para hacer allí lo que les prohíbe el Derecho del Estado de procedencia –España en este caso– sus motivaciones últimas merecen una reflexión acerca de los exactos motivos que les determinan a desplazarse. El más evidente es el de que, en España, no encontrarían una mujer dispuesta desde el momento de la concepción a renunciar a la maternidad, por consideraciones derivadas del propio art. 10 de la LTRA, y de las ingenuas y limitadas alternativas al aborto que proporciona la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (Cfr. arts. 14 y 17). Otro, quizás menos visible, puede ser el de la mejor calidad de los servicios sanitarios asociados a las técnicas de reproducción asistida que hayan de emplearse en el caso concreto según la particulares circunstancias del sujeto o sujetos comitentes, o acaso el inferior coste de tales servicios.

⁷² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I., pp. 345 y 346.

⁷³ Autos del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1998, 27 de octubre de 1998, 23 de marzo de 1999, 30 de marzo de 1999, 21 de septiembre de 2000, 17 de octubre de 2006, 19 de junio de 2007, entre otros. Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado* Cívitas & Thomson Reuters, 6ª edición, p. 239; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, ob. cit., pp. 351 y 364.

En un muy último plano puede explicarse la migración con fines reproductivos, pero no justificarse racionalmente, por el temor de sufrir en España una incriminación *ex art. 220.2 del Código Penal*,⁷⁴ por el deseo de aparentar ante los familiares o a los miembros de una colectividad social una situación de normalidad reproductiva, o el propósito, más que razonable, de alejar del hijo venidero las fuentes de la verdad acerca de su origen; lo que incluye la busca de la madre biológica más alejada posible, geográficamente, del punto en el que se desarrollará la vida de dicho hijo.⁷⁵

Las motivaciones posibles son demasiado numerosas como para que deba presumirse una finalidad de fraude en el sujeto o sujetos que cruzan nuestras fronteras para procrear en el extranjero a través de los mecanismos de la maternidad subrogada.

El hecho de que los sujetos con residencia en nuestro país se desplacen al extranjero para aprovechar las técnicas de reproducción asistida y suscribir un contrato de maternidad subrogada, no es equivalente a un *forum shopping for law shopping*, cuando existen conexiones objetivas con el Estado de recepción, en el que normalmente coincidirán la *residencia de la madre gestante*, su *nacionalidad*, y el *nacimiento* en ese mismo suelo estatal del niño nacido de tales técnicas.

27. En todo caso, la técnica del *fraude de ley*, nacido y desarrollado históricamente en el extenso campo del Derecho civil patrimonial, no debe erigirse en el sistema de indagación de soluciones apropiadas para la identificación del interés superior del menor. La concreción de la situación jurídica familiar que se corresponda con ese interés superior debe seguir una metodología abierta en base al modelo de los tres criterios de filiación que señalaba la profesora *Campiglio*: el *criterio gestativo*, el *criterio genético* y el *criterio social*.⁷⁶

No son pocos los Estados cuyos tribunales consideran que el interés superior del menor debe colocarse por encima de cualquier otra consideración acerca de la ilicitud del contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero.

Y, finalmente, pero en conexión con ese relevantísimo criterio social que el propio Tribunal Supremo reconoce está presente en la ordenación jurídica española de los vínculos de filiación, no se puede obviar que, en cualquier razonamiento que ligue el fraude de ley a la imposibilidad de inscribir la filiación fraudulentamente constituida –pero según un modelo válido en el lugar de constitución– se encuentra la semilla injusta de castigar al hijo por los pecados de los padres. Y esa posibilidad no sólo viene terminantemente excluida en el art. 2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989,⁷⁷ sino que también nos ha advertido contra ella el Tribunal Constitucional al resolver sobre la inconstitucionalidad del art. 133 del Código Civil.⁷⁸

⁷⁴ Nótese que el delito del art. 220.2 del Código Penal sólo expresa una conducta punible para el que da al niño, no para el que lo recibe. Cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de 26 de marzo de 2007, dictado en los autos de apelación núm. 160/2007: “...no concurre el delito del art. 221.2 del Código Penal. Si este Tribunal entiende que el delito del art. 220 sólo sanciona como sujeto activo del delito a quien entrega al menor, pero no a quien lo recibe, y a ello añadimos que la madre, también imputada en este procedimiento, su filiación en absoluto quedó alterada, ya que la menor figura inscrita como hija de la misma, sin que conste alteración ni modificación alguna, volvemos a encontramos ante una situación atípica con respecto a estos imputados, a juicio de este Tribunal.” (Fundamento de Derecho 3º) de 26

⁷⁵ Está fuera de toda duda que, si en algún momento se aborda por el legislador español la regulación, con todo el control que se quiera, de la maternidad por sustitución, los hijos nacidos de tales prácticas tendrán reconocido el derecho de conocer sus orígenes, con igual alcance que el que se reconoce a los adoptados en resolución firme. (art. 180.5 del Código Civil)

⁷⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 13ª edición, Vol. II., p. 301.

⁷⁷ A tenor del art. 2.2 de la Convención, “ Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de..... las actividadesde sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

⁷⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núms. 14/1990 de 15 de noviembre y 273/2005 de 27 de octubre, señalándose en esta última que las previsiones contenidas en el art. 39 de la CE “...obedecen precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos...”

IX. Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo

28. El examen de las razones incorporadas a la fundamentación de la Sentencia, por el Tribunal Supremo, revela una cierta ingenuidad en relación con los planteamientos económicos relativos a la diferente posición de las partes en el contrato de maternidad por sustitución. Si bien es cierto que los comitentes suelen disponer de cierto respaldo económico, que les permita costear las prácticas propias de la reproducción asistida y mantener una continuada supervisión de la madre gestante durante todo el proceso de embarazo, ello no significa que el consentimiento de esta última aparezca condicionado siempre, ni en la mayor parte de los casos, por una situación económica paupérrima.

Las razones aducidas por el Tribunal Supremo no han ido más allá del arsenal argumental de motivos éticos —absolutamente respetables desde cualquier óptica de un Estado de Derecho— expuestos en el año 1986 en el Informe Palacios que se recabó por el Congreso de los Diputados para adoptar criterios que debieran llevarse a la que sería nuestra primera Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, la ya derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

En efecto, en el Informe Palacios se concluía que la gestación por sustitución debía ser rechazada, en parte por las dificultades jurídico—empíricas de su regulación y de su ulterior operatividad en el marco de la sociedad española;⁷⁹ pero también por razones éticas, que son, sencillamente, las que con una dicción adaptada a la literatura jurídica de los últimos años, hemos leído en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

“...al considerar que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado puede contribuir), un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles...”⁸⁰

⁷⁹ Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986).

“Hay en la gestación de sustitución —se afirmaba en el informe— cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían en interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación:

— Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón.

10 Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro.

— Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.

— Si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

— Si se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.

— Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.

— Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril.

— Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo.

— Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.

— Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.

— Si hubiere otras personas (la donante de óvulos, por ejemplo) con intenciones pleitistas, etc.”

— Si el hijo reivindica su origen genético y obstetricia”

⁸⁰ Años después, y hasta muy poco antes de promulgarse la vigente Ley 14/2006, el principal responsable de este Informe, el Profesor Palacios Alonso, seguía postulando la necesidad de mantener la prohibición del art. 10 de la primitiva Ley 35/1988, con los mismos argumentos: “En el Informe que me fue encomendado hacer por la Comisión Especial de Estudio del Congreso de los Diputados que presidí, se dan argumentos —admitidos general-mente, con alguna excepción— contra la aceptación y la validez del contrato de gestación de sustitución, en especial por el rechazo a la prevalencia intelectual o económica que puedan inducir la decisión de una mujer a tal gestación, los posibles daños que puedan afectar a su salud o a la de la descendencia, o el cambio de criterio sobre la decisión tomada, decidiendo finalmente retener para sí al hijo (por diversas razones, entre otras y fundamentalmente, por la vivenciación del hijo en las entrañas —el “amor entrañable” de la madre— durante los nueve meses). Sin duda, la gestación de sustitución puede ser fuente de mercado, abuso o degradación de la mujer utilizada como gestante/máquina/incubadora...” M. PALACIOS ALONSO, “Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88): de 1988 a 2005”, en *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Montovani*, VV.AA. (Coord.: I. Benítez, L. Morillas, J. Peris), Dykinson, Madrid, 2005 p. 20.

29. Las consideraciones que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el *mercantilismo* no pueden descartar la procedencia de inscribir en el Registro Civil español una filiación derivada de la maternidad por sustitución, cuando no haya mediado retribución, recompensa, promesa, ni siquiera reembolso de gastos, entre los padres comitentes y la madre portante o gestante; como tampoco revelan consideraciones que impidan, cara al futuro, al legislador, optar por un sistema en el que se subordina el contrato de maternidad subrogada a la gratuidad de la prestación de una madre gestante que, al entregarse a otros sin compensación económica, nada perdería de su dignidad humana, resultando ésta, por el contrario, realzada a niveles épicos. Y ello sin perder de vista la posibilidad de optar por un sistema que, sin ser remuneratorio, pueda considerarse meramente retributivo de gastos o indemnizatorio de daños personales de la mujer gestante.⁸¹

En suma, el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta las voces de la doctrina que, aunque todavía dividida, reclaman un debate que la Sentencia comentada parece dar por cerrado. Tan cerrado, que no sólo ha puesto coto a las valiosas enseñanzas que contenía aquella Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, sino que además ha ignorado la postura todavía abierta a un orden público multicultural, que se mantiene en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.⁸²

30. Poco respeto ha mostrado el Tribunal Supremo en su fundamentación jurídica a las enseñanzas del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea acerca de la existencia de un derecho de todo niño-ciudadano-de-la-Unión a mantener *una misma y única identidad y un mismo y único estado civil en el territorio de la Unión*.

Sin duda el efecto directo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene que tener el significado de que los particulares pueden invocar su aplicación y esgrimirlo en cualquier proceso matrimonial y ante cualesquiera autoridades competentes para conocer del mismo, jurisdiccionales o no.

Ahora bien, nos equivocáramos si afirmáramos que el art. 21 del TFUE soluciona todos los problemas relativos a esa *identidad* y a ese *estado civil únicos* del niño venidero, fruto de las prácticas de la maternidad subrogada. El art. 21 sólo se refiere al derecho a la libertad de circulación y de establecimiento de los *ciudadanos europeos*. Así, en el plano de los resultados, la recta aplicación por los jueces europeos de dicha norma supranacional no nos separa demasiado de las consecuencias de un *orden público de proximidad*, pues en realidad lo que se está haciendo es imponer la primacía de la solución comunitaria sólo cuando la situación privada internacional mantiene una conexión con la Unión Europea, por razón de la condición personal de una de las partes.

31. Se echa en falta, en la fundamentación jurídica del Supremo, una valoración a nivel constitucional de los *derechos fundamentales* que se encuentran juego. Por una parte, colocados hipotéticamente del lado de sustentar la nulidad del contrato de maternidad subrogada, tendríamos que saber hasta

⁸¹ En este sentido, el Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya nos trae un ejemplo llamativo que nos brinda el Derecho comparado: “Israel stands as an exception because its legislation authorises the committee which pre-approves surrogacy arrangements to allow monthly “compensation payments” to the surrogate for “pain and suffering”, as well as reimbursement for her expenses. The Act does not require such compensation and specifies no minimum or maximum payments, leaving it to the discretion of the parties and, ultimately, the committee.” (Apartado 18 del Informe Preliminar)

⁸² Con todo, no es inoportuno poner de manifiesto en este tramo final del trabajo que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 estaba de todas maneras destinada a perder parte de su efectividad con la entrada en vigor, el 22 de julio de 2014, de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, en cuyo artículo 98 se establecen los presupuestos en virtud de los cuales una certificación registral del Registro extranjero que no constituya “mero reflejo registral de una resolución judicial previa”, puede acceder al Registro Civil español. En dicho precepto no se establece ninguna excepción relativa a la maternidad subrogada ni, por extensión, a las inscripciones de filiación, por lo que, en esa fecha, la previsión de la Instrucción de 2010 de que sólo en virtud de *resolución judicial firme extranjera* puede inscribirse una filiación derivada de la maternidad por sustitución, devendría ineficaz por meras consideraciones de jerarquía normativa. Vid. la crítica que los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa dirigen a esta Instrucción en su *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., pp. 304-306. Vid. M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, en *Anuario Facultad de Derecho* – Universidad de Alcalá V, 2012, pp. 365-381.

qué punto y con qué alcance vinculante para los jueces españoles, podemos invocar ante la jurisdicción, en orden a traer a primer plano la dignidad y derechos fundamentales de la madre portante/gestante y del propio niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños –más conocido como Protocolo contra la trata de personas– adoptado en Palermo el 15 de diciembre de 2000, o la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Pero, por otra parte, también se ha omitido, situados en el plano argumental opuesto, cualquier consideración referente a un posible *derecho fundamental a la procreación*, derecho que, ciertamente, no ha encontrado reconocimiento en nuestra Constitución,⁸³ ni en nuestra legislación ordinaria;⁸⁴ pero del que sí halló acogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, en la que, con ocasión de valorar el daño producido en la esfera jurídica personal del demandante, derivada de por una intervención de vasectomía, se valoraba el derecho de dicho demandante a procrear.

Pero en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 no aparece ninguna consideración relativa a tal derecho, aún cuando el estado de la jurisprudencia patria e internacional reclamaba alguna apreciación del Alto Tribunal a este respecto, aun cuando se concluyese, como era de esperar, que el derecho a la procreación tampoco es, como tantos otros, un derecho subjetivo absoluto, estando sujeto a límites que deberían ser adecuadamente trazados.⁸⁵

En realidad la propia LTRA parte de la base de la existencia de un derecho a la procreación, que tiene unos límites definibles por el Estado, si bien los contornos no aparecen claramente señalados en la propia Ley. Si fuera posible sostener que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 9 un verdadero derecho fundamental, sería necesario asumir que, desde luego, está subordinado a los dictados de la Ley, pues la propia norma reconoce el derecho de fundar una familia “...según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

X. El mito de la verdad biológica y las posibilidades de la “filiación intencional”

32. El hecho de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se haya limitado a mencionar la *dignidad* como fundamento de su aseveración de que el art. 10 de la LTRA pertenece al bloque del orden público internacional, suscita la duda de si existen otras previsiones constitucionales con relevancia en esta materia.

El artículo 39.2 de la CE dispone que “Los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.” añadiendo que “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

El apartado 4 del propio precepto constitucional establece que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

⁸³ Aunque algunos han llegado a afirmar que existe un verdadero derecho a la reproducción que sería inherente a la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y además interesado en los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE) y en distintos derechos fundamentales: el derecho a la vida, general a la libertad, y el derecho a la intimidad personal y familiar. Cfr. E. ROCA TRÍAS, “Derechos de reproducción y eugenesia”, en *Biología y Derecho. Perspectivas en Derecho comparado*, Bilbao–Granada, 1998, p. 127.

⁸⁴ Aunque la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dispone en su art. 3.2 que “Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”, tal declaración no constituye una proclamación del derecho a la paternidad, pues tiene un alcance conceptual limitado dentro del campo aplicativo de dicha Ley Orgánica.

⁸⁵ Cfr. I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, “Aspectos jurídico–penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana”, Madrid, 1997, p. 190; B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bio-derecho”, ob. cit., pp. 285 y siguientes.

Aunque la verdad biológica debe imponernos un saludable respeto, dados los términos del art. 39 de la Constitución, sí puede decirse que hoy, en el Derecho español de la filiación, el *favor filiationis* ocupa un lugar destacado, aunque no preeminente, junto al *favor veritatis*.⁸⁶

El tripe criterio que avanzara la profesora *Campiglio*, –genético, gestativo e *intencional* o *social*– puede justificar que podamos defender que, junto a la verdad genética y a la realidad maternal de la gestación, debe reconocerse la virtualidad de un contrato, y por lo tanto de la *voluntad de ser padre*, a los mismos efectos constitutivos de la relación paterno–filial.⁸⁷

¿Existe algún obstáculo derivado de la propia CE que, al margen de la proclamación de la *dignidad del ser humano*, presente en el art. 10, impida atribuir un valor jurídico constitutivo de la filiación a la declaración de voluntad de las partes?

A estas alturas de la andadura de Tribunal Constitucional, se nos ha enseñado lo suficiente para saber que la CE contiene unas reglas de juego mínimas que no se pueden sobrepasar, pero que es, en gran medida un *continente de libertad* y no necesariamente un *contenido de límites*; de manera que el legislador conserva un extenso margen de libertad para articular el ejercicio de los derechos reconocidos y de las libertades consagradas en el texto constitucional.

Por tal razón, es posible aventurar que, si en algún momento se cuestionara ante el Tribunal Constitucional la posible conformidad con la Carta Magna del art. 10.1 y 2 de la LTRA, se nos respondería que el legislador es libre para configurar los criterios de constitución de la filiación, y por ende, el concepto de “hijo”, de “padre y de “madre”, necesitados de protección en cada caso, sin romper el restringido contenido esencial de las previsiones contenidas en los arts. 32 y 39.

Ciertamente, la CE mantiene para el legislador un ámbito de libertad y de soberanía que deja en sus manos muchas opciones para regular la convivencia, y también para configurar el orden público internacional español en unos términos acordes con los valores y principios fundamentales proclamados en aquella.

Y además, no deberíamos olvidar que, como nos recuerda el profesor *Álvarez González*, el que una conducta o un resultado no se oponga al orden público internacional español, no significa que no puedan estar prohibidos por la ley.⁸⁸

XI. Modelos de regulación en el Derecho comparado

33. A tenor del Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya acerca de la maternidad subrogada, en los Estados en los que se establece la invalidez del contrato de maternidad por sustitución, así como en aquellos otros en los que no está autorizada ni tampoco expresamente permitida, el estatuto jurídico de los niños nacidos de las declaraciones de voluntad propias de la maternidad subrogada se rige por disposiciones generales acerca de la filiación, algunas tan antiguas como el primer Código Civil de cada Estado que siguiera la inspiración napoleónica del Código francés de 1804; textos manifiestamente inadecuados, pues estaban muy lejos de vislumbrar las posibilidades que hoy nos brinda la ciencia y de los intereses públicos que sólo después de *Cicu* se han ligado conscientemente a las cuestiones de estado civil.⁸⁹

⁸⁶ Durán Ayago se atreve a dar un paso más. Según esta autora, “Puede decirse que se ha derogado el *favor veritatis* en nombre del *favor filiationis*, lo que implica también que se hayan superado los tradicionales tipos de filiación. A la filiación natural y a la adoptiva, se ha incorporado la filiación intencional que es el concepto en el que se enmarcaría la filiación habida a través de gestación por sustitución y el concepto en el que se encuadra, en el caso de matrimonios entre mujeres, la filiación a favor de la cónyuge de la mujer que se somete a un embarazo a través de reproducción asistida (art. 7.3º Ley 14/2006)” Cfr. A. DURÁN AYAGO, “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2010, pp. 274 y 275.

⁸⁷ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, ob. cit., pp. 593 y 598.

⁸⁸ Cfr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, ob. cit., p. 363.

⁸⁹ “...it can tentatively be stated that there may be the beginnings of a “trend” in judicial approach in some of these States to try to facilitate establishment of the legal parentage of a genetically-related intending mother. The unenforceability of the con-

En el derecho comparado, encontramos que la mayoría de los países europeos de nuestro entorno, prohíben la maternidad subrogada: Alemania,⁹⁰ Austria⁹¹, Francia⁹² e Italia,⁹³ e incluso fuera de la Unión Europea, debe mencionarse el caso ejemplar de Suiza.⁹⁴

Dentro de este grupo de países cuyo derecho no reconoce efectos al contrato de maternidad subrogada, merecen especial mención algunos de ellos que han dado un paso más en contra de la figura: pretenden excluir también la eficacia, dentro de su territorio, de los contratos de maternidad celebrados fuera del suelo de su soberanía, reputando la filiación obtenida por vía de contratación contraria al orden público internacional de tales Estados.

La *Cour de Cassation* francesa consagró como doctrina propia, al conocer del célebre asunto *Mennesson*, la afirmación solemne de que, de acuerdo con la legislación francesa en vigor, los acuerdos de maternidad por subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil).⁹⁵

Y es también el caso de España, tras la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

En cambio, otros ordenamientos reconocen al contrato de maternidad subrogada efectos generadores de vínculo de filiación, siguiendo técnicas distintas: En el Derecho griego existe una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.⁹⁶

Israel cuenta desde la promulgación de la Ley 5746 de 1996 con uno de los sistemas más avanzados en materia de maternidad subrogada, si bien utiliza los mecanismos propios de la adopción, bajo la supervisión de un Comité gubernamental que debe constatar que el acuerdo de maternidad subrogada

tract, however, also means that the intending parent(s) must often rely on the continuing consent of the legal, surrogate mother in order to secure their parental rights. In some of these States, legislation concerning surrogacy is currently being considered.” (*Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*. Doc. N° 10, Marzo de 2012.

⁹⁰ En Alemania, el artículo 1, párr. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*, *EschG*) dispone que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).

⁹¹ La prohibición de la maternidad subrogada en Austria, está consagrada en la Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva.

⁹² En Francia se aplica la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”. Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés. En todos los casos de filiación por maternidad contratada llevados a los tribunales galos, el niño o los niños nacieron en un *State* de Estados Unidos, donde la práctica es legal.

⁹³ Para Italia existe una Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida, norma que no aborda directamente la cuestión, pero que, al ser interpretada por los tribunales a la luz de la Constitución italiana, ha servido de base para la formación de un cuerpo de doctrina judicial según el cual la maternidad por contrato es contraria a la dignidad humana, de la persona y a la preceptiva, considerada de orden público, que rechaza la idea de patrimonialidad del cuerpo humano y la posibilidad de considerar a la persona misma como *res intra commercium*.

⁹⁴ En Suiza, la maternidad subrogada se considera prohibida en todas sus modalidades por el artículo 119.2, d) de la Constitución Federal y por el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida de 1989, reformada en 2006; declarándose en el art.20 del Código de Obligaciones que el contrato de maternidad subrogada es nulo y los tribunales artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP).

⁹⁵ Sentencia de la *Cour de Cassation* n° 370 de 6 de abril de 2011, cuyo texto puede leerse en la web del propio Tribunal Supremo francés, www.courdecassation.fr/. Sobre los antecedentes y detalles de este caso, Cfr. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 343–345.

⁹⁶ En Grecia, la ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana modificó el Código Civil que actualmente recoge los principios rectores de la constitución del vínculo filial a través de la maternidad por sustitución, en los siguientes términos:

El art. 1458 del Código Civil griego dispone que “La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.”

cumple los requisitos sustanciales y que las partes cumplen las exigencias de capacidad e idoneidad establecidas en esa normativa.

Una solución aún más sencilla, puesto que prescinde de la resolución judicial, es la prevista en Bélgica, que desde el año 2007 permite establecer la filiación a favor de la madre comitente a partir de un sistema mixto basado en el reconocimiento corroborado por la posesión de estado.

La Federación Rusa dispone en el art. 51.4 del Código de Familia que los cónyuges que hayan prestado consentimiento por escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, para su gestación y alumbramiento final, sólo serán inscritos como padres del nacido si lo consintiese expresamente la madre gestante.

En Brasil, la resolución número 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM) establece que “Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando se constate un problema médico que impida o contraíndique la gestación por parte de la portadora del material genético. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. El alquiler temporal de vientre no podrá tener carácter lucrativo o comercial”.⁹⁷(Tania, p. 16.)

En Estados Unidos, donde no existe una ley federal sobre la maternidad por sustitución, reina la variedad: la mayor parte de los Estados no han acometido regulación alguna y el reconocimiento de efectos a la maternidad por contrato se admite o se prohíbe por vía jurisprudencial. No obstante, la prohibición tiene revestimiento de ley en los Estados de Kentucky, Indiana, Louisiana y Nebraska, llegando otros –Nueva York, Michigan, Washington– a perseguir como delito la gestación por sustitución de carácter oneroso.

En California se admite desde 1993, fecha en que se dictó por la Corte Suprema de California la Sentencia de 20 de mayo de 1993, en el célebre caso *Johnson vs. Calvert*,⁹⁸ disponiendo que el contrato

⁹⁷ T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, ob. cit. p. 16.

⁹⁸ En California todavía se recuerda los tintes trágicos del caso *Jhonson vs. Calvert*, resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993. (Sup. Corte de California (EE.UU.), 20/05/93 *Johnson vs. Calvert*- 1993, WL 167739)

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Ella tuvo que someterse a una histerectomía que no suprimió la capacidad ovárica de su sistema, por lo que la pareja, ante la imposibilidad de procrear a un niño por medios naturales, consideró la posibilidad de una madre sustituta. Los Calvert entraron en contrato en 1989 con Anna Johnson quien aceptó se le implantase un embrión que fuera fruto de la conjunción, por las técnicas de fertilización, del esperma de Mark y el huevo de Crispina. Anna Johnson se mostró dispuesta a renunciar a todos sus derechos como madre respecto del niño que pudiera nacer, el cual sería entregado a Mark y a Crispina Calvert como legítimos padres de la criatura que llevaría el material genético de los mismos. Como contraprestación, Mark y Crispina satisfacerían a la *madre portante* la suma de 10.000 \$ en cuotas, la última de las cuales le sería abonada a Anna seis semanas después del alumbramiento del niño. Las operaciones de reproducción asistida discurrieron con normalidad pero las relaciones entre los padres comitentes y la madre portante del embrión se deterioraron mucho antes de la fecha esperada de alumbramiento.

Mark supo de una forma casual que Anna había ocultado que en el pasado había sufrido varios abortos e incluso algún parto en el que el niño no había sobrevivido. Por su parte, Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho todo lo necesario para negociar en su favor la póliza de seguro sanitario y de daños personales, a cuya suscripción se habían comprometido; asimismo se sintió desamparada al sentir unos dolores prematuros de parto en junio de 1990. En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina ejercitaron una acción para que se declarase judicialmente que ellos y sólo ellos ostentaban la paternidad del bebé que naciera de Anna Johnson.

Esta, por su parte, inició una acción para ser declarada madre del niño que naciera de su vientre. Ambos casos fueron acumulados. El niño nació el 19 de septiembre de 1990; las pruebas analíticas practicadas sobre el nacido y la madre portante excluyeron la posibilidad de que Anna Johnson fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión provisional del Juez, en virtud de la cual el niño permanecería temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.

Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de primera instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre “genéticos, biológicos y naturales” y que, a pesar de los alegatos en contra de Anna Johnson, el contrato de maternidad por sustitución era válido y exigible. Finalmente el tribunal suprimió las medidas que hacían posible un régimen de visitas a favor de la madre portante. Anna Johnson interpuso recurso de apelación contra la decisión del Juez de Primera Instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión del Juez de instancia y la Corte Suprema del Estado de California declaró no haber lugar al recurso planteado ante la misma, declarando ya de manera inatacable que el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes no era contrario al orden público del *State* y que no

era vinculante para la madre portante/gestante y que los padres legales sean los comitentes. No obstante, se declaraba en esta Sentencia que, para establecer la filiación jurídica, era necesario estar a la existencia de una verdadera *intención de ser madre del niño*, en la mujer comitente, en el momento de la concepción

La jurisprudencia californiana ha ido pautando el encauzamiento jurídico-formal de la declaración de paternidad en interés de los padres comitentes, los cuales pueden obtener antes del alumbramiento una decisión judicial (*pre-birth judgement*) que les atribuye la condición de padres desde un momento anterior al alumbramiento del niño.⁹⁹ En el Derecho californiano, ni la madre portadora/gestante ni su pareja tienen derecho alguno ni responsabilidad parental alguna sobre el nacido, disponiéndose expresamente que el personal del establecimiento donde tenga lugar el parto debe consignar el nombre de los padres comitentes en la declaración de nacimiento. La legislación californiana dispone, además, que la madre subrogada ha de residir en California, no estableciendo ningún otro requisito relativo al domicilio de los comitentes.

Por su parte, la legislación india utiliza un procedimiento oblicuo y muy peculiar para otorgar efectos a la maternidad subrogada en los casos en que el comitente masculino ha aportado su material genético: a los niños nacidos de esta manera se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre comitente, suministrador del gameto masculino, inscribiéndose en el Registro local, en el lugar correspondiente al nombre de la madre, la fórmula de “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india al nacido por estos procedimientos, de manera que, si al nacido no se reconoce la nacionalidad del padre comitente, adquiere el *status* de “apátrida”.

En Ucrania, el Código de Familia establece en su art. 123.2 que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán los integrantes de la pareja de comitentes.¹⁰⁰

XII. Lo que queda por hacer. La necesidad de un debate

34. La dosis de seguridad *jurídica*, indefectible, que nos deja la aseveración del Tribunal Supremo acerca de inviabilidad de cualquier inscripción en España de un niño nacido de operaciones de maternidad por sustitución, se combina con la frustración de la necesidad humana de procrear, aún por encima de las limitaciones impuestas por la naturaleza; necesidades a las que es necesario dar una respuesta.

El sabor agridulce que la Sentencia nos deja reclama un debate en profundidad sobre la naturaleza de la norma del art. 10 de la LTRA y sobre la necesidad de un cambio jurídico, con tránsito hacia posiciones abiertas, que comprendan, cuando menos, la maternidad subrogada a título gratuito; figura que, de admitirse, ni podría censurarse por encubrir rebaja alguna en la dignidad de la madre portante/gestante, ni tampoco por fomentar el comercio de lo *extra commercium*.

Pero, incluso si se opta por mantener la redacción de la norma, en ésta o en futuras leyes sobre técnicas de reproducción asistida, sería necesario esclarecer cuál sea exactamente la naturaleza de la norma del art. 10.2 de la Ley 14/2006 LTRA. Y no por el vicio que padecemos los juristas de especular sobre todo lo especulable, sino porque, según cuál sea su naturaleza, bien una *norma de policía* o bien una *ley interna perteneciente a orden público internacional*, las consecuencias tendrían que ser muy distintas en orden a mantener la viabilidad de un cauce de reconocimiento de certificaciones o de decisiones extranjeras.

En efecto, si mantenemos que el art. 10.2 no es más que una *ley o norma de policía*, entonces no se puede dudar de su carácter de norma de ámbito estrictamente territorial, sin que pueda extenderse a

existía ninguna razón para dar eficacia al cambio de criterio de Anna Johnson respecto al status, filiación y destino del niño que naciera de sus entrañas.

⁹⁹ *California Family Code*, Section 7633. Cfr. A. DURÁN AYAGO, “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, ob. cit., p. 279.

¹⁰⁰ Cfr. T. VÁZQUEZ MUIÑA, “La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, pp. 26 y 27.

la validez o nulidad de los contratos de maternidad por sustitución que se suscriban mas allá de nuestras fronteras. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 del característico, según el cual “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos lo que se hallen en territorio español.”¹⁰¹

En cambio, si admitimos que aquella norma pertenece al campo del orden público internacional y que no puede ser modalizado en función del interés superior del menor, cual parece ser el pensamiento de cuantos jueces han expresado en sus resoluciones la voluntad del Estado español, entonces cualquier petición de reconocimiento de decisiones extranjeras o de traslación de actas registrales extranjeras a nuestras *tabulae*, se topará inexorablemente con las distintas normas que incorporan la excepción de orden público internacional, contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en el art. 954 de la LEC de 1881.

La primera de las opciones apuntadas significaría que el legislador español habría renunciado a asumir una posición en su normativa de producción interna, relativa la validez de los contratos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero. ¿Por qué sería defendible este planteamiento? Es indudable que el debate acerca de la naturaleza del art. 10.2 de la LTRA debe girar en torno a las propias cuestiones éticas que el Tribunal Supremo ha abordado, quizás no con la suficiente profundidad, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y sobre las que viene disputando la doctrina científica, civilista e internacionalista, desde hace décadas.

Si la maternidad subrogada constituye siempre y en todo caso una rebaja –incluso una renuncia– a la dignidad de la madre gestante que se niega como persona y como tal madre, entonces es palmario que las autoridades españolas deben descartar cualquier proyección de efectos sobre la sociedad España, de un tal contrato aunque se haya celebrado en el extranjero, aunque la integridad del consentimiento de la madre portante/gestante sea intachable, y aun cuando hubiese prestado su ser para el nacimiento del niño a título gratuito.

Y además, en este punto no se podría hacer uso de la figura del *orden público de proximidad*, para descartar el correctivo de orden público en los supuestos más alejados de la esfera española; pues esa dignidad supone el reconocimiento universal de la misma a toda persona que deduzca o frente a la cual se deduzcan pretensiones ante la jurisdicción española, según el claro tenor del muy olvidado art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A ese debate deben asistir todos los sectores de la sociedad, sin excluirse a quienes mantienen un pensamiento creacionista del mundo y de la vida y a quienes postulan la opinión, tan respetable como cualquier otra, de que el mandato divino de “Creced y multiplicaos” exige el ajuste de la procreación a los medios naturales. Ninguna voz debe ser silenciada en la deliberación colectiva de una materia en la que está implicada la propia capacidad del ser humano de dirigir su evolución.

35. Sin dejar de reconocer la abismal distinción entre la entrega a otros padres de un niño vivo para la constitución de un vínculo parental nuevo, y la donación de tejidos o células, actualmente, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos,¹⁰² puede decirse que disponemos de un marco jurídico

¹⁰¹ Los profesores Calvo–Caravaca y Carrascosa hacen notar que el art. 10 de la LTRA no contiene un indicador de aplicación espacial, por lo que no tiene una vocación intrínseca de ser aplicada en los casos internacionales. De donde derivan su conclusión de que, en los supuestos en que se adopte una *metodología conflictual*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 del Código Civil, sólo se aplicará dicha norma cuando tal conexión nacionalidad nos remita al Derecho español. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II., p. 306.

¹⁰² BOE núm. 163 de 5 de julio de 2014. La nueva normativa, que ha entrado en vigor en la misma fecha de su publicación en el BOE, según proclama su Disposición Final Cuarta, viene a trasponer a nuestro Derecho positivo la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos; y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

completo –en realidad ya iniciado con la ya lejana Ley de Trasplantes de Órganos de 1979– acerca del consentimiento informado y la prohibición de toda remuneración que debe presidir cualquier sacrificio de bienes y derechos personalísimos.

La nueva normativa contenida en el referido Real Decreto–Ley, tiene carácter supletorio respecto de las disposiciones de la Ley 14 de 2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 1.4).

En su art. 3 se proclama el carácter voluntario y altruista de la donación de células y tejidos, sin que pueda percibirse contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica, sin perjuicio de la eventual “compensación” que los donantes vivos de células o tejidos puedan recibir de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los “gastos e inconvenientes” derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares. (art. 3.1 y 3).

El carácter “informado” del consentimiento se ha llevado al artículo 7, norma que, no concebida, naturalmente, para los supuestos de maternidad subrogada, no tiene el alcance garantista para los derechos y la seguridad jurídica de la madre alumbradora. Pero hay que decir que el ese alcance sí fue determinado por la DGRN en la Instrucción de 10 de octubre de 2010 cuyos aspectos más criticables,¹⁰³ no nos pueden impedir juzgar que la delimitación de la extensión del consentimiento exigible a la mujer fue abordada con el mayor acierto.

XIII. Epílogo: el valor de una intención

I. En nuestra opinión, a pesar del respeto que debe inspirar cualquier consideración presente en la doctrina del Tribunal Supremo, guía iluminador y guardián de los principios fundamentales de nuestro Derecho privado, en este caso han quedado en mal lugar el interés superior de los menores y la *protección jurídica* que la CE (art. 39) manda dispensar en todo caso a los hijos, con independencia de su filiación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 engendra, desde los puntos de vista examinados, más enigmas que certezas. El fallo judicial no puede derogar una norma jurídica, sino sólo complementar el ordenamiento jurídico; así que, ¿Vamos a seguir tratando de obtener el reconocimiento de las decisiones de las autoridades californianas a través del cauce instaurado por esa Instrucción de 2010?

Parece claro que el Tribunal Supremo tiene un enfoque del orden público internacional español, diametralmente opuesto al que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido en las distintas resoluciones que se han dictado como fruto de esa Instrucción.

¿Es suficiente una Sentencia del Tribunal Supremo para definir de forma inobjetable el contenido del orden público internacional?

No, si nos atenemos al nivel que se confiere a la jurisprudencia, en el marco de las fuentes del Derecho, en el art. 1.6 del Código Civil. La jurisprudencia debe ser *reiterada*, es decir, la doctrina debe encontrar acomodo en dos decisiones del Tribunal Supremo, cuando menos, para que cumpla esa función de complementariedad o contribución a la forja del Derecho.

La interpretación que del orden público internacional español mantiene el Tribunal Supremo, no nos vincula como si se tratase de una Sentencia del Tribunal Constitucional (arts. 164.1 de la CE, 1 de la LOTC y 5 de la LOPJ); pero no puede dejar de inquietarnos y de motivar nuestras reflexiones, nuestros debates y nuestras conclusiones, aunque no constituya más que una nueva versión, afortunadamente recortada,¹⁰⁴ del –dignísimo y respetabilísimo– Informe Palacios emitido ya hace casi tres décadas.

¹⁰³ J. CERDÀ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, en *Abogados de Familia*, Nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.

¹⁰⁴ Recortada, porque el Tribunal Supremo no ha entrado en todas las consideraciones puramente morales que planteaba el Informe del Profesor Palacios Alonso. Lo cual es muy de agradecer, porque un *Estado de Derecho* no puede ser reputado como un *agente activo de moralización*. Cfr. J.M. SERRANO RUIZ CALDERÓN, “La desaparición legal del matrimonio como figura reconocible en el Derecho español”, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial & Consejo General del Poder Judicial, XXVI, 2005, p. 392.

II. En nuestra opinión, el *criterio social* de determinación de la filiación, que hace padres a los que ostentan y manifiestan una firme *intención procreadora*, tampoco es ajeno a nuestro *ius civile* en materia de filiación: es el que ha inspirado al legislador patrio para reconocer, el derecho de la esposa de la madre, en el matrimonio de mujeres, de optar por la maternidad sobre del hijo de su consorte; derecho que el art. 7.3 de la LRHA restringe a la mujer casada con la madre fecundada según técnicas de reproducción asistida.¹⁰⁵

El más perfecto cauce de realización de ese *criterio social* sería la instauración de una regulación completa de la maternidad subrogada, con regulación de todos los mecanismos necesarios de control del Estado, control que se proyectaría sobre todos los requisitos sustanciales y formales de validez del contrato y muy en particular, como hasta ahora se ha venido manteniendo la DGRN¹⁰⁶ en base al art. 23 de la Ley del Registro Civil, sobre la *libertad, integridad e irrevocabilidad* del consentimiento de la madre portante/gestante.

No podemos dejar a un lado la constatación de que el *criterio social* ya forma parte de nuestro sistema jurídico de filiación; que padres no son sólo los que han aportado su Código genético, y madre no sólo es la mujer que ha alumbrado al niño.(art. 7.3 de la LTRA). La *intención de ser padre* tiene un valor, y el compromiso social que acompaña a esa intención no está ausente de nuestras instituciones jurídicas más antiguas, como la *posesión de estado*, a la que nuestras leyes atribuyen un valor, no sólo probatorio (art. 767.3 de la LEC) sino también *constitutivo* (art. 131 del CC); como tampoco está ausente de nuestra propia jurisprudencia, emanada en el marco general de la filiación aunque no en relación con casos de maternidad por sustitución.

Ahora, mientras los menores del *cassus* resuelto por el Tribunal Supremo afrontan su incierto futuro, nosotros tenemos que abrir un debate extenso e intenso sobre la necesidad de suprimir el art. 10 de la LTRA, y optar por una regulación que mantenga un control eficaz del Estado sobre los supuestos de maternidad por sustitución, que conjure la confirmación de los temores expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, relativos a la cosificación y mercantilización del ser humano; tanto del nacido de las técnicas de reproducción asistida, como de la propia madre gestante, cuyo consentimiento debe ser íntegro e informado, es decir, reforzado con un perfecto conocimiento de las consecuencias de los compromisos asumidos frente a los comitentes y frente a toda la sociedad.

Sería conveniente que esa regulación, que se llevaría al Código Civil para asegurar la unidad sistemática de toda la regulación de la filiación, incluyera normas de conflicto en orden a la aplicación de la ley más previsible para las partes que, en los supuestos que impliquen un conflicto de leyes, decidan contratar la maternidad por sustitución, y/o gestar y/o alumbrar al niño en nuestro país.

III. Incluso si el legislador español persiste en el mantenimiento de fórmulas cerradas a la maternidad subrogada que incorpora la vigente LTRA, el Derecho internacional Privado no puede dejar de asumir el reto de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas, y en particular, el derecho del nacido a una *identidad*, a una *nacionalidad* y, por extensión, y un *estado civil únicos*, desde su nacimiento.

Quizás, si alcanzásemos una perspectiva del orden público internacional menos severa que la que mantiene el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada, podríamos apartarnos del *enfoque*

¹⁰⁵ Igualmente encontramos asiento de ese criterio social en el art. 8.1 de la LRHA en cuanto dispone que “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.” No cabe duda que en la norma trascrita la intención de ambos esposos de convertirse en padres lleva al legislador español a operar una singular traslación del *non venire contra factum proprium*, que no siempre va a resultar coherente con la supremacía del interés del menor que proclama el art. 3 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño.

¹⁰⁶ Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de mayo de 2011, en la cual se reproduce el texto de la declaración de la madre gestante en el caso examinado, incorporado en la propia resolución judicial dictada por la Corte Superior del Estado de C., Condado de San Diego, Distrito Central, de 18 de diciembre de 2009, que servía de base a la petición de inscripción:

“Tengo conocimiento y entiendo que una vez que se haya registrado dicha sentencia, los solicitantes (...) serán declarados a perpetuidad y para todos los propósitos los padres naturales, comunes y legales, con iguales derechos del hijo del que yo, como madre subrogada, he quedado embarazada a favor de los solicitantes como resultado de la tecnología de reproducción asistida y daré a luz el día dos de marzo o con anterioridad a dicha fecha”

del reconocimiento de decisiones extranjeras y asumir el *cauce o enfoque conflictual*, que puede permitir la aplicación de la *lex loci contractus* al menos en los casos de nacidos de madre gestante no española cuyo ordenamiento atribuye esa misma nacionalidad al niño. (Criterio del *ius sanguinis*). En tal caso, la jurisprudencia podría llegar a mantener la validez del negocio jurídico de maternidad celebrado en un ordenamiento y conforme a un ordenamiento extranjero, el de la *nacionalidad niño*, en virtud de lo establecido en el art. 9.4 del Código Civil, siguiendo el mismo modelo de razonamiento que ha llevado al legislador español a admitir la validez de una adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera "...si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al art. 9.4 del Código Civil." (art. 30 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional).

Pero, sin necesidad de pasar por el complejo expediente de la nacionalización del niño en el Estado en que se celebra el negocio jurídico, es posible argumentar con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado, que el derecho del menor a una identidad única y a un estado civil único pasa necesariamente por considerar el agotamiento del nacimiento de ese estado civil con arreglo a un Derecho extranjero. Partiendo de esta premisa del derecho a una identidad única, *Patrick Kinsch*, ha defendido la posibilidad de invocar en los casos de maternidad por sustitución, los arts. 6 y 8 del CEDH con la condición de que el *status* haya sido adquirido de buena fe por las partes y éstas tengan unas expectativas legítimas de continuidad de ese *status* en otros Estados. Naturalmente, esa legitimidad dependerá de los vínculos que los sujetos involucrados mantengan con el estado extranjero en el que se originó la relación paterno-filial.¹⁰⁷

La postura de *Kinsch* es enormemente sugestiva y tiene un interesante punto de entronque con las teorías vinculadas al *reconocimiento de la situación nacida y agotada en el extranjero y al reconocimiento por identificación del ordenamiento competente*, cuyo mayor representante es el italiano *Paolo Picone*.

Existen situaciones que aparecen creadas más allá de las fronteras del Estado del foro, por decisiones judiciales o no judiciales, a las que se asigna un efecto constitutivo, pero a las que la doctrina reserva un modelo distinto del reconocimiento en sentido clásico, quizás por la participación preeminente que tienen los particulares en la producción de tal efecto. Respecto de estas situaciones, se dice, el enfoque tradicional no resultaría adecuado, pues no es necesario localizarlas en un Derecho determinado; ya se encuentran localizadas en el ordenamiento en el cual han sido creadas, tomando como referencia los presupuestos de validez que ese ordenamiento suministra.

A este respecto, podemos citar la posición peculiar de *Picone*, el cual entiende por situación formalmente extranjera la que surge por aplicación de reglas arbitradas y generales de un derecho distinto del del foro, como por ejemplo, el derecho de guarda atribuido *ex lege* por la ley de la anterior residencia habitual del menor o toda aquella situación que encuentra su fuente de regulación inmediata, cualquiera que sea la ley que lo rija, en un órgano público extranjero.

Picone nos da tres directrices fundamentales de su método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, que son las siguientes: 1) En primer lugar, la finalidad de la técnica es la de adoptar el punto de vista extranjero acerca de la existencia, validez y efectos de una situación dada –nuestra situación sujeta a cuestión previa, e. g. – en ese mismo ordenamiento. 2) En segundo lugar, el ordenamiento se toma como un "todo", es decir, como un conjunto global de normas, sin razonarse exclusivamente a través de las normas de conflicto. Y 3) El correctivo de orden público internacional funciona también globalmente, sustituyendo a cualquier otro modelo de control de requisitos de validez.¹⁰⁸

Las autoridades del Estado de reconocimiento no pueden desconocer que la autoridad que adoptó la decisión en cuestión aplicó, no sólo sus propias normas de competencia judicial internacional sino

¹⁰⁷ P. KINSCH, "Recognition in the forum of a Status Acquired Abroad", en *Private International Law, Liber Amicorum Kart Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259.274, esp. pp. 272 y 273. 2222

¹⁰⁸ P. PICONE, "I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2, pp. 327 a 362 ; "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276. Págs 9 y siguientes.

Sobre la aplicación del pensamiento de *Picone* a los efectos de coordinar los Derechos de los Estados de procedencia y de destino del menor en la adopción internacional, Vid. M.S. NAJURIETA, "Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional" Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Republica Argentina), 2004.

también sus propias normas de conflicto, que le habrán conducido previsiblemente a aplicar la *lex magistratus*, cuando menos a la forma, y a alguno de los requisitos sustanciales de validez material del acto. Para estas situaciones, el enfoque que hoy se viene considerando como más adecuado es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente o de la situación creada en el extranjero.¹⁰⁹

La técnica del *reconocimiento de la situación creada en el extranjero* es fruto de ya añejas creaciones doctrinales, como la construcción anglosajona conocida como la *Foreign Court Theory*, asociada a la técnica del doble reenvío o del “reenvío total”, aplicada por primera vez en la jurisprudencia británica en el caso *Collier vs. Rivaz* (1841), y después, sucesivamente, entre otras, en los celebres casos *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In Re Askew* (1930), *In re O’Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio 1985), algunas concepciones ligadas al unilateralismo introverso,¹¹⁰ o como la teoría de la situación creada y agotada en el extranjero, de *Philippe Francescakis*,¹¹¹ entre otras.¹¹²

El reconocimiento de la libertad de circulación en el Derecho Comunitario, al máximo nivel normativo, ha dado una fuerza inesperada a la vieja idea de que el Derecho Internacional Privado tiene como misión la de garantizar la continuidad de las situaciones y relaciones jurídicas.¹¹³ Y en ese impulso alineado con la doctrina del ordenamiento competente, ha tenido no poca influencia la jurisprudencia del TEDH en torno al reconocimiento de situaciones nacidas en el extranjero, aunque hasta el momento se ha centrado en las adopciones constituídas por autoridad extranjera.¹¹⁴

IV. La decisión de cambiar de rumbo no es fácil, como no fue fácil, para el Tribunal Supremo –y de ello daba buena cuenta el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Seijas Quintana– adoptar una decisión que parece cerrar el camino de cualquier vía de reconocimiento en España de la decisión extranjera, y *a fortiori*, la inscripción en el Registro Civil España de la filiación consignada en una certificación registral extranjera.

De los diversos temores que puede inspirar un cambio de rumbo, no es el más pequeño el de que algún resquicio legislativo deje el paso franco al *turismo reproductor*,¹¹⁵ aunque también es cierto que tal peligro se conjuraría exigiendo la residencia habitual en España a, al menos, uno de los padres comitentes, solución adoptada en el Reino Unido y en otros Estados de la Commonwealth, o bien subordinando la licitud del contrato a la gratuidad de la prestación de la madre portante/gestante.

¹⁰⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. P. 471 y 472.

¹¹⁰ Ver, al respecto, la bibliografía más antigua citada en el trabajo de G.P ROMANO, “La bilateralité éclipsée par l’authorité”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, ob. cit., núm. 3, 2006, pp. 457 a 519.

¹¹¹ Cfr PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en Droit International Privé*, 1.968. Id., “Conflits de lois (principes généraux)”, *Encyclopédie Dalloz, Droit International*, vol. I, Paris, 1968, pp. 470 y siguientes.

¹¹² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 354 y 472.

¹¹³ M. GUZMÁN ZAPATER, “Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid & Ed. Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1.626 a 1.628.

¹¹⁴ Así, el TEDH, en su Sentencia de 3 de mayo de 2011 (Negreponitis–Gianninis contra Grecia, Asunto C–56759/08), relativa a una adopción constituida en USA, el Tribunal confirma el criterio que ya había desarrollado en su Sentencia de 28 de junio de 2007 en el asunto Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, en el sentido de favorecer el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo, pues concluye que las obligaciones positivas conectadas al deber de los Estados de respetar la vida familiar, consagrado en el art. 8 del Convenio, se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones, suponen una injerencia en tal derecho reconocido en ese precepto. Asimismo, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, para que la injerencia pueda resultar compatible con los términos del Convenio y no suponga violación del mismo, es imprescindible que responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcionada al fin perseguido. Además, en la sentencia comentada, el Tribunal considera que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación del orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, se traduce en un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público; de tal manera que ello determinaría se deba considerar también transgredido el art. 6 del propio Convenio Europeo.

¹¹⁵ Cfr. A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *Diario La Ley*, n.º 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-14.

Lo que en modo alguno podrá evitarse –salvo que el timón se gire para toda la Unión Europea en bloque– es que el recurso lícito a la maternidad subrogada y a las técnicas de reproducción asistida, sea utilizado en nuestro suelo por extranjeros que sean ciudadanos europeos, en igualdad de condiciones que los españoles; pues cualquier otra opción constituiría una discriminación prohibida por el Derecho comunitario al máximo nivel normativo.

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero pasado –que, insistimos, no ha sido camino de flores– no supone, sin embargo, ni un cambio de rumbo, ni el hallazgo de una senda hacia soluciones aceptables. En los últimos ocho años el Derecho español ha vivido la confirmación del criterio contrario a la maternidad subrogada en nuestro territorio (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que sigue el criterio de la ilicitud que ya mantenida la Ley 36/1988); dos versiones de una regulación del reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de la filiación derivada de la maternidad subrogada (RDGRN de 18 de febrero de 2009 e Instr. de 5 de octubre de 2010) y la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que acaba con toda viabilidad de una petición de reconocimiento por consideraciones de orden público internacional, y también con la posibilidad de utilizar un enfoque conflictual.

El panorama actual no puede ser más caótico. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 no constituye doctrina jurisprudencial y no es una guía segura de lo que nuestro orden público internacional dispone en referencia al contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero y la reconocibilidad en España de una decisión extranjera al respecto. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 constituye el único referente utilizable en la praxis judicial, pero no establece ningún control de orden público internacional, craso error, sin duda, de una Dirección General de los Registros lamentablemente desorientada por los impulsos doctrinales contrarios. Y la NLRC, que sí impone un control de orden público internacional en todo caso, no entrará en vigor hasta el 15 de julio de 2015.

Nuestra nave no puede dirigirse a buen puerto si no se enarbolan las velas del interés superior del menor, como máximo parámetro para discernir lo ilícito de lo lícito.

Estamos, pues, a la deriva. Y para un barco a la deriva, ningún viento es favorable.

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO: ¿TIENE RELEVANCIA JURÍDICA SU DISTINCIÓN?

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

*Profesora Titular de Derecho Civil**
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 26.03.2014 / Aceptado: 07.04.2014

Resumen: La idea fundamental a la que responde la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, consiste en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos que se denominan convencionalmente obligaciones de resultado (o contrato de obra), el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso. En otros, por el contrario, que se denominan obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor. Si bien esta distinción tiene detractores en la doctrina y algunas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) niegan la misma, nosotros pondremos de manifiesto en este trabajo que las críticas no obstaculizan su admisión. Tras el estudio del concepto y la distinción de ambos tipos de obligaciones dado por doctrina y jurisprudencia, a falta de regulación legal expresa, analizaremos si en realidad diferenciar una obligación de medios de otra de resultado tiene virtualidad jurídica. A pesar de existir un sector doctrinal y alguna STS que no encuentran relevancia alguna a la distinción, veremos que, en efecto, la caracterización de una obligación como de medios o como de resultado tiene una importante relevancia jurídica, cual es la de determinar el alcance de las obligaciones del deudor y, por tanto, para identificar los supuestos de incumplimiento contractual. Por último, veremos la perspectiva de esta distinción en los instrumentos de armonización.

Palabras clave: Obligaciones de medios y de resultado. Clases de obligaciones. Naturaleza de las obligaciones. Obligaciones.

Abstract: The main reason for the distinction between obligations of means and obligations of result consists on the appraisal of the performance promised by the debtor that the creditor can reasonably expect. In cases conventionally referred to as obligations of result (or construction contracts) the debtor undertakes to achieve a particular result. On the contrary, in other cases referred to as obligations of means (or provision of services) the debtor only undertakes to use the appropriate means in the performance of a duty so that the creditor can achieve the expected result that made him enter into the contract. But that result is not guaranteed by the debtor. If it is true that this difference has detractors among scholars and some decisions of the Spanish Supreme Court deny it, we are going to show in this paper that such critics do not hinder its admission. After the study of the concept and the distinction between the two types of obligations made by scholars and the jurisprudence, and lacking an express regulation, we shall analyse if it is legally relevant to distinguish between an obligation of means and an obligation of result. Notwithstanding the opinion of some scholars and some decisions of the Supreme Court that do not find the difference relevant, we shall see that the characterization of an obligation as an obligation of means or an obligation of result is of great legal importance; mainly to determine the scope of the debtor's obligations and, therefore, to identify the cases of breach of contract. Finally, we shall see the perspective of such a difference in the instruments of harmonization.

Keywords: Obligations of means and obligations of result. Types of obligations. The nature of obligations. Obligations.

* Miembro del Grupo de investigación "Derecho de daños" de la Universidad Carlos III de Madrid.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Distinción y definición de obligaciones de medios y de resultado. 1. Según la doctrina. 2. Según la jurisprudencia. III. Relevancia jurídica de la distinción. 1. Posturas doctrinales. 2. Su determinación por el Tribunal Supremo. IV. Las obligaciones de medios y de resultado en los Principios Unidroit, en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Marco Común de Referencia.

I. Consideraciones preliminares

1. Atendiendo a la naturaleza de la prestación, las obligaciones se diferencian entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Esta distinción ha pugnado por encontrar acomodo en la doctrina civilista y en la práctica jurisprudencial. Sin embargo, los problemas teóricos y prácticos que plantea, y particularmente, su falta de regulación legal expresa, han hecho que, como veremos en el presente trabajo, su aceptación haya sido muy desigual en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y bastante controvertida.

2. No hay controversia, en cambio, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pues la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se encuentra regulada explícitamente, por ejemplo, en Italia¹, Francia², Portugal³ y Alemania, cuyo BGB, parágrafo 631, distingue los contratos de servicios, en los que se deben los servicios pero no se garantiza un resultado, de un contrato de obra en el que debe alcanzarse un resultado específico (sin embargo, el common law no utiliza esta distinción). También se recoge la distinción de forma explícita en los Principios UNIDROIT 2010 (PU); no se hace esta distinción en el Draft Common Frame of Reference, al que nos referiremos como Marco Común de Referencia (MCR). De forma implícita lo hacen los Principios de Derecho Contractual Europeo (PCEL).

3. Se critica esta distinción, por ejemplo, entendiéndola que comporta una visión falseada y simplista de la realidad jurídica, afirmando que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple.

4. No obstante, nosotros pondremos de manifiesto que las críticas no obstaculizan su admisión tanto con carácter general por sus cualidades descriptivas, como para intentar concretar y definir el carácter de las obligaciones que competen a los profesionales, especialmente a los médicos, en relación con los clientes a los que prestan sus servicios, así como para determinar la responsabilidad generada por el incumplimiento de las mismas. Del mismo modo, encuentra apoyo en ciertas sentencias (no hay unanimidad al respecto), puesto que utilizan la distinción con cierta frecuencia para fundamentar sus pronunciamientos (facilitan la comprensión de que la culpa contractual se presume en las obligaciones de medios y debe ser probada en las de resultado).

5. La idea fundamental a la que responde esta distinción consiste en examinar aquella prestación que ha prometido el deudor, y que el acreedor puede razonablemente esperar. En unos casos que se denominan convencionalmente obligaciones de resultado (o contrato de obra), el deudor se com-

¹ Arts 1655 y 2222 Codice civile. Sobre el origen de esta distinción vid., P. MENGONI, "Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", *Rivista di Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, pp 185 y ss.

² El art 1137 Code civil es el que se refiere a las obligaciones de medios, y el art 1147 a las de resultado. Vid en la doctrina francesa, J. BELLISENT, *Contribution a l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris, 2001.

³ El CC portugués conoce también la distinción entre contratos de servicios y de obra, pero con unas connotaciones que no permiten la equiparación automática con las obligaciones de medios y de resultado. El art 1154 se refiere al contrato de prestación de servicios, que incluye como modalidad de servicios a los contratos de obra previstos en el art 1207, que contiene una obligación de resultado.

promete a proporcionar al acreedor un resultado preciso. En otros, por el contrario, que se denominan obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor. Por ejemplo, el médico no promete la curación a su paciente enfermo, se obliga únicamente a practicar su curación empleando sus cuidados y atenciones conforme a los conocimientos desarrollados por la ciencia médica (*lex artis*).

6. Efectuada así la distinción, la discusión sobre la misma sigue estando viva, pero se ha trasladado hacia otro punto de interés, concretamente, el de su relevancia jurídica, tanto teórica como práctica. Lo relevante es el resultado y la actividad como criterios diferenciadores del contrato de obra y el arrendamiento de servicios.

7. Esta distinción comienza en nuestro país utilizándose como argumento para diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y de arrendamiento de servicios, atendiendo al tipo de obligaciones que generan uno y otro. En efecto, ya M. TRAVIESAS, señalaba en 1919 que “*En el arrendamiento de servicios se promete la actividad (operae), y en el arrendamiento de obra, el resultado de la actividad (opus)*”⁴, argumento que hizo suyo años después el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 4 de febrero de 1950, al considerar que, aun admitiendo que los servicios ofrecidos por los letrados, y otros profesionales liberales constituyen generalmente un contrato de arrendamiento de servicios, la relación contractual entre el letrado y su cliente también puede aparecer como un contrato de obra, “*supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen*”.

8. Será en este contexto de las diferencias entre el contrato de obra y el arrendamiento de servicios, y a partir de la anterior sentencia, en el cual cierto sector doctrinal y jurisprudencial irán acogiendo la distinción entre las obligaciones de medios (de actividad o de diligencia), y las obligaciones de resultado. Sin embargo, en la práctica, resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obra o servicios, puesto que toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil: es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado, por lo que será preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato⁵.

9. Nuestro estudio va a centrarse en la naturaleza de la obligación que une al médico con el paciente, que se presenta siempre como el prototipo de obligación de medios, pero también por el resultado buscado tanto por el médico como por el enfermo: la mejoría del estado del paciente, por lo que se trata de un resultado. Y si el tratamiento o la operación ha producido ese resultado, no se le podrá pedir responsabilidad al médico, incluso si los medios empleados por éste hayan sido censurables o criticables. La problemática que nos interesa es doble: por una parte, la distinción y definición de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado, controvertida en la doctrina, la cual postula criterios distintos, manifestando nuestra inclinación por la postura que más nos satisfaga o convenza para resolver el segundo problema que se plantea (y al que va unido inexorablemente): la relevancia jurídica de la distinción: ¿es relevante? ¿tiene vigencia? ¿es utilizada en la actualidad? ¿sirve para solucionar problemas entre médicos y pacientes? ¿qué influencia tiene en sus consecuencias? ¿Es relevante en relación con el criterio general de imputación de responsabilidad? A todo ello dedicaremos las páginas siguientes.

⁴ “Contrato de arrendamiento”, *Revista de Derecho Privado*, 1919, p 36, poniendo como ejemplo el siguiente: si un sastre se obliga a hacer un traje a un cliente, “le promete a éste el resultado de su actividad”: la hechura del traje. El sastre por su parte, compromete a otras personas para que cosan el traje, y a cada una de ellas no les paga por que hagan la chaqueta o el chaleco, sino porque cosan simplemente. Estas personas “se obligan sólo a proporcionar su actividad”, ciertamente para un fin, “pero no se comprometen a proporcionar el fin, el resultado”.

⁵ A. GULLÓN, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p 178.

II. Distinción y definición de las obligaciones de medios y de las obligaciones de resultado

1. Según la doctrina

10. Centrándonos en el tema de estudio que nos ocupa, esto es, la naturaleza del contrato que liga al médico con el paciente, la doctrina ha sostenido que la obligación del médico frente al paciente, en los supuestos llamados de medicina curativa o asistencial, es una obligación de medios y no de resultados, ya que el facultativo debe procurar la salud del enfermo mediante el uso de los medios idóneos de que disponga, pero sin considerar la curación como un resultado ineludible y de obligado cumplimiento⁶. Sin embargo, en la medicina voluntaria o satisfactiva lo que se pretende conseguir es un resultado. Por lo tanto se distingue, por un lado, el contrato de arrendamiento de servicios y, por otro, el contrato de obra. La diferencia entre un contrato y otro radica fundamentalmente en el tipo de obligación que en cada caso nace, pues si del contrato de servicios no nace para el médico más que una obligación de medios o de mera actividad en la que la prestación se nutre sólo del comportamiento –activo u omisivo– del facultativo, en el contrato de obra o de ejecución de obra la prestación del médico va más allá de su mero comportamiento, pues requiere, en todo caso, la consecución de un resultado esperado⁷.

11. La doctrina se ha ocupado de definir y distinguir las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado (queremos señalar que los conceptos doctrinales no son meramente descriptivos, sino que cada autor aporta ciertos matices que son susceptibles de ponerlos de manifiesto). Así, por ejemplo, J. M. LOBATO GÓMEZ,⁸ proporciona el siguiente concepto:

- se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios a través de una actuación diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor;
- por el contrario, se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga de forma directa e inmediata a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado y, en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación.

⁶ Vid., J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1985, p 60; AA.VV., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Abogacía general del Estado Navarra 2009, p 366; T. GARCIA HERNANDEZ, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, 2002, p 22; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5ª ed, Granada, 2008, pp 29 y ss; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en L. MARTÍNEZ CALCERRADA Y R. DE LORENZO MONTERO, (dir.), *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, t I, Madrid, 2001, pp 97 y ss; E. GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1998, p 1698; C. BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Barcelona, 2003, pp 69; J. JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp 7 y ss.

⁷ J. M. BADENAS CARPIO, “La responsabilidad civil médica” en *Lecciones de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Navarra, 2002, p 257. Sobre la distinción entre ambos tipos de obligaciones, vid., más extensamente, J. JORDANO FRAGA, op. cit., pp 5 y ss; J. M. LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp 651 y ss; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

⁸ J. M. LOBATO GÓMEZ, op.cit., p 653.

12. En parecido sentido, M. GITRAMA GONZÁLEZ,⁹ afirma que en el arrendamiento de servicios (obligación de medios) se despliega una actividad en interés de otro sin prometer el resultado de dicha actuación, mientras que en el de obra (obligación de resultado) se promete la concreción final de la actividad desplegada en el resultado perseguido, es decir, en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado¹⁰.

13. Poniendo el acento en la diligencia del médico, MORENO QUESADA, B.¹¹, hace una distinción entre las obligaciones de medios, de actividad o pura diligencia y las de resultado. Estas últimas las define como “*aquellas en las que se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor*”; y define la obligación de medios como “*aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación*”.

14. De igual manera, J. JORDANO FRAGA¹² entiende que en la obligación de resultado el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste; en cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste–, el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente determinada.

15. Refiriéndose al interés primario que tiene el paciente, A. CABANILLAS SÁNCHEZ¹³ opina que, cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar, a favor del acreedor, una determinada conducta, encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor; sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención y cumple si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Cuando la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor.

16. De forma aislada, algún autor, como J. M. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ¹⁴, sostiene, en relación con los servicios médicos, que el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, sino insistir en el deber de información que tiene que abarcar todos los riesgos posibles, incluso los que sólo se producen excepcionalmente, ya que el profesional conoce los riesgos quirúrgicos y los resultados fallidos en la estadística.

17. Frente a estas posturas, más o menos uniformes en cuanto a la aceptación de la distinción entre ambos tipos de obligaciones, se señalan algunas críticas a la misma, que podemos resumir de la siguiente forma¹⁵:

⁹ “Configuración jurídica de los servicios médicos”, *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1966, p 353.

¹⁰ En opinión de J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 682, en la práctica resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios, puesto que, según este autor, toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado, luego de ahí que sea preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato.

¹¹ “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp 474 y ss.

¹² Op. cit., p 7.

¹³ *Las obligaciones ... cit.*, pp 29-30.

¹⁴ *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, p 346.

¹⁵ Siguiendo a J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., pp 665 y ss.

1º. Un primer argumento consiste en afirmar que la distinción comporta una visión falseada, simplista o deformante de la realidad jurídica, pues de entiende que si se miran las cosas de manera realista es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple. Así se ha criticado la distinción argumentando que en definitiva, todas las obligaciones apuntan a la obtención de un resultado, e incluso, en una posición extrema que apunta mucho más lejos, que todas las relaciones obligatorias son de resultado. Y con una perspectiva contrapuesta pero similar, se considera que toda obligación supone el empleo de determinados medios y, consiguientemente, todas las obligaciones podrían considerarse como de medios, incluso las encaminadas a producir un determinado resultado como las obligaciones de dar.

Estas objeciones no son convincentes. Y no sólo por centrarse en una crítica puramente terminológica que deja sin juzgar la diferencia sustancial entre ambos tipos de obligaciones¹⁶, sino que, como se ha puesto de manifiesto, no se puede negar que la concreta ejecución de cualquier obligación, incluidas las de resultado, comporte una actividad e imponga siempre una cierta diligencia al deudor. Pero esto no impide afirmar que, en ciertos casos, el acreedor contrata para obtener un resultado final que espera con certeza, por ejemplo, la entrega de la cosa o el transporte de un lugar a otro. Como señala MORENO QUESDA, B.¹⁷, “bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las partes, al concertarlas, piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado el objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesidad, no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilizada, de tal manera que al no alcanzar el resultado hace presumir que no se empleó la necesaria”.

En consecuencia, nosotros entendemos que la crítica anterior se basa en un equívoco derivado de asimilar e identificar prestación debida y resultado. Pero aunque toda obligación lleva consigo una prestación, la naturaleza de la misma es muy diferente según consista en conseguir un resultado determinado o, tan sólo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.

2º. En segundo lugar, se ha criticado la distinción de las obligaciones de medios y de resultado señalando que es empobrecedora de la realidad, pues en la vida jurídica real nos encontramos con obligaciones de contenido infinitamente variado; que las dos categorías que se pretenden oponer no son homogéneas, y que, consiguientemente, es una clasificación arbitraria de las obligaciones infinitamente variadas que se derivan, como consecuencia lógica, del juego del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual. Por ello, más que una negación, lo que pone de manifiesto es que las obligaciones no pueden ser reconducidas a una de estas categorías contrapuestas si no es con ciertos matices correctores, evidenciando las dificultades de encajar las obligaciones en una de estas categorías de forma rígida y la existencia de ulteriores subcategorías en cada una de ellas.

Ciertamente estas críticas han de ser tomadas en consideración, pues contienen buena parte de verdad y revelan los límites y los matices que es preciso introducir en la utilización de la clasificación estudiada, pero no llegan a desnaturalizarla, ni la privan de su interés teórico, ni de su alcance práctico. Esta clasificación no puede, obviamente, ser considerada la *summa divissio* de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones (ni siquiera de las contractuales), ni ser aplicada mecánicamente y *a priori* por categorías de contratos, pero lejos de ser una variedad escolástica, sirve para justificar el empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación (o del contenido de la prestación, si se prefiere) y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide, obviamente, la admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio¹⁸.

En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto y argumentado, y refiriéndonos a las obligaciones médicas, llegamos a la conclusión de que lo que el paciente le exige al médico no es la curación, sino

¹⁶ J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 665.

¹⁷ “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1986, p 475.

¹⁸ Cfr. J. M. LOBATO GÓMEZ, op. cit., p 669.

la utilización diligente y correcta de los medios que, en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas, son considerados como los más apropiados para alcanzar la mejoría del estado del paciente. Y si, en caso de curación consecutiva al empleo de medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia no se incurre en responsabilidad, no es porque la obligación no haya sido cumplida, sino porque, en tal caso, no existe perjuicio.

2. Según la jurisprudencia

18. Por lo que a la jurisprudencia se refiere, la distinción entre arrendamiento de servicios, en el que se promete una actividad, y el contrato de obra, en el que se exige el resultado de la actividad, ya fue señalada (como hemos visto en las consideraciones preliminares, a las que nos remitimos) por el TS en Sentencia de 4 de febrero de 1950, que si bien no hace referencia específica a la relación médico-paciente, sí se refiere a las profesiones liberales.

19. De cita obligada por su importancia es la STS de 26 de mayo de 1986, pues fue la primera que definió la obligación de medios. Esta Sentencia, relativa a una operación quirúrgica con posterior infección y fallecimiento del paciente, diferencia ambos tipos de obligaciones al considerar que *“(…) de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles “toda clase de complicaciones”, y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación (…) todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica”*¹⁹.

20. El TS utiliza como criterio para distinguir las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado, el objeto inmediato de la obligación del arrendador. En este sentido podemos traer a colación la Sentencia de 29 de julio de 2008, la cual considera que *“de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado”*. De esta forma queda claro que el contrato de arrendamiento de servicios genera una obligación de medios o de actividad, que se contrapone al resultado que podría esperarse de un comportamiento diligente del deudor, o lo que es lo mismo, el objeto de las obligaciones puede

¹⁹ El supuesto de hecho es el siguiente: 1º. Don Lorenzo padecía una úlcera duodenal sometida a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado; 2º. El demandado, observada la friabilidad que presentaba el duodeno al realizar la operación previó un fallo de sutura, por lo que hizo un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal; 3º. Posteriormente el enfermo observó complicaciones, que hicieron que a los ocho días de la operación, el propio médico demandado le practicase una laparotomía en fosa ilíaca izquierda, procediendo a la extracción de líquido sero-purulento que se había formado y a la colocación de un segundo drenaje; 4º. Tres días después, y visto que el enfermo empeoraba, se le trasladó a otro hospital, lo que ordenó el mismo demandado, puesto que allí existían mejores medios para tratar adecuadamente al paciente, siendo pocos días después nuevamente operado, ahora por otros médicos, y falleciendo a los dos días de esta última operación. Se desestima la pretensión indemnizatoria de la viuda al considerar *“que el demandado procedió como un buen técnico en la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo”*. La doctrina de la presente sentencia ha sido recogida en numerosas sentencias, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 12 de diciembre de 1990, 16 de abril de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 15 de febrero de 1993, 15 de noviembre de 1993, 29 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1994, 10 de octubre de 1994, 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997, 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1997, 6 de febrero de 2001, 10 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 19 de julio de 2001.

consistir en la prestación de una actividad en sí misma (obligación de medios), o en la prestación de un resultado (obligación de resultado).

21. Se explicita también el contenido de la obligación de medios en la Sentencia de 25 de abril de 1994, si bien se trata de un supuesto de obligación de resultados puesto que resuelve un caso relativo a una vasectomía²⁰. En ella se considera que la obligación que une al médico con el paciente es de arrendamiento de servicios (si bien después considera que se parece a un contrato de obra, para exigir una mayor garantía en la obtención del resultado), obligación que puede condensarse en los siguientes deberes imputables al médico:

- a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento de manera que la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*²¹, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o a la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, al menos en estos supuestos, “*la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo*”;
- b) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, que pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado;
- c) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y
- d) En los supuestos –no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

22. En esta sentencia, se contemplan algunos argumentos que justifican que se tipifique a la obligación como de medios: 1º. La naturaleza mortal del hombre; 2º. Los insuficientes niveles a que llega la ciencia médica, insuficiente para la curación de determinadas enfermedades; 3º. La circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos, lo que hace que alguno de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros.

23. También encontramos una referencia a la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, entre otras, en las siguientes sentencias:

1. La STS de 9 de junio de 1997, en un caso de paciente con diagnóstico de amigdalitis con resultado de hemiplejía izquierda secundaria, señala que “*conforme reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del*

²⁰ Vid., comentario a esta Sentencia por E. LLAMAS POMBO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, nº 36, pp 1005 y ss.

²¹ Señalando E. LLAMAS POMBO, Comentario a la STS de 25 de abril de 1994., cit., p 1013, que el cumplimiento de *la lex artis ad hoc* debe hacerse con arreglo a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar a que se refiere el art 1104 CC.

resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento”.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997, resuelve el caso de una paciente que sufre una anoxia cerebral consecuencia de una operación de timpanoplastia correctora de otitis crónica supurada, con anestesia general, controlada por un aparato con un sistema de alarma que no fue probado por el anestesista antes de la intervención, y al realizar la misma no sonó la alarma que hubiera evitado la lesión de la demandante. En esta Sentencia, se analiza la diferencia entre obligaciones de actividades y obligaciones de resultado, indicando que *“la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento”.*
3. La Sentencia del TS de 3 de octubre de 2000 se centra en la diligencia del médico, referida tanto a la medicina curativa como a la satisfactoria. En ella se manifiesta que *“(…) es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactoria, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”.*
4. En la STS de 26 de julio de 2005, el supuesto de hecho es el siguiente: tratamiento de fotodepilación con resultado de quemaduras. Considera el TS que *“(…) en modo alguno puede conceptuarse la relación contractual habida entre las partes como un contrato de prestación de servicios, mediante el cual la demandada, únicamente, pudiera responder por su obligación de prestar “los medios” para paliar o curar una situación previa de la actora, sino que muy por el contrario, hallándonos ante un caso de actuación médica meramente satisfactoria, de carácter voluntario, la relación entre médico-paciente se constituirá como un contrato de ejecución de obra, donde el profesional está obligado a proporcionar al paciente el resultado estético comprometido”.*
5. La STS de 24 de enero de 2007 afirma que *“... es reiterado criterio de esta Sala, que la obligación del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso*

la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada la responsabilidad objetiva, ya que a la relación causal ha de sumarse ese reproche culpabilístico". (En el mismo sentido, STS de 10 de junio de 2008).

6. STS de 20 de noviembre de 2009²², a nuestro juicio errónea e inadmisibles: en un caso de tratamiento de fertilidad, mediante el método de inseminación artificial, con un resultado de ictus en la paciente, es claro que estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva y, por tanto, ante una obligación de resultado, pues realmente de lo que se trata es de que la mujer se quede embarazada. Sin embargo, llama la atención que el TS considere que estamos ante una obligación de medios, en la que no se puede asegurar un resultado concreto, considerando que *"las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades y, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente"*.
7. Considerando también que la responsabilidad profesional del médico es de medios y que como tal no puede garantizar un resultado concreto, la STS de 19 de julio de 2013 se pronuncia en el sentido de que la obligación del facultativo *"es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención"*.
8. Negando que sea posible la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, la STS de 28 de junio de 2013, entiende que *"no es posible mantener la distinción en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras (...) a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquicos y social y no sólo físico"*.

24. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que no puede afirmarse de forma tajante que la obligación del médico sea de arrendamiento de servicios, sino que el contrato que vincula al médico con el paciente es un contrato de obra, con obligación de resultados, ya que en estos casos no se pretende la curación del enfermo, sino un resultado concreto querido por el paciente y ofrecido por el médico. Son los casos de intervenciones quirúrgicas que se desarrollan en la medicina voluntaria: cirugía estética, odontología, vasectomía, tratamientos de fertilidad y ligadura de trompas.

25. En relación con esta cuestión de la naturaleza de la obligación del médico en la medicina voluntaria, no existe una postura unánime en la doctrina. Así, algunos autores consideran que, sin ninguna duda, las intervenciones que se practican en el campo de la medicina voluntaria se encuadran dentro de las obligaciones de resultado²³, a excepción de determinados supuestos de intervenciones que traten de corregir deformidades físicas que afectan psíquica y funcionalmente a la persona del paciente, en cuyo

²² Cuyo supuesto de hecho es el siguiente: "en el mes de marzo de 1997, Doña Gregoria convino con el Servicio de Ginecología y Obstetricia de la Clínica Quirón, es San Sebastián, someterse a un tratamiento de fertilidad, mediante el método de inseminación artificial, el cual dio comienzo el 1 de junio siguiente, con el suministro adecuado de inyecciones neo-fertinon, procediéndose a verificar los oportunos controles realizándose dos inseminaciones los días 16 y 17 de julio. Antes, el día 15 se prescribió la utilización del H.C.G., con dosis a administrar los días 15, 18 y 20 de julio. El día 21 de julio, la demandante manifiesta dolencias y malestar que son atendidos por el Dr. Fidel. Finalmente el día 25 sufre un infarto isquémico en el territorio de la arteria cerebral media izquierda".

²³ T. GARCIA HERNANDEZ, op. cit., pp 22 y 23; J. FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pp 61 y ss; M. GARCIA-BLAZQUEZ PÉREZ y J.J. MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Granada, 1997, p 193; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2003, p 61.

caso el médico está determinado solamente por una obligación de diligencia no configurándose, en consecuencia, un contrato de obra, sino un contrato de servicios²⁴.

26. En contra de esta postura B. GARZÓN, afirma que en los supuestos de medicina voluntaria, “... no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc, en el cirujano, éste responderá del resultado en la forma y medida de su imprudencia, como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas”²⁵. En parecido sentido se pronuncia A. CABANILLAS SÁNCHEZ²⁶, para quien la circunstancia de que la denominada cirugía reparadora no tenga un carácter puramente estético, sino también una finalidad curativa, no justifica, jurídicamente hablando, que la obligación del cirujano reparador sea de actividad, mientras que si se trata de la cirugía estética, en la que se persigue el embellecimiento del paciente, la obligación del cirujano ha de ser de resultado. En su opinión, ambas obligaciones son de actividad, justificándolo las mismas razones.

27. Negando también el carácter de obligación de resultado GALÁN CORTÉS, J.C. ha señalado que estamos en presencia de una obligación de medios “*acentuada*”, salvo que se haya comprometido un “*resultado*”, pues la condición del cirujano en estos casos no puede ser peor que la de cualquier otro tipo de cirujano, en cuanto que también interviene el azar o elemento aleatorio, consustancial a toda actuación quirúrgica, dada la incidencia, en su evolución posterior, de múltiples y variados factores endógenos y exógenos que pueden truncar el fin o resultado perseguido²⁷.

28. También se ha sostenido una postura ecléctica al considerar que “*cuando la finalidad de la intervención es meramente estética el médico, o bien asume una obligación de resultado, garantizando el logro de dicha finalidad, o bien incurre en una culpa in contrahendo, por cuanto que se hace cargo, sin una necesidad perentoria, o sea, temerariamente, de una obligación superior a sus fuerzas, y provoca un riesgo o peligro evitable con solo dejar de operar*”²⁸.

29. Para otros autores el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, sino insistir en el deber de información, distinguiendo entre no lograr el beneficio esperado para el cuerpo del paciente y empeorar éste o proporcionarle una lesión o enfermedad adicional o, incluso, la propia muerte²⁹.

30. Por último, se señala que lo importante es atender a la relación concreta de que se trate y si en la misma ha habido contrato (que en estos supuestos suele ser más frecuente que en otras intervenciones médicas) o no y al contenido del mismo. Habría que estar por tanto, a los términos convenidos para calificar el contrato de obra o no pero, entendiendo por las razones mantenidas por la doctrina sobre el carácter no necesario de la cirugía estética, que de no tratarse de un contrato de obra habría que aplicar en cualquier caso la presunción de culpa³⁰.

31. En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de marzo de 1950, dictada en relación a un caso de cirugía estética realizada con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, consideró que el convenio que celebraron médico y paciente “*tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios*”, y sin embargo, a pesar de esta afirmación, rechazó la demanda alegando que no se había demostrado que el fundamento de la responsabilidad en el caso de autos

²⁴ J. FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., p 62.

²⁵ B. GARZÓN, “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria”, *La Ley*, nº 1811, 1989, p 74.

²⁶ *Las obligaciones* ... cit., p 73.

²⁷ J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001, pp 268-269.

²⁸ E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p 84.

²⁹ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, pp 346 y ss.

³⁰ J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., p 43.

fuera de los médicos al no lograr el correcto resultado, ya que obedeció a una infección que no puede atribuirse a la actuación de los médicos demandados. En esta sentencia se aplican las consecuencias propias de la prestación de actividad: los médicos demandados no han de responder porque han cumplido, han operado correctamente, y, según se ha señalado, la sentencia no da demasiada luz para resolver el problema de la configuración de la prestación médica³¹. La posición del TS se vio muy clara a partir de la STS de 26 de mayo de 1986, anteriormente citada, y que afirma que el médico no tiene obligación de curar sino de poner los medios para la curación.

32. Entendiendo que en los supuestos de medicina voluntaria el contrato que liga al médico con el paciente se aproxima al arrendamiento de obra, es de señalar la Sentencia del TS, de 25 de abril de 1994 ya citada, que resolvió un recurso en relación con una operación de vasectomía. Al respecto consideró en el fundamento de derecho tercero, que *“a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica –insuficientes para la curación de determinadas enfermedades–, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado –el de la curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios”*.

33. Mas a continuación entiende que *“si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al médico para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de forma notoria al de arrendamiento de obra que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente –que no paciente–, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”*³².

34. Al igual que en páginas anteriores hicimos referencia a una STS que en un supuesto de fertilidad entendió, en nuestra opinión, de forma equivocada, que estábamos en presencia de una obligación de medios y no de resultado, encontramos otra Sentencia que comete el mismo error, en un caso de

³¹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, cit., p 100.

³² Esta doctrina ha sido seguida por numerosas Sentencias del Tribunal Supremo. Entre otras cabe citar: 11 de febrero de 1997 (vasectomía), 28 de junio de 1997 (lifting facial), 2 de diciembre de 1997 (alargamiento tibial), 28 de junio de 1999 (implante de prótesis dentarias), 11 de mayo de 2001 (vasectomía), 11 de diciembre de 2001 (cirugía maxilofacial), 22 de julio de 2003 (cirugía estética correctora de senos), 12 de marzo de 2004 (ligadura de trompas), 26 de marzo de 2004 (cirugía estética reparadora) y 29 de octubre de 2004 (vasectomía).

cirugía maxilofacial, donde la obligación del médico es de resultado y el TS considera que estamos ante un arrendamiento de servicios y por tanto la obligación que una al médico con el paciente es de medios. Se trata de la Sentencia de 11 de diciembre de 2001, cuyo supuesto de hecho es el de una cirugía maxilofacial: la demandante acudió a la consulta privada de un médico especialista en cirugía maxilofacial, el cual le diagnosticó “protusión de maxilar superior” y le aconsejó la intervención quirúrgica, que fue practicada el 23 de marzo de 1997. La operación no obtuvo el resultado esperado, no estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el 3 de julio siguiente; ésta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención. Decidió seguir tratamiento en Estados Unidos, que solventó su problema; éste terminó con tres intervenciones de cirugía plástica, en Barcelona, por el doctor P, quedándole secuelas. El TS considera que “(...) *la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad y excepcionalmente es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba (...)*”.

35. Resulta interesante la STS de 21 de octubre de 2005³³, que trata de un supuesto de cirugía estética con resultado de secuelas de cicatrices y una neurosis de angustia. La resolución del TS es curiosa, puesto que de forma desafortunada y de difícil entendimiento dice que “(...) *no debe hacerse de peor condición al cirujano estético que al cirujano general, por la única razón de que la actuación del primero tiende a mejorar el aspecto estético de un cliente y la del segundo a curarle, pues en ambos casos tanto el alea consustancial a todo acto médico, como el factor reaccional individual de cada paciente imposibilitan, en puridad conceptual, calificar su obligación como propia de las de resultado, lo que no obsta a que en muchas ocasiones, su obligación revista tal naturaleza como consecuencia de una información sesgada, intencional o incompleta, por cuya virtud se induce al cliente a pensar que se trata de una operación sencilla y exenta de riesgos, y que el resultado está prácticamente garantizado, con lo que el propio facultativo es quien transforma en este caso, con tan inadecuada información, su inicial obligación de medios en una clara obligación de resultados (...) por lo que en este tipo de cirugía debe ponerse en acento en la información*”. Y decíamos al principio que es curiosa y, en nuestra opinión errada, porque de una cuidada lectura de la sentencia se observa que el TS califica en este caso la obligación como de resultado como consecuencia de una información sesgada o incompleta.

36. En nuestra opinión, sin embargo, en el caso de medicina satisfactiva es claro que estamos ante una obligación de resultados. Así lo consideran, por ejemplo:

1. La STS de 12 de marzo de 2008 que resuelve un caso en que se interpone una acción contra el cirujano maxilofacial, en reclamación del precio de una nueva operación para la rehabilitación del maxilar superior izquierdo. En la sentencia se dice que estamos ante un contrato de arrendamiento de obra entre médico y paciente, dado que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención.
2. Respecto de la medicina satisfactiva se pronuncia la STS de 30 de junio de 2009 al considerar que “*en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte –el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Como consecuencia, a quien recibe el servicio se le ha llamado paciente, mientras que al que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria*”.

³³ Vid., comentario a esta Sentencia por J.C. GALÁN CORTÉS, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, nº 72, pp 1435-1450.

3. No obstante de forma aislada, y a nuestro juicio equivocada, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 y de 22 de noviembre de 2007 se apartan de esta doctrina, la primera, por entender, en un caso de vasectomía, que debe aplicarse el concepto de arrendamiento de servicios, pues el paciente queda vinculado contractualmente a la clínica donde se le operó y no al médico que le realizó la intervención, al pertenecer éste al cuadro médico de aquélla; y la segunda, porque haciendo una referencia exclusivamente a la obligación de resultado, afirma que la misma no compromete un resultado. Y en contra de las aseveraciones vistas hasta ahora sobre este tipo de obligación, cabe citar la STS de 28 de junio de 2013, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que los actos de medicina voluntaria *“no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”*.

III. Relevancia jurídica de la distinción

37. A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, y defendiendo nuestra postura de que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado tiene relevancia jurídica, vamos a ver ahora, tomando como ejemplo el derecho que el paciente tiene a ser informado, cuál es o cómo se articula la citada relevancia jurídica de la distinción.

38. Las cuestiones que nos planteábamos al inicio de este trabajo eran las de saber si la distinción está vigente, si se utiliza en la actualidad, si sirve para solucionar problemas entre médicos y pacientes, y si tiene influencia en el régimen de la prueba. Todos estos interrogantes deben contestarse afirmativamente, de tal forma que con ello se pone de manifiesto la relevancia jurídica de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

39. Y ¿cuál es esa relevancia? La fundamental es la relativa al régimen de la prueba, y que referiremos, como ya se ha señalado, al derecho de información que tiene el paciente sobre la intervención o tratamiento que le prescriban, esto es, si en caso de incumplimiento de la obligación por parte del médico, el paciente tiene que demostrar la negligencia del facultativo o, al contrario, si recaerá sobre el médico la carga de probar que actuó con la diligencia debida. Podría pensarse que, a partir de la distinción entre las citadas obligaciones, pueden existir dos disciplinas diferentes en lo que respecta al cumplimiento/incumplimiento de las mismas y a su prueba, de dos formas distintas de imputación de la responsabilidad derivada del incumplimiento y de su posible exoneración e, incluso, de articular, en base a la distinción, dos regímenes de responsabilidad civil diferenciados, objetiva en el caso de las obligaciones de resultado, culposa en el caso de las obligaciones de medios.

40. Respecto de la cuestión relativa a sobre quién recae la carga de probar que la información se ha facilitado al paciente, la doctrina y la jurisprudencia, a la hora de analizar la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento total o parcial, no mantienen una postura unánime. Así, hay autores que han venido distinguiendo entre medicina curativa y medicina voluntaria o satisfactiva. Mientras en la primera el médico, en tanto deudor de una obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta, en la segunda, y como ya hemos señalado, se obliga el médico a obligación de resultado, ejecutando la prestación bajo su propio riesgo, de forma que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. Se presume la culpa del deudor en las obligaciones de resultado, en tanto que en las de actividad o de medios el acreedor habrá de probarla siempre (de la jurisprudencia nos ocuparemos más adelante).

41. En efecto, la principal virtualidad de esta distinción estaría en el régimen de la prueba o, más concretamente, en la manera de repartir la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación de información del médico. Cuando el facultativo asume una obligación de resultado, se considera que el

paciente no tiene que establecer la culpa del mismo por omisión del deber de información: es suficiente que pruebe que el resultado prometido no se ha obtenido. El incumplimiento habla por sí mismo: *res ipsa loquitur*. La prueba de la culpa se confunde con la prueba del incumplimiento. Hay una presunción desfavorable para el médico por el hecho del incumplimiento en la medida de que el daño sólo puede explicarse *a priori* por la culpa de éste. Por el contrario, si el facultativo (o centro sanitario, en su caso) asumen una obligación de medios, la carga de la prueba de la culpa, esto es, la prueba de la falta de información, pesa sobre el paciente. Será éste quien ha de probar, para determinar el incumplimiento, que el médico no se ha conducido con la diligencia debida y, por tanto, al no informarle, ha incurrido en culpa. Como veremos a continuación, un sector de la doctrina entiende que la importancia práctica de la distinción está precisamente en el establecimiento de la carga probatoria acerca de si se cumple o no la prestación, y de la consiguiente responsabilidad en este último supuesto.

1. Posturas doctrinales

42. A la vista de los presupuestos propios de esta distinción, la gran mayoría de los autores opinan que, dentro del contexto de la responsabilidad contractual, según estemos frente a uno y otro tipo de obligación (de medios o de resultado), tendrá el paciente la carga de probar un contenido diverso por lo que se refiere al hecho del incumplimiento. Si es de resultados la obligación, tendrá la carga de probar solamente la no obtención del resultado. Por el contrario, si la obligación es de medios, será el paciente el que deberá probar la negligencia o culpa del médico para lograr la imputación de responsabilidad a dicho profesional, es decir, la violación de los deberes inherentes al desarrollo de la actividad profesional y, en particular, el deber de diligencia, valorada de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercitada, en relación al grado de progreso logrado por la ciencia médica y de las técnicas profesionales en el momento en que la actividad tuvo lugar. Asimismo, como veremos al analizar la jurisprudencia, la distinción también es sostenida en sede de responsabilidad extracontractual.

43. Como decimos, la doctrina no mantiene un criterio unívoco. Respecto de los autores que también recurren a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado a efectos de la carga de la prueba por falta de información al paciente, podemos citar los siguientes:

44. Distinguiendo las obligaciones de medios de las de resultado, LLAMAS POMBO, E.³⁴ señala que en el primer caso incumbe al paciente o a su heredero la prueba del incumplimiento de la actividad a la que se había comprometido el facultativo, mientras que en las obligaciones de resultado bastaría demostrar, por parte del paciente, que el resultado esperado no se produce para aplicar una presunción de culpa en contra del médico³⁵. Resalta este autor, que cuando de obligación es de resultado se trate, la prueba del incumplimiento de las mismas es suficiente, puesto que el resultado no se ha producido, lo que ya comporta un daño, una culpa y una relación de causalidad; mientras tanto, en las obligaciones de medios, es a través de la prueba de estos dos extremos como se llega a la del incumplimiento.

45. Para L. GONZÁLEZ MORÁN³⁶, en las obligaciones de resultado incumbe al acreedor únicamente demostrar la existencia de una obligación y su incumplimiento, y los daños que tal incumplimiento le han irrogado, mientras que sobre el deudor pesa la carga de probar que la obligación ha sido cumplida, y, en caso de incumplimiento, demostrar que no obedece a causas imputables a él, probando la existencia de fuerza mayor o de caso fortuito. En el caso de obligaciones de medios, al deudor solamente le constriñe el deber de prestar una actividad diligente, de acuerdo con las reglas (en el supuesto de la responsabilidad médica) del arte y ciencia propios de la especialidad; él no ha prometido ni comprometido, frente al enfermo, la obtención de un resultado cerrado y comprobable; por lo tanto, en el caso

³⁴ “Responsabilidad civil, culpa y carga de la prueba”, cit., pp 230 y 425.

³⁵ En el mismo sentido, LORENTE REJÓN y CENDRERO MELGUIZO, *Responsabilidad civil en Medicina legal: responsabilidad por las actuaciones sanitarias*, Coord. García Barrios, Madrid, 2003, pp 163-164.

³⁶ *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990, pp 90-91.

de que el paciente alegue incumplimiento del proyecto de comportamiento estipulado en el contrato, recaerá sobre el propio acreedor demostrar que la conducta del médico y su quehacer profesional no se han ajustado por lo querido y pactado³⁷.

46. En opinión de B. MORENO QUESADA, en las obligaciones de resultado las partes hacen al resultado el objeto directo de la obligación, de tal manera que no alcanzar un resultado hace presumir que no se empleó la diligencia necesaria. Se presume por ello que la no obtención del resultado se debe a la culpa del deudor, pero permitiéndose destruir esta presunción (*iuris tantum*) mediante la prueba de que ha encontrado un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer. En las obligaciones de medios el alea es tal que su incidencia en la consecución del resultado, como puede ser la curación del enfermo, no permite presumir la culpa del deudor. Si el deudor no debe más que una prestación de la actividad o de medios, su objeto le liga únicamente a comportarse con la suficiente pericia profesional y, en consecuencia, no responde sino de su negligencia; si por el contrario su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la falta de obtención del resultado, a no ser que encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor³⁸.

47. Sin embargo, en contra de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados para la distribución de la carga de la prueba de la falta de información al paciente, se alzan las opiniones de varios autores: J. JORDANO FRAGA³⁹, A. CARRASCO⁴⁰ y R. DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴¹, para quienes la distinción las dos mencionadas categorías de obligaciones no es útil para distribuir la carga de la prueba.

48. Señala A. CARRASCO que el único uso útil de la distinción es el de articular la asignación de riesgos, de tal forma que considera que la obligación es de medios si el riesgo no pertenece al deudor en caso de frustración del resultado o los intereses del acreedor: es de medios aquella obligación donde el interés empírico del acreedor no se corresponde en toda su medida con el interés contractual que el deudor debe satisfacer.

49. Para J. JORDANO FRAGA, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no sirve para la distribución de la carga de la prueba, ya que el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar: 1. la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina); 2. la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento por parte del deudor; 3. los daños que hayan derivado de esa infracción; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, deberá

³⁷ En este sentido, vid., R. CASTILLEJO MANZANARES, “La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica”, *La Ley*, 2006, vol 4, pp 1729-1730. Esta autora afirma que no cabe la responsabilidad objetiva, pues considera que partiendo de que la obligación del médico es de medios, si tras su actuación el resultado no es el esperado por el paciente, éste podrá exigirle responsabilidad, para lo que, instado el oportuno proceso, habrá de probarse la culpa del médico, así como la existencia de relación de causalidad entre la actuación del facultativo y el daño causado, y, por tanto, se exige a quien reclame el deber de probar que el médico no puso los medios, las precauciones y los cuidados suficientes que *la lex artis* entiende como necesarios, no siendo suficiente con probar la existencia de un nexo causal entre la actuación del médico y el daño causado.

³⁸ “Problemática de las obligaciones de hacer”, cit., pp 475-476, añadiendo que si el deudor no debe más que una prestación de medios o diligencia, su objeto le liga únicamente a comportarse como un buen padre de familia y, en consecuencia, no responde sino de su culpa; si por el contrario, su obligación es de obtener un resultado, en razón de que es éste el que ha de alcanzar, su responsabilidad le será atribuida por el sólo hecho de la inejecución que no encuentre su excusa en un caso de fuerza mayor y, consiguientemente, con independencia de la diligencia puesta en la actuación.

³⁹ Op. cit., pp 77-80.

⁴⁰ Artículo 1214, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs), XV-1, 1989, p 592.

⁴¹ *Responsabilidad civil por actos médicos*, Madrid, 1999, p 34. Apoya su criterio en la STS de 28 de junio de 1997, dictada en un caso de fallecimiento del paciente cuando se le había practicado una operación de lifting. Efectivamente de la Sentencia se desprende que a efectos de la carga de la prueba es indiferente que nos encontremos ante una obligación de medios o una obligación de resultado; lo significativo en esta resolución es que se invierte la carga de la prueba y se condena al médico que “(...) no cumplió la obligación que a él le incumbía, conforme a las pautas profesionales (*lex artis ad hoc*) que le eran exigibles, de comunicar al intensivista, a la finalización del acto quirúrgico, la clase de operación realizada al paciente, así como los antecedentes del mismo y posibles complicaciones postoperatorias que eran muy previsibles (...)”

probar también los puntos ya expuestos, siendo trascendental el incumplimiento de la obligación: que la conducta de cumplimiento del deudor no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación (esto es, culpa o negligencia del deudor).

50. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ sostiene que de la calificación de la obligación del médico como de actividad o de resultado “*no puede extraerse necesariamente un régimen diferente al general en materia de carga de la prueba*”.

51. También es contrario a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, C. DÍAZ-REGAÑÓN⁴², pues considera que existe una invariabilidad de efectos en la distinción de ambos tipos de obligaciones en el terreno de la carga probatoria de la culpa, ya que en su opinión, la distinción efectuada es susceptible de ser fuertemente cuestionada, señalando las razones que le llevan a tal afirmación: en primer lugar, porque el Código civil no recoge la distinción; en segundo lugar, porque esta teoría cabría ser sostenida en sede de responsabilidad contractual, pero no cuando estemos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual; en tercer lugar, continúa diciendo este autor, la distinción es insostenible por el propio subjetivismo y arbitrariedad a la hora de considerar un supuesto incluido en uno u otro tipo de obligación. En consecuencia, señala este autor, para lograr una pretensión resarcitoria frente al deudor, el acreedor deberá probar la infracción de la obligación o incumplimiento material (art 1101CC), además de la existencia de la obligación: es en el cumplimiento de las obligaciones donde la distinción mencionada despliega todos sus efectos.

52. En absoluto compartimos estas últimas opiniones. Por el contrario entendemos que para determinar la cuestión de la carga de la prueba es absolutamente necesario hacer la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, pues según estemos frente a un tipo u otro de obligación o de contrato (de arrendamiento de servicios o de obra), la carga de la prueba recaerá en sujetos diferentes, es decir, bien sobre el paciente, bien sobre el facultativo. Y a mayor abundamiento, consideramos que la distinción cabe ser sostenida, como dijimos anteriormente, tanto en sede de responsabilidad contractual como en sede de responsabilidad extracontractual, es decir, el deber que corresponde al médico (y a los centros sanitarios) de informar al paciente se presenta como un deber profesional necesario que opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual, procediendo la yuxtaposición de ambas responsabilidades⁴³, como así lo ha puesto de manifiesto el TS en numerosas resoluciones⁴⁴.

53. Por tanto, según las opiniones mayoritarias recién expuestas, (al margen de las contrarias), se mantiene en todo su rigor el principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el paciente el que debe demostrarla para que aquél sea condenado a indemnizar, cuando de una obligación de medios se trata, y que se aplica una presunción de culpa en el médico cuando se trata de una obligación de resultado, teniendo que demostrar el paciente, solamente, que no se ha obtenido el resultado buscado. Este es el modo de entender la carga de la prueba. Y lo mismo da, como ya ha quedado dicho de forma reiterada, si se trata de prueba en la culpa contractual o en la extracontractual⁴⁵. Para

⁴² Op. cit., pp 79 y ss.

⁴³ En contra, D. BELLO JANEIRO, Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2009, nº 80, p 788, puesto que en su opinión, esta yuxtaposición de responsabilidades no resulta respetuosa con la nítida diferencia de nuestro legislador entre ambos, especialmente en los plazos de prescripción.

⁴⁴ A modo de ejemplo, entre otras, SSTS de 7 de febrero de 1990, 22 de enero de 1991, 31 de diciembre de 1997, 26 de septiembre de 2000, 31 de marzo de 2004.

⁴⁵ Vid., también, en sentido de la doctrina mayoritaria, la postura de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983”, *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp 205-209. Según estos autores, la diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de fines radica en la necesidad de que la falta de diligencia se pruebe en las primeras y se presuma en las segundas. Para J. M. LOBATO GÓMEZ, *Estudio de la distinción ...cit.*, pp 691 y 692, el punto más conflictivo se refiere al hecho de determinar si la teoría de las obligaciones de medios y de resultados ha de ser aplicada a todo tipo de obligaciones contractuales y extracontractuales, o sólo a las primeras. Señala este autor, que en materia contractual se admite que cuando el deudor está sujeto por una de las llamadas obligaciones de resultado, puede incurrir en responsabilidad sin necesidad de que

SANTOS BRIZ, J.⁴⁶, la carga de la prueba, tanto de la culpa del médico como de la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido, incumbe al paciente o a sus herederos, tanto si se trata de relación contractual como si es extracontractual⁴⁷.

54. Ahora bien, lo que debe quedar bien claro es que, aunque el médico actúe diligentemente en la intervención o tratamiento de que se trate, si ha incumplido con su obligación de informar, tanto si la prueba recae sobre el enfermo-demandante, como si recae sobre el facultativo-demandado, será responsable, aunque el paciente sane, por la omisión de su deber, puesto que se le ha negado al paciente de su posibilidad de no someterse a la intervención o al tratamiento, evitándosele con ello también la posibilidad de que acuda a otro profesional o a otro centro sanitario. Se ha vulnerado, por tanto, la *lex artis ad hoc*.

2. Su determinación por el Tribunal Supremo

55. El TS, tradicionalmente ha venido considerando que el paciente, cuando demanda a un médico por falta de información, tiene que probar que el daño que alega habersele ocasionado se lo produjo el facultativo, de tal forma que sobre él recae la carga de la prueba. El citado Tribunal, así como la doctrina mayoritaria que hemos analizado supra, mantiene y defiende la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado al efecto de determinar la actuación culposa o negligente del médico. En principio, como veremos a continuación, no existe una unanimidad de criterios en las resoluciones jurisprudenciales, pues comprobaremos que unas sentencias atribuyen la carga de la prueba de la falta de información al paciente, y otras, tras admitir la inversión de la carga de la prueba, condenan al facultativo por omisión de su deber de informar.

56. Queremos resaltar que los diferentes pronunciamientos no tienen una continuidad en el tiempo, es decir, las sentencias no siguen un orden cronológico según el cual hasta un determinado año la carga de la prueba de la falta de información que tenía que proporcionarle el médico, recae sobre el paciente y desde otra fecha determinada la carga probatoria incumbe al médico. Las decisiones del TS dependen del supuesto de hecho de que se trate, entremezclándose sus criterios, pero, en todo caso y de forma indiscutible, resuelvan lo que resuelvan, lo hacen teniendo en cuenta la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, o, lo que es lo mismo, haciendo distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de obra. Como sentencias significativas de nuestra postura, de la de la doctrina y de la jurisprudencia, podemos citar, entre otras, las siguientes:

1. La STS de 13 de julio de 1987 considera que *“la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos y representantes legales, conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga dentro de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa*

el acreedor pruebe su culpa o negligencia. La no obtención del resultado prometido es suficiente para entender incumplida la obligación y, consiguientemente, para generar responsabilidad, a menos que se pruebe por el deudor la existencia del caso fortuito. Del mismo modo, trasladando esta idea al campo extracontractual, cuando el legislador impone expresamente deberes a los particulares que consistan en la obtención de un resultado, la víctima podría exigir responsabilidad probando únicamente un hecho material, sin necesidad de entrar a valorar la conducta generadora del daño y, consiguientemente, a determinar el carácter socialmente reprochable de la misma.

⁴⁶ “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p 673.

⁴⁷ En este sentido, entre otras, SSTS de 12 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1997.

*curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica*⁴⁸.

2. Se admite la prueba de presunciones en la STS de 31 de enero de 1991, considerando que *“la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente, pero esto no excluye que dichos extremos puedan resultar acreditados por la prueba de presunciones”*. El TS admite que *“puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, y la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, salvo que notoriamente aparezca la falta de enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica, entre los hechos demostrados y aquellos otros que se trata de deducir, y no cabe duda que el razonamiento deductivo de la Sala en modo alguno puede ser calificado de ilógico o contrario a ley alguna*⁴⁹.
3. En el mismo sentido, la STS de 8 de octubre de 1992, afirma que *“la relación jurídica médico-enfermo no tiene por objeto la curación del paciente, que normalmente nadie puede asegurar, sino el compromiso de utilizar los medios adecuados conforme a la lex artis y las circunstancias del caso, y su responsabilidad ha de basarse en culpa patente que revele un desconocimiento de ciertos deberes, según el estado actual de la ciencia, sin que se le imponga al facultativo el deber de vencer dificultades que puedan equipararse a la imposibilidad. La parte actora viene obligada a demostrar en juicio que concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC para que prospere una demanda en él fundada y, naturalmente, entre ellos la actuación negligente del cirujano. (...) la conducta de los médicos queda en general descartada de toda responsabilidad más o menos objetiva y no opera la inversión de la carga de la prueba, a la que sólo muy excepcionalmente han acudido nuestros tribunales, aunque apoyados, además, en la prueba de presunciones. (...) En cualquier caso, como ya se ha dicho, incumbe a la parte demandante la demostración de la infracción de la lex artis puesto que en nuestro derecho no se ha abierto camino la regla res ipsa loquitur que el derecho anglosajón aplica a los casos de actuaciones profesionales médicas, determinantes de la inversión de la carga de la prueba”*.
4. Respecto a la consideración de que la carga probatoria recae sobre el paciente, se pronuncian, entre otras, las SSTS de 18 de mayo de 2012, 12 de julio de 1994⁵⁰ y 16 de diciembre de 1997, en las que el Tribunal Supremo sostiene que la falta de constancia escrita y de prueba de la falta de información no puede perjudicar al médico, recayendo sobre el paciente la carga de probar que la intervención se realizó sin estar debidamente informado. Considera la citada STS de 18 de mayo de 2012, en un supuesto de intervención de cirugía plástica para una blefaroplastia, tras la cual la paciente sufrió un ictus cerebral, que es el paciente el que debe demostrar *“la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no de las técnicas médicas exigibles para el mismo”*. No obstante, a efectos de la carga de la prueba, en la práctica tiene escasa repercusión la diferencia entre culpa contractual y extracontractual, diferencia que se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias.

⁴⁸ Lo mismo considera el TS en Sentencia de 12 de julio de 1988: *“(...) en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico”*. En el mismo sentido, STS de 11 de marzo de 1991.

⁴⁹ Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...* cit., p 168, quien cita, además, la STS de 12 de febrero de 1990, que se limita a admitir la prueba de presunciones para demostrar el nexo causal entre el daño sufrido por el enfermo y la intervención quirúrgica practicada por el cirujano.

⁵⁰ Vid., comentario a esta Sentencia por R. SÁNCHEZ GÓMEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pp 471 y ss.

5. Sobre la falta de información al paciente, es interesante la STS de 27 de septiembre de 2001. El interés de esta Sentencia radica en que hace un extenso análisis de los distintos argumentos que en materia de culpa médica se han barajado, como la diligencia exigible, la prueba de la culpa, la presunción de la misma, así como el derecho de información y los efectos de su ausencia. El TS entiende que *“la Sentencia recurrida claramente establece la base fáctica y adecuada diagnosis jurídica que permite apreciar que la atención médica dispensada en el servicio de urgencias del hospital G fue totalmente correcta. La exploración médica necesaria para establecer un diagnóstico de rotura de talón de Aquiles (al menos de la total) no exige radiografías, placas u otro tipo de pruebas o contrastes objetivos, pues es perfectamente apreciable por el “signo de hachazo” mediante la prueba de la maniobra de Trompson. No hay soporte alguno que permita sostener que el 8 de abril de 1990 existía ya una rotura total del tendón de Aquiles, por lo que el diagnóstico efectuado (“el tendón funciona”) y el tratamiento seguido respecto de la lesión de rotura de fibras diagnosticada, que consistió en inmovilización mediante escayola, fueron totalmente correctos. Por otro lado es preciso destacar que la carga de la prueba del nexo causal corresponde en todo caso al demandante. La denuncia que se hace en el recurso respecto a la falta de información escrita, adolece de una gran imprecisión, por lo que su planteamiento en el sentido de que “ninguno de los doctores que sucesivamente atendieron al paciente realizaron ningún tipo de informe médico por escrito explicando el tratamiento médico necesario y cuál era el alcance de la lesión”, parece obedecer exclusivamente a la búsqueda de algún motivo que permita justificar la reclamación y el recurso. Para desestimar la alegación basta con señalar que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en qué pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo, además de que no se da la exigencia informativa en el ámbito para que se invoca”.* En cualquier caso, aun existiendo falta de información al paciente, resulta absolutamente necesaria la prueba del nexo causal del daño vinculado a la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación, como concluye la STS de 3 de julio de 2013 (siguiendo a la de 14 de mayo de 2008), *“en que en ninguno de los informes que han sido objeto de una razonable valoración sitúa el origen del daño en una mala praxis médica, sino en una previa enfermedad sufrida por la actora, habiendo reiterado la Sala primera que la carga de probar la base fáctica del nexo causal corresponde a la parte demandante, que es quien debe soportar las consecuencias desfavorables de su falta de acreditación”.*

57. Por tanto, según las posturas jurisprudenciales citadas (coincidentes con las doctrinales que hemos señalado supra) analizadas, será el demandante, en este caso el paciente, el que deberá demostrar los hechos constitutivos del derecho reclamado y, una vez establecidos en el proceso, al sujeto pasivo incumbe la acreditación de aquellos otros que han impedido la constitución válida del derecho (hechos impeditivos) o la han paralizado o extinguido (hechos extintivos)⁵¹. Y le corresponde probar el comportamiento culposo del médico tanto si la relación es contractual como si se califica de extracontractual⁵².

58. Por último, cabe citar aquí una sentencia en la que, de forma excepcional, el TS considera que de la calificación de las obligaciones como de medios o de resultados, no puede extraerse necesariamente

⁵¹ R. GARCÍA VARELA, op. cit., p 132.

⁵² Vid., M.T. ALONSO PÉREZ, “Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)”, *Anuario de derecho civil*, 1997, p 931; y también, J. M. BADENAS CARPIO, “La responsabilidad civil médica”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, F. REGLERO CAMPOS, (coord.), Pamplona, 2012, p 261, para quien la carga de la prueba relacionada con la falta de diligencia del profesional sanitario, así como respecto del aislamiento de la causa productora del daño, incumben al demandante, sin que en ningún caso opere cualquier tipo de inversión.

un régimen diferente al general en materia de la carga de la prueba, en el que queda constancia de las opiniones en este sentido por varios autores. Como ejemplo de lo dicho puede traerse a colación la STS de 28 de junio de 1997, dictada en un caso de fallecimiento del paciente cuando se le había practicado una operación de lifting, en la que no se informó al paciente sobre las posibles complicaciones postoperatoria.

59. Como conclusión de lo dicho hasta ahora cabe señalar que cuando de medicina asistencial se trata, en los supuestos de responsabilidad civil por omisión del deber de información, no es de aplicación la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que el paciente deberá probar, además de la existencia del daño, la actuación culposa del médico y la relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales (STS de 23 de octubre de 2008)⁵³. Y como señala BLAS ORBÁN, la demostración de la patología que sufre el paciente puede que no sea difícil de demostrar; lo difícil será probar que el médico no actuó conforme a la *lex artis*, debiendo probar también que de este incumplimiento de ha derivado un resultado dañoso⁵⁴.

60. ¿De qué medios de prueba puede valerse el paciente para demostrar lo anteriormente dicho? En principio la prueba será difícil puesto que el artículo 4.1 Ley 41/2002 establece que la información se haga de forma verbal, pero se admitirá cualquier medio de prueba documental como la historia clínica⁵⁵, prueba testifical, informes médicos, dictamen de peritos, ... Además, debe señalarse que existe una obligación de colaboración procesal del profesional sanitario, especialmente en la aportación de pruebas documentales y de los historiales clínicos completos, considerando la STS de 29 de noviembre de 2002 que el personal sanitario, por sus conocimientos técnicos en materia litigiosa, y por los medios a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la víctima a la hora de buscar la prueba⁵⁶.

61. Por ello, debe ponerse de manifiesto, como hace A. CABANILLAS SÁNCHEZ, la evidente dificultad probatoria que recae sobre el paciente demandante, por lo que, señala este autor, no ha sido infrecuente la desestimación de la demanda indemnizatoria en la mayor parte de los procesos, ya que, formalizado recurso por infracción de ley, es desestimado en su totalidad⁵⁷.

62. Una posición ecléctica es la propugnada por J. ATAZ LÓPEZ⁵⁸, quien sostiene que *“es cierto que cargar al enfermo con la carga de la prueba de diligencia médica, es, en la práctica, conseguir que le sea muy difícil tener una sentencia condenatoria. También lo es que no sería justo presumir una culpa médica ante cada fracaso. Por ello ninguna de las dos soluciones es totalmente satisfactoria, y parece que lo adecuado es exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento, y al enfermo la de la ausencia del mismo: el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el médico ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible”*.

⁵³ Sentencia comentada por D. BELLO JANEIRO, cit., quien en p 788 se muestra contrario a esta yuxtaposición, pues entiende que la misma no resulta respetuosa con la nítida diferencia que hace nuestro legislador entre ambos tipos de obligaciones, especialmente en los plazos de prescripción.

⁵⁴ Op. cit., p 222.

⁵⁵ Respecto a la historia clínica como documento probatorio de haberse proporcionado la información, el TS manifiesta sus reservas ya que en Sentencia de 5 de junio de 1998 considera que (...) el error de la Audiencia ha sido estimar como intocable lo que se dice en la historia clínica, como hechos probados, sin apercibirse que tal historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, confrontado con los demás medios probatorios. No haciéndolo, o si se ha hecho no se manifiesta cómo lo ha sido, queda la historia clínica como verdad irrefutable, lo que no puede admitirse”.

⁵⁶ Ante la falta de determinados documentos en la historia clínica aportada, el TS en sentencia de 6 de febrero de 2001 (citada por J. CORBELLA DUCH, *Manual de Derecho sanitario*, 2ª ed., Barcelona, 2012, p 175), entiende que *“no se está sometiendo al organismo demandado al rigor de una inversión de la carga de la prueba, sino que se está poniendo de manifiesto que es dicha institución quien dispone de facilidad para aportar las pruebas. Su omisión reduce la exigencia de tales pruebas a simple alegación unilateral de parte”*. El autor citado entiende que *“este principio se impone con carácter general en la vigente LEC, cuando en su art 247 exige a las partes que ajusten sus actuaciones a las reglas de la buena fe, y en el art 328 reconociendo el derecho de cada parte de solicitar a las demás la exhibición de los documentos que no se hallen a su disposición”*.

⁵⁷ Cfr. “La responsabilidad por infracción ...” cit., p 909.

⁵⁸ Op. cit., p 255.

63. Sobre la dificultad en la que se encuentra el paciente para probar la culpa del médico, el TS en S de 12 de diciembre de 1998 alude a la falta de colaboración y hasta a la “oposición sostenida y conciliada” de los profesionales, así como también se apunta de forma tímida hacia la inversión de la carga de la prueba.

64. Considera la sentencia que *“Resulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias, que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina. En el caso de autos la causa petendi no es otra que la conducta culpabilística del facultativo anestesiólogo que recurre, por mala, deficiente y negligente actuación, con graves y permanentes consecuencias, dañosa para la salud de la persona, que resultó perfectamente identificada, lo que hace aplicable la responsabilidad por culpa extracontractual del art 1902 CC.*

Conforme la doctrina más avanzada de esta sala de casación civil, en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el intubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto de caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente”⁵⁹.

65. Como señala GÓMEZ CALLE, E.⁶⁰, a los pacientes les puede resultar muy complicado acreditar que hubo negligencia en la asistencia recibida y ello por diversos factores. Serían, según esta autora, los siguientes: básicamente porque estamos en un sector altamente especializado, que requiere conocimientos profesionales para determinar si el tratamiento ha sido o no el correcto o el más idóneo, y porque con frecuencia los elementos que pueden servir para valorar la corrección de la intervención médica (la historia clínica, por ejemplo) se encuentran en poder de aquellos a los que se pretende exigir responsabilidad.

66. No es fácil que el paciente disponga de la prueba, siendo el médico, en muchas ocasiones, quien tiene acceso a las fuentes de prueba que fundamenten su exculpación; además, es mejor su posición en lo relativo a las posibilidades de acceso al conocimiento, que cada uno de ellos tiene, acerca del desarrollo de los hechos, así como de su valoración técnica o científica⁶¹. Por ello lo razonable es que quien disponga de la prueba la aporte, en tal forma que, como dice la STS de 19 de julio de 2013, la carga de probar hay que combinarla con la facilidad para probar. Esta teoría de la facilidad probatoria ha sido incorporada a la LEC en su art 217.⁶²

⁵⁹ No obstante, años atrás el TS ya reconoció la responsabilidad médica sin culpa o inversión de la carga de la prueba en la S de 1 de diciembre de 1987: la demandante padecía un angioma plano (mancha roja en la mejilla) y para eliminar esta imperfección fue sometida a un tratamiento de radioterapia. Las consecuencias de dicho tratamiento fueron altamente dañosas para la actora: le produjo una profunda afección calificada de radionecrosis que, debidamente tratada, dejó secuelas que se extendían a medio paladar, siete piezas dentarias, cicatriz de diecisiete centímetros en mejilla izquierda desde el pabellón auricular hasta el mentón con pérdida de sensibilidad en la cara, parálisis que conlleva alteraciones de la mímica, dificultades respiratorias, pronunciación deficiente y lagrimeo. La causa de todas estas consecuencias radica en una sobredosis de radioterapia, dosis superior a la planificada. La culpa médica se encuentra en que debía haber prestado especial cuidado en la aplicación de la dosis, cuidado que debía extenderse a la revisión de los aparatos, a sus elementos funcionales y al tiempo de la administración. Se observa la enorme dificultad que se presenta a la demandante, si pesa sobre ella la carga de probar que el médico encargado de aplicar el tratamiento de radioterapia no lo hizo con la diligencia debida en tan complicadas y técnicas tareas. El TS establece la inversión de la carga de la prueba: es al médico a quien corresponde probar que actuó con la exigible diligencia, considerando que “A lo largo del proceso el demandado no ha probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso. Esta falta de diligencia en el manejo del medio peligroso constituye el inicio de la cadena causal que termina con el grave resultado de una lesión física en la paciente”.

⁶⁰ Op. cit., pp 1749-1750.

⁶¹ R. CASTILLEJO MANZANARES, op. cit, p 1731.

⁶² Respecto del principio de facilidad probatoria, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La nueva Ley de Protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi.*, n° 34, 2000, p 133, dice que se apunta tal principio como fundamento al que responde la existencia de presunciones: sería la previsión de una situación procesal en la que una de las partes puede verse gravada con la

67. En efecto, en dicho precepto se distingue entre disponibilidad probatoria, según la cual es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra; y facilidad probatoria que implica que si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición en que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba al caso. Por lo tanto, que es quien ejercita la acción quien debe probar la culpa, no es óbice para que el médico pueda colaborar, por cuanto la carga de la prueba se desplaza hacia quien se halla en mejor posición en relación con las fuentes de prueba, siendo de su interés demostrar que actuó con la máxima diligencia y que no existe el necesario nexo de causalidad entre el hecho denunciado y el daño causado⁶³.

68. En el caso de que sea el paciente, suficientemente informado por su médico de los riesgos, consecuencias y alternativas de las pruebas a las que deba someterse o a una intervención, el que quiera operarse o que se le realicen las pruebas que sean pertinentes, a pesar de la recomendación expresa de su médico de que no lo haga, el médico no incurre en culpa, y será el paciente el que deberá demostrar que hubo información.

69. En esta orientación cabe citar la STS de 11 de mayo de 1999, cuyo supuesto trata de la lesión medular y paraplejia que a la demandante le había producido la intervención quirúrgica de la escoliosis que padecía, cirugía que le había sido desaconsejada por los propios cirujanos. La Sentencia declara que *“Así las cosas y en congruencia con cuanto dejamos expuesto en los fundamentos anteriores, parece oportuno e incluso obligado recordar, por su trascendencia a efectos decisivos, el concreto relato fáctico que se incorpora en la motivación jurídica 6ª de la sentencia recurrida, en la que literalmente se expresa “sin embargo, la actuación de los médicos viene forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas”, haciéndose notar a seguido que en el expediente del hospital G.U. consta que “se le aconseja la no intervención por los riesgos que conlleva.*

Al no poder estimar concurrente, en puridad, el inexcusable nexo causal entre la actividad sanitaria desarrollada y el daño producido, en razón de la asunción por la paciente de los riesgos que comportaba la intervención quirúrgica y que le habían sido comunicados previamente, no pudiendo, pues, compartirse ni las afirmaciones que formula la parte recurrente en orden a “la falta de información sobre los riesgos y la carencia de consentimiento de la paciente”, como contrarias a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, o a que “la paraplejia se produciría por empleo de técnica incorrecta, por consecuencia de alguna circunstancia ignorada que sucedió en el quirófano o bien por mor de la lesión de tipo isquémico no advertida oportunamente” (...), ni las consecuencias que pretenden deducirse de tales alegaciones, ya que la previa advertencia médica de los gravísimos riesgos que conllevaba la operación y la voluntad de la paciente de que se llevara a cabo la misma asumiendo sus riesgos, impiden como decíamos la responsabilidad pretendida por la parte recurrente como derivada de la actuación de los servicios médicos del hospital, los cuales están llamados (...) “no a obtener un resultado (la salud del paciente), sino a prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado”.

IV. Las obligaciones de medios y de resultado en los Principios Unidroit, en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en el Marco Común de Referencia

70. Por lo que se refiere a los Principios UNIDROIT, regulan en el art 5.1.4, del capítulo relativo a las obligaciones, las obligaciones de medios y las de resultado, si bien por las primeras utiliza una

carga de probar un hecho muy difícil o imposible acreditación la que lleva a establecer este tipo de reglas, a partir de las cuales la parte a la que, en principio, le correspondía probar, queda exonerada de tal prueba o sólo tener que acreditar el hecho del que se deduce el hecho presumido. De este modo, continúa diciendo la autora, aunque no siempre se produce una exoneración total de la carga de la prueba, las presunciones suponen, al menos, una clara facilitación de la prueba, puesto que la parte a la que beneficia la presunción tendrá que acreditar un hecho cuya prueba es claramente más fácil que la del hecho que tendría de demostrar si no existiese dicha presunción.

⁶³ R. CASTILLEJO MANZANARES, op.cit., p 1731.

denominación distinta, refiriéndose a ellas como las obligaciones “de emplear los mejores esfuerzos”. En concreto el citado artículo dispone que:

- “(1) *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.*
- (2) *En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición*”. En el artículo siguiente, para delimitar cuando se está en presencia de una obligación de resultado o de una obligación de emplear los mejores esfuerzos, tiene en cuenta, entre otros, los siguientes factores: “(...) (a) *los términos en los que se describe la prestación en el contrato; (b) el precio y otros términos del contrato; (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la prestación*”.

71. De forma muy diferente, los Principios de Derecho Contractual Europeo no regulan explícitamente ambos tipos de obligaciones sino que hay que hacer una labor de deducción, de lo dispuesto en el art 6:102: *Términos implícitos: Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:*

- (a) *La intención de las partes;*
 (b) *la naturaleza y objeto del contrato;*
 (c) *Y la buena fe*”.

72. Como se observa, el precepto se refiere a la “naturaleza (...)” del contrato. De este apartado, O. LANDO, y H. BEALE⁶⁴, al comentar este artículo, señalan un epígrafe denominado *Obligación de resultado y obligación de medios*, en el que, sin embargo, utilizan la denominación de los PU para referirse a las obligaciones de medios. Así entienden estos autores que “con frecuencia resulta necesario determinar si un contrato de hacer obliga a lograr un resultado específico o si requiere que la parte lleve a cabo un esfuerzo razonable; la primera exige que se llegue a un determinado resultado”. Y señalan varios ejemplos de estos tipos de obligaciones. Uno de ellos, relativo a la medicina, dice lo siguiente: Se contrata a un cirujano para llevar a cabo una operación para esterilizar a un hombre. El cirujano pone de su parte todo el cuidado y pericia razonables, pero la operación sufre con posterioridad un contratiempo natural y la esposa del hombre operado queda embarazada. Puesto que las operaciones médicas conllevan como es sabido un elemento de riesgo y los pacientes rara vez esperan que se garantice su cura, no se considerará que el cirujano estaba garantizando que el hombre resultaría estéril, aunque podría ser responsable en caso de que no hubiera advertido al paciente que existe el riesgo de contratiempos espontáneos.

73. Como se deduce de su lectura, la interpretación a la que se llega es justamente contraria a la nuestra. Para nosotros se trata de un caso de medicina voluntaria y por tanto de obligación de resultado, recayendo sobre el facultativo la carga de probar que el paciente fue debidamente informado de las consecuencias que se podrían ocasionar después de la intervención.

74. Y, por último, el Marco Común de Referencia. Su art IV.C.-8:104, dentro del capítulo 8 titulado “servicios médicos”, contiene explícitamente una distinción entre las obligaciones a las que denomina “Obligación de competencia y diligencia”, acercándose al arrendamiento de servicios y excluyendo el contrato de obra. Dispone el precepto que:

⁶⁴ *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Madrid, 2003, p 440. Vid., también, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Contenido y condicionantes de las obligaciones contractuales: tipología en Derecho comparado”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, SÁNCHEZ LORENZO (editor), 2ª ed, Navarra, 2013, pp 847 y ss.

- “(1) *La obligación de competencia y diligencia del profesional sanitario requiere específicamente que actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate.*
- (2) *Si el profesional sanitario carece de la experiencia o la competencia para tratar al paciente con el grado necesario de competencia y diligencia, deberá derivar al paciente a un profesional que pueda hacerlo.*
- (3) *Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo ni derogar o modificar sus efectos en perjuicio del paciente”.*

75. Realmente a lo que hace referencia el artículo citado en el párrafo primero, que es el que aquí interesa, es la exigencia al facultativo (y personal sanitario) de una actuación diligente conforme a la *lex artis ad hoc*, entendiendo como tal, según definición dada por el TS “(...) *no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias*” (TS de 19 de octubre de 2007). También es evidente que no se hace referencia al contrato de obra, que se encuentra regulado en el capítulo 3 del libro IV.

76. Pero como se observa, no se resuelve la cuestión de si el cumplimiento de tales reglas exonera de responsabilidad al profesional médico o si, en función de las circunstancias del caso, la diligencia exigible puede requerir del profesional actuaciones distintas a las generalmente aceptadas en el sector. El criterio de determinación del estándar exigible es, por tanto, el del profesional razonablemente competente que actúa de conformidad con las guías de práctica clínica y protocolos de actuación aceptados generalmente como válidos de acuerdo con el estado actual de la ciencia, teniendo en cuenta las circunstancias en las que el tratamiento médico debe ser prestado⁶⁵.

77. La regulación del contrato de servicios médicos en el MCR se aplica por igual a los contratos sobre tratamientos de medicina curativa como de medicina voluntaria, por lo que en ambos casos el médico se obliga a prestar diligentemente una actividad dirigida a la sanación del paciente, pero sin garantizar su curación o mejoría, esto es, sin garantizar el resultado, de tal forma que no habrá incumplimiento por el hecho de que no se obtenga el resultado perseguido. En conclusión, se abandona la asociación entre medicina voluntaria y obligación de resultado que nuestro TS y la doctrina han venido sosteniendo.

78. En nuestra opinión, la opción del MCR no merece una valoración positiva, puesto que la configuración de la obligación del médico como de resultado depende del carácter voluntario del tratamiento o intervención médica y, por tanto, de la voluntad de las partes. Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, este tipo de obligaciones muestran algunas de las tendencias actuales más importantes en el ámbito de la contratación precisamente en relación con el modelo de incumplimiento y la determinación del régimen de responsabilidad contractual. En contra encontramos, por ejemplo, de forma aislada, la STS de 27 de septiembre de 2010, que en un supuesto de medicina voluntaria (la práctica de una abdominoplastia) consideró que “(...) *hay que partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquico y social y no sólo físico (...)* Además, *toda intervención médica está sujeta al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización, problemas con la anestesia, etc*”. Sin embargo, nosotros mantenemos nuestro posicionamiento en cuanto a la distinción de obligaciones de medios y obligación de resultado y su relevancia jurídica respecto de la carga de la prueba y el régimen de imputación de la responsabilidad.

⁶⁵ Vid., S. RAMOS GONZÁLEZ, Libro IV, Parte C. Servicios. Capítulo 8. Servicios médicos, en *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, Bosch Capdevila, Sánchez González (coords), t II, Barcelona, 2012, pp 1343-1349.

LE CLAUSOLE “GRAVEMENTE INIQUE” PER IL CREDITORE NEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI: NOTE SUI RAPPORTI FRA LA DIRETTIVA 2011/7/UE E IL REGOLAMENTO ROMA I*

PIETRO FRANZINA

*Professore associato
Università di Ferrara*

Recibido: 31.08.2014 / Aceptado: 03.09.2014

Riassunto: Le norme nazionali attuative dell’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sanzionano con l’inefficacia o con la previsione di un obbligo risarcitorio la pattuizione di clausole “gravemente inique” nei confronti del creditore volte a regolare il termine di pagamento, il tasso degli interessi di mora e i costi di recupero dell’importo dovuto. Nelle situazioni caratterizzate da elementi di estraneità, l’osservanza di tali norme, e con esse in generale la “tenuta” dei principi che ispirano la Direttiva, sono assicurate negli Stati membri in via ordinaria quando il contratto, avuto riguardo alle norme di conflitto dettate dal Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, sia retto dalla legge di uno Stato membro. L’articolo esamina le formule tecniche mediante le quali può essere garantito il rispetto della Direttiva in relazione ai contratti commerciali internazionali, o almeno la salvaguardia dei principi di cui questa è espressione. Viene dapprima esaminata la situazione in cui il contratto sia correato da una scelta di legge, volgendo l’attenzione ai limiti imposti all’autonomia internazionale delle parti dall’art. 3, paragrafi 3 e 4, del Regolamento Roma I. Viene quindi considerata l’ipotesi in cui manchi una *electio iuris*: l’analisi si concentra sulla possibilità (che si ritiene di dover escludere) di qualificare le pertinenti disposizioni di attuazione della Direttiva come norme di applicazione necessaria agli effetti dell’art. 9 del Regolamento, e sulla possibilità di ricavare dalla Direttiva elementi utili a stabilire quale sia, in quest’area, la fisionomia dell’ordine pubblico del foro ai fini dell’art. 21 del Regolamento stesso.

Parole chiave: Conflitto di leggi. Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Direttiva 2011/7/UE sulla lotta ai ritardi nelle transazioni commerciali. Norme di applicazione necessaria. Ordine pubblico del foro.

Abstract: Under national provisions enacted to implement Article 7 of Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions, a contractual term relating to the date or period for payment, the rate of interest for late payment or the compensation for recovery costs is either unenforceable or gives rise to a claim for damages if it is “grossly unfair” to the creditor. Where a foreign element is present, the actual enforcement of these rules, and more generally the respect for the principles that underlie the Directive, are normally ensured in the Member States whenever, pursuant to the conflict-of-law rules of the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, the contract is governed by the law of a Member State. The paper provides an account of the legal devices aimed to ensure the respect for the Directive, or at least the safeguard of its basic principles, as far as international commercial contracts are concerned. To begin within, the situation is examined of contracts featuring a

* Questo articolo riprende una relazione presentata al convegno “I ritardi nel pagamento dei corrispettivi pecuniari nei contratti fra imprese e fra imprese e pubbliche amministrazioni: la direttiva 2011/7/UE e la sua attuazione nell’ordinamento italiano”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara e tenutosi a Rovigo il 9 maggio 2014.

choice-of-law clause; reference is made, in particular, to the limitations on party autonomy provided for by Article 3(3) and 3(4) of the Rome I Regulation. The paper goes on to consider the scenario where the parties have failed to agree on the law applicable to their contract. In this connection, the hypothesis is formulated (but ultimately rejected) that the relevant national rules may be characterised as overriding mandatory provisions within the meaning of Article 9 of the Regulation; then, the possibility is considered of referring to the Directive as a means to construe the public policy of the forum in this area for the purposes of Article 21 of the Regulation.

Keywords: Conflict of laws. Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions. Overriding mandatory provisions. Public policy of the forum.

Sommario: I. La Direttiva 2011/7/UE e le situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità. II. La persistente rilevanza pratica nell’ambito considerato delle norme sui conflitti di leggi: 1. Il ruolo delle norme sui conflitti di leggi nelle aree in cui vigono norme armonizzate; 2. Norme di conflitto e convenzioni di diritto privato materiale internazionalmente uniforme. III. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in caso di scelta della legge applicabile al contratto ad opera delle parti: 1. La libertà dei contraenti di selezionare la *lex contractus* prescindendo dalle proiezioni di ordine personale o oggettivo del rapporto; 2. La designazione della legge di uno Stato membro; 3. La designazione della legge di uno Stato terzo. IV. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in assenza di *electio iuris* e a prescindere da questa: 1. I limiti generali posti al funzionamento delle norme di conflitto del Regolamento Roma I: le norme di applicazione necessaria e l’eccezione di ordine pubblico nella loro possibile declinazione europea; 2. L’ipotesi del carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni nazionali attuative della Direttiva: esclusione della sua fondatezza; 3. Tutela del creditore e ordine pubblico del foro.

I. La Direttiva 2011/7/UE e le situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità

1. La Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali fra imprese o fra imprese e pubbliche amministrazioni¹, sostitutiva della Direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000², oltre a regolare l’insorgenza dell’obbligo di corrispondere gli interessi di mora e a disporre circa la determinazione del relativo tasso, si occupa delle clausole contrattuali che identificano il termine di pagamento, fissano il tasso dell’interesse o disciplinano il risarcimento dei costi di recupero.

In particolare, l’art. 7 della Direttiva, al fine di contrastare quello che nel preambolo viene qualificato come un “abuso della libertà contrattuale a danno del creditore”³, stabilisce che una clausola relativa a taluno dei profili ora evocati “non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno” quando risulti “gravemente iniqua per il creditore” secondo i parametri stabiliti dalla Direttiva stessa⁴.

Ci proponiamo di esaminare in questo scritto le questioni suscitate dalle clausole ora ricordate ove accedano ad un contratto caratterizzato da un elemento di estraneità, cioè collegato per uno o più elementi, di natura oggettiva o soggettiva, con un paese diverso da quello in cui siede il giudice⁵. Ci

¹ G.U.U.E. n. L 48 del 23 febbraio 2011, p. 1 ss.

² G.U.C.E. n. L 200 dell’8 agosto 2000, p. 35 ss.

³ Così il considerando n. 28.

⁴ Per determinare la “grave iniquità” di una clausola occorre tener conto, ai sensi dell’art. 7, par. 1, della Direttiva, “di tutte le circostanze del caso”, a partire da “qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza”. Ai sensi dell’art. 7, par. 2, una clausola che escluda *tout court* l’applicazione di interessi di mora “è considerata gravemente iniqua”, mentre, in base all’art. 7, par. 3, si presume che possieda tale connotazione la clausola contrattuale “che escluda il risarcimento per i costi di recupero”. Sull’art. 7 della Direttiva, v. per tutti A.M. BENEDETTI, “La nullità delle clausole derogatorie”, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Giappichelli, 2013, p. 89 ss.

⁵ L’analisi proposta in queste pagine riguarda la sola dimensione contrattuale delle transazioni commerciali contemplate dalla Direttiva. Sono estranee alla trattazione le questioni che, pur ricollegandosi a transazioni di questo genere, debbono essere

preme stabilire, in particolare, su quali presupposti, in che limiti e secondo quali formule tecniche venga garantita, davanti ai giudici degli Stati membri, la “tenuta” delle soluzioni prefigurate dalla Direttiva in seno al diritto sostanziale dell’ordinamento giuridico del foro.

2. Le norme che attuano l’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE negli Stati membri dell’Unione europea sono applicabili, di per sé, tanto ai contratti puramente interni quanto ai contratti caratterizzati da elementi di estraneità⁶.

L’applicabilità della Direttiva 2011/7/UE a questo secondo insieme di contratti non appare limitata in ragione della natura e dell’intensità dei legami intercorrenti fra la fattispecie e l’ambiente giuridico, economico o sociale dell’Unione europea⁷. La Direttiva, in effetti, non delimita esplicitamente la propria sfera spaziale di efficacia e da tale silenzio sembra possibile trarre l’indicazione – sin qui non smentita dalla Corte di giustizia né, a quanto pare, dai giudici nazionali – che la disciplina armonizzata, almeno per gli aspetti che qui interessano, si presti ad informare di sé tutte le transazioni commerciali rette dalla legge di uno Stato membro, senza che occorra distinguere fra transazioni che partecipano senz’altro alle dinamiche del mercato interno (in quanto movimentano dei beni o dei servizi scambiati in seno ad esso) e transazioni che, viceversa, siano situate “economicamente” altrove e vengano ricondotte sotto l’impero della legge di uno Stato membro solo in virtù delle pertinenti regole di conflitto.

3. Se questa premessa è corretta, i presidi di ordine sostanziale istituiti dalla Direttiva per tutelare il creditore operano in via diretta – ove si sia in presenza di un elemento di estraneità – quando il contratto di cui si discute, o le specifiche questioni concernenti il pagamento del corrispettivo ivi previsto, soggiacciono alla legge di uno Stato membro⁸.

Per stabilire se ciò accada occorre interrogare, negli Stati membri dell’Unione europea (esclusa la Danimarca), il Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁹, ovvero – ai sensi dell’art. 25 – le convenzioni di diritto internazionale privato

ricondotte, nella prospettiva del diritto dell’Unione europea, sotto strumenti relativi ad altre aree del diritto delle obbligazioni, in particolare quella dell’illecito extracontrattuale.

⁶ Il dato è pacifico. L’applicabilità alle situazioni interne è attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla Direttiva 2000/35/CE, che ha sin qui riguardato solo transazioni commerciali collegate ad un unico Stato: v. ad esempio Corte giust., 3 aprile 2008, causa C-306/06, *Deutsche Telekom*, in *Raccolta*, 2008, I-1923 ss.). La giurisprudenza nazionale testimonia, dal canto suo, l’impiego delle norme di attuazione della Direttiva 2000/35/CE in fattispecie transfrontaliere: basti l’esempio di Landgericht Bielefeld, 15 agosto 2003, reperibile nel *CISG Database* della Pace University all’indirizzo <http://cisgw3.law.pace.edu>.

⁷ La riflessione scientifica sui criteri che presidono all’applicabilità del diritto derivato dell’Unione europea ha dato luogo ad importanti contributi dottrinali. Particolarmente rilevante, in quest’ambito, è il vasto studio di S. FRANCO, *L’applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005. Per l’autrice, le direttive delimitano sistematicamente in modo autonomo la propria sfera spaziale di efficacia, provvedendovi implicitamente anche in assenza di indicazioni espresse. Non è questa la sede per prendere posizione su questo assunto, considerato in termini generali. Basti dire che, nel presente scritto, muoviamo dal presupposto che la Direttiva 2011/7/UE, quanto meno nella parte che interessa le misure di contrasto alle clausole “gravemente inique” per il creditore, prefigura (o almeno non osta a) l’introduzione di regole di diritto privato sostanziale che – in linea con la posizione tradizionale della dottrina internazionalprivatistica moderna – sono caratterizzate da un’applicabilità *a priori* universale. In generale, sulla posizione richiamata da ultimo, v. P. KINSCH, “L’autolimitation implicite des normes de droit privé matériel”, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 409 s. Sulla portata spaziale delle direttive e l’incidenza di tali loro proiezioni sul funzionamento delle norme sui conflitti di leggi, v. più di recente, anche per ulteriori riferimenti, S. SANCHEZ LORENZO, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”, in *Yearb. Private Int. Law*, 2010, p. 74 ss.

⁸ Così, ad esempio, in relazione alla Direttiva 2000/35/CE, oltre alla già citata pronuncia del Landgericht Bielefeld, il provvedimento della Corte d’Appello di Szeged, in Ungheria, del 22 novembre 2007, reperibile nel *CISG Database* della Pace University all’indirizzo <http://cisgw3.law.pace.edu>.

⁹ G.U.U.E. n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss. In Danimarca, Stato membro non vincolato dalle misure concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i conflitti di leggi in materia di contratti continuano ad essere disciplinati dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, strumento predecessore del Regolamento Roma I. Sotto un diverso profilo conviene rilevare che l’applicabilità del Regolamento Roma I prescinde dal fatto che la transazione commerciale di cui si discute intercorra fra imprese oppure fra un’impresa e la pubblica amministrazione. Il Regolamento, infatti, ai sensi dell’art. 1, par. 1, si applica alle obbligazioni contrattuali “in materia civile e commerciale”, non riguardando, “in particolare, le materie fiscali, doganali o amministrative”. Le formule ora evocate, comuni agli altri strumenti normativi dell’Unione nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, valgono ad escludere dalla sfera del Regolamento solo i rapporti contrattuali che rivestono un connotato

uniforme recanti regole speciali in materia di contratti eventualmente concluse dallo Stato membro del foro prima dell’adozione del Regolamento, se in vigore nei rapporti fra tale Stato ed uno o più Stati terzi¹⁰.

La legge applicabile al contratto, quale risulta determinata dal Regolamento o dalle convenzioni testé ricordate, ha vocazione a regolare, in effetti, tutte le questioni suscettibili di venire in rilievo in relazione ad una clausola sul termine di pagamento, sul tasso di interesse o sui costi di recupero della quale sia prospettata la “grave iniquità”. Rientrano infatti nell’ambito della *lex contractus*, ai sensi dell’art. 12, par. 1, lett. b), del Regolamento, le questioni concernenti l’esecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto, comprese quelle relative al tempo della prestazione. Spetta alla medesima legge, ai sensi dell’art. 12, par. 1, lett. c), e salvi i limiti imposti al giudice dalla *lex processus*, stabilire “le conseguenze dell’inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni”, inclusa “la liquidazione del danno in quanto sia disciplinata da norme giuridiche”, come pure, ai sensi dell’art. 10, par. 1, pronunciarsi sulla validità sostanziale dell’accordo e delle singole disposizioni che lo compongono oltre che, in virtù dell’art. 12, par. 1, lett. e), sulle “conseguenze della nullità del contratto” o di una sua clausola.

4. Le norme di conflitto del Regolamento Roma I – come del resto, per regola, quelle dettate dalle convenzioni alle quali il Regolamento può dover cedere il passo – hanno carattere bilaterale e sono idonee a richiamare tanto la legge di uno Stato membro quanto la legge di uno Stato terzo. È esplicito in questo senso l’art. 2 del Regolamento, che ascrive alla disciplina conflittuale europea una proiezione “universale”.

Può dunque accadere che, in forza del Regolamento, una transazione commerciale nel senso accolto dalla Direttiva risulti sottoposta alla legge di uno Stato diverso da quello del foro, sia esso uno Stato membro dell’Unione europea o uno Stato terzo. Questa eventualità può verificarsi sia quando le parti si siano accordate fra loro ai sensi dell’art. 3 del Regolamento per sottoporre il contratto alla legge di detto Stato, sia quando – in mancanza di una (valida) *electio iuris* – la legge in questione sia stata designata dal Regolamento in via obiettiva, ai sensi degli articoli 4 o 5.

II. La persistente rilevanza pratica nell’ambito considerato delle norme sui conflitti di leggi

1. Il ruolo delle norme sui conflitti di leggi nelle aree in cui vigono norme armonizzate

5. Prima di procedere nell’analisi, conviene segnalare che la questione della legge statale applicabile alla fattispecie non perde, per effetto dell’armonizzazione materiale realizzata dalla Direttiva 2011/7/UE, la sua rilevanza pratica¹¹.

Da un lato, infatti, la Direttiva si limita a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, senza far venir meno del tutto, anche solo in relazione agli specifici profili del rapporto su cui le sue disposizioni

pubblicistico, cioè quelli in relazione ai quali la pubblica amministrazione disponga di prerogative di imperio estranee alla sfera dei rapporti fra privati (eventualità che non ricorre quando l’amministrazione sia parte di una transazione “commerciale” agli effetti della Direttiva). Sulla nozione di “materia civile e commerciale” ai fini del Regolamento, v. P. BERTOLI, “Art. 1 - Campo d’applicazione materiale - I”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, a cura di F. Salerno e P. Franzina, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 558 s.

¹⁰ Negli Stati membri in cui vigono convenzioni con queste caratteristiche – ad esempio l’Italia, che è parte della Convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita a carattere internazionale di oggetti mobili corporali – si avrà pertanto riguardo in primo luogo alla disciplina convenzionale e solo in secondo battuta al Regolamento, nella misura in cui le norme di quest’ultimo non siano incompatibili col regime pattizio. Riveste particolare rilievo, oltre alla Convenzione citata poc’anzi (oggi in vigore, fra gli Stati membri, anche per Finlandia, Francia e Svezia), la Convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione e alla rappresentanza, cui sono vincolati – fra gli Stati membri – Francia, Paesi Bassi e Portogallo. Il testo delle due Convenzioni, con le informazioni relative allo stato delle ratifiche, delle adesioni e delle denunce, si trova nel sito web della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato all’indirizzo <http://hcch.net>.

¹¹ In generale, sulla funzione delle norme relative ai conflitti di leggi nelle aree interessate da processi di unificazione o armonizzazione internazionale delle regole sostanziali, v. ora gli studi di V. ESPINASSOUS, *L’uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010, e K. BOELE-WOELKI, “Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws”, in *Recueil des cours*, vol. 340, 2010, p. 271 ss.

si propongono di incidere, ogni divergenza fra le normative di tali Stati. La medesima transazione commerciale potrebbe dunque risultare soggetta a norme diverse, in linea di principio tutte compatibili con la Direttiva, a seconda di quale sia, fra le leggi degli Stati membri, la legge deputata a regolarne la sostanza.

Dall'altro, la Direttiva rimane per sua natura uno strumento regionale, incapace di proiettare al di là dell'orizzonte europeo il progetto di armonizzazione normativa con essa perseguito. Di fatto, se il rapporto di cui si discute intrattiene un legame significativo con la vita giuridica o materiale di uno Stato terzo, la legge di tale Stato – dai contenuti potenzialmente assai lontani dalla Direttiva – entrerà nel novero delle leggi in conflitto (quelle, cioè, che astrattamente “competono” fra loro per regolare la fattispecie) e potrà dunque, in linea di principio, essere richiamata dalle pertinenti regole di conflitto del foro per disciplinare la fattispecie.

2. Norme di conflitto e convenzioni di diritto privato materiale internazionalmente uniforme

6. Il rilievo pratico della questione riguardante la legge regolatrice del rapporto non è intaccato, da un diverso punto di vista, dalla circostanza che il contratto di cui trattasi o alcuni suoi specifici aspetti potrebbero essere sottoposti ad una normativa materiale internazionalmente uniforme.

Per un verso, infatti, molti degli strumenti che recano norme materiali uniformi si astengono dal regolare i particolari profili del rapporto ai quali, viceversa, si rivolge in via primaria l'attenzione della Direttiva. Alcuni di questi strumenti, come la Convenzione sul contratto internazionale di trasporto di merci su strada (CMR), fatta a Ginevra il 19 maggio 1956, non si occupano *tout court* del corrispettivo pattuito nell'ambito dei contratti da essi disciplinati. Altri strumenti, pur regolando anche tale dimensione del rapporto, dichiarano di non voler stabilire alcunché in ordine ad alcune delle questioni toccate, invece, dalla Direttiva. Ad esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite sulla compravendita internazionale di beni mobili, fatta a Vienna l'11 aprile 1980, dichiara, all'art. 4, di non voler stabilire alcunché circa la validità sostanziale del contratto e delle sue clausole, lasciando questo aspetto alle determinazioni della legge statale regolatrice del rapporto¹². La Convenzione di Vienna, stando all'opinione prevalente, rimette parimenti alla legge statale applicabile al contratto il compito di colmare la lacuna da essa lasciata circa il tasso degli interessi di mora (una lacuna “interna”, per seguire la distinzione delineata all'art. 7, par. 2, della Convenzione stessa),¹³ e così, a maggior ragione alla luce della esclusione relativa alla validità, il compito di stabilire se, ed eventualmente con quali limitazioni, le parti possano sostituire al tasso legale un tasso da esse liberamente pattuito.

Per un altro verso, nell'ambito dei regimi di diritto materiale uniforme suscettibili di entrare in conflitto con le normative nazionali armonizzate in forza di una direttiva è agevole rinvenire delle previsioni di carattere generale tese a conferire ai primi un carattere cedevole, garantendo alle seconde una sorta di primato. Per restare nell'ambito della citata Convenzione di Vienna sulla vendita, questo è quanto accade in virtù dell'art. 90, a norma del quale la Convenzione “does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into” e che disciplini le fattispecie regolate dalla Convenzione, sempre che le parti del contratto siano stabilite in Stati vincolati da tale accordo¹⁴. Stando alla lettura che appare preferibile, tale disposizione comporta la subordinazione del regime materiale uniforme alle norme nazionali attuative di una direttiva, trattandosi di norme funzionali all'attuazione di un obbligo di fonte pattizia, derivante, per gli Stati membri, dall'art. 288 TFUE¹⁵.

¹² La Convenzione di Vienna, con le informazioni concernenti le relative ratifiche e adesioni, può leggersi nel sito web della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral) all'indirizzo <http://uncitral.org>.

¹³ Circa la disciplina degli interessi di mora nel regime della Convenzione di Vienna, v. per tutti, in dottrina, F. FERRARI, “CISG Case Law on the Rate of Interest on Sums in Arrears”, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1999, p. 86 ss.

¹⁴ Clausole di salvaguardia di tenore analogo a quella richiamata nel testo si incontrano in altri strumenti convenzionali recanti norme di diritto materiale uniforme, come, ad esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite sulla prescrizione in tema di compravendita di beni mobili, adottata a New York il 14 giugno 1974 (art. 37, che di fatto ha costituito il modello dell'art. 90 della Convenzione di Vienna) o la Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale, fatta a Ottawa il 28 maggio 1988 (art. 17). I due testi sono rispettivamente reperibili, con le informazioni relative allo stato delle ratifiche e delle adesioni, nel sito web dell'Uncitral e in quello dell'Unidroit, agli indirizzi <http://uncitral.org> e <http://unidroit.org>.

¹⁵ Si discute se i rapporti fra la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita e il diritto derivato dell'Unione vadano ricostruiti secondo lo schema dell'art. 90 o piuttosto dell'art. 94 della Convenzione. Ai sensi di quest'ultima disposizione, due o più Stati con-

Di fatto, alla luce di quanto precede, anche rispetto ai contratti che sono regolati per qualche aspetto da una normativa materiale internazionalmente uniforme, la sorte delle pattuizioni relative al tempo del pagamento, al tasso di interesse e ai costi occorrenti al recupero di un corrispettivo non pagato non può normalmente essere accertata senza guardare alla legge statale applicabile al contratto.

III. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in caso di scelta della legge applicabile al contratto ad opera delle parti

1. La libertà dei contraenti di selezionare la *lex contractus* prescindendo dalle proiezioni di ordine personale o oggettivo del rapporto

7. Il Regolamento Roma I, come si è accennato, rimette l'individuazione della legge regolatrice del contratto all'autonomia delle parti. Queste, ai sensi dell'art. 3, possono scegliere la legge di qualsiasi paese, non essendo richiesto che la designazione sia sorretta da un legame di ordine personale o da un nesso di carattere oggettivo fra il rapporto di cui trattasi e il paese prescelto¹⁶.

2. La designazione della legge di uno Stato membro

8. Forti di tale libertà, le parti potrebbero innanzitutto decidere di ricondurre il loro contratto sotto la legge di uno Stato membro diverso da quello del foro.

In una situazione di questo genere, i presidi sostanziali previsti dalla Direttiva 2011/7/UE a tutela del creditore non subirebbero, in linea di principio, alcuna limitazione¹⁷. Certo, per questa via, la protezione offerta al creditore potrebbe risultare organizzata secondo forme diverse da quelle previste dal diritto sostanziale dell'ordinamento del giudice, ma questo dato, da solo, non esporrebbe l'*electio iuris* ad alcuna censura. È nella natura di una direttiva, come si è detto, che gli obiettivi fissati dal legislatore europeo vengano perseguiti a livello nazionale con un certo grado di libertà quanto “alla forma e ai mezzi” e tali scostamenti, finché non oltrepassano il margine consentito dal diritto dell'Unione (finché, cioè, costituiscono espressioni funzionalmente equivalenti di un medesimo disegno normativo), non pregiudicano, per definizione, gli scopi dell'armonizzazione.

9. In questo campo, per la verità, le legislazioni degli Stati membri possono differire l'una dall'altra non solo in ragione del modo in cui viene protetto il creditore, ma anche in ragione dell'intensità della protezione così garantita. Quella realizzata dalla Direttiva 2011/7/UE è infatti un'armonizzazione “minima”, poiché l'art. 12, par. 3, consente agli Stati membri di “mantenere in vigore o adottare disposizioni più favorevoli al creditore” di quelle necessarie per attuare la Direttiva stessa.

traenti “which have the same or closely related legal rules” nelle materie disciplinate dalla convenzione “may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States”. A quanto consta, nessuno degli Stati membri dell'Unione che sono parti della Convenzione di Vienna ha emesso una dichiarazione ai sensi dell'art. 94, riferibile alla Direttiva 2011/7/UE. Su tutta la tematica, v. U.G. SCHROETER, *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Sellier, 2005, specie p. 285 ss.; v. altresì C. BILOTTA, “Ending the Commercial Siesta: the Shortcomings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions”, in *Brooklyn Journ. Int. Law*, 2012, p. 710 ss. Non è possibile, in questa sede, dar conto delle ragioni che (a dispetto del contrario avviso degli autori ora citati) inducono a preferire la tesi che colloca i rapporti fra la Convenzione di Vienna e il diritto derivato nella cornice dell'art. 90. Sull'argomento v. anche P. PERALES VISCASILLAS, “Late Payment Directive 2000/35 and the CISG”, in *Pace Int. Law Rev.*, 2007, p. 125 ss.

¹⁶ Il Regolamento consente altresì alle parti di frazionare il contratto agli effetti della legge applicabile, concordando che un certo profilo o segmento del rapporto sia sottoposto alla legge di un certo Stato e che un diverso profilo o segmento soggiaccia alle norme di uno Stato diverso (o sia retto, in mancanza di scelta, dalla legge individuata dai pertinenti criteri obiettivi). La scelta, aggiunge l'art. 3, può essere compiuta tanto al momento della conclusione del contratto quanto in un momento successivo, vuoi per modificare una *electio iuris* precedente, vuoi per sottrarre il contratto alla legge applicabile a titolo obiettivo in ragione dell'iniziale mancanza di una scelta di legge.

¹⁷ Le considerazioni proposte nel testo sono sviluppate sul presupposto che, nello Stato membro di cui sia richiamata la legge, la Direttiva 2011/7/UE sia stata attuata fedelmente e in modo pieno. Esula da questo studio l'analisi degli strumenti atti a scongiurare il pericolo che il richiamo internazionalprivatistico conduca all'applicazione di norme di uno Stato membro diverso da quello del foro, non conformi alle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione.

La *electio iuris* potrebbe dunque essere concepita, ad esempio, per sfuggire alle rigorose prescrizioni mantenute o introdotte nella legge di un dato Stato membro e pervenire all’applicazione di norme meno rigorose – ma pur sempre conformi alla Direttiva – in vigore in un diverso Stato membro.

Per regola, il giudice dovrà dar seguito anche in questo caso alla designazione convenuta fra le parti. L’ammissibilità in via eccezionale di una soluzione diversa, motivata dall’esigenza di salvaguardare le soluzioni accolte nel foro, non può essere esclusa in modo assoluto dopo la (discutibile) sentenza della Corte di giustizia nel caso *Unamar*, ma deve ritenersi circondata – come la Corte stessa ha osservato in quel frangente – da cautele straordinarie, implicanti la verifica rigorosa del carattere irrinunciabile degli interessi tutelati dalle norme del foro, e della sicura inidoneità della *lex causae* ad assicurarne una protezione sufficiente¹⁸. Al di fuori di un simile scenario, innalzare la barriera dell’ordine pubblico del foro o delle norme di applicazione necessaria per negare l’applicazione della legge di uno Stato membro voluta dai contraenti, significherebbe accreditare una sorta di compartimentazione dello spazio giuridico europeo, incompatibile, in ultima analisi, con la funzione dell’armonizzazione delle norme materiali¹⁹. Il ravvicinamento delle legislazioni, che il diritto primario pone al servizio dell’instaurazione e del corretto funzionamento del mercato interno, mira ad agevolare la proiezione transfrontaliera dell’attività degli operatori del mercato, in funzione dell’esercizio effettivo delle libertà sancite dai Trattati. Così, là dove il ravvicinamento è avvenuto, è da ritenere che il legislatore dell’Unione – salvi solo i casi del tutto eccezionali contemplati dalla sentenza *Unamar* – abbia fissato i margini di tollerabilità del pluralismo delle esperienze giuridiche degli Stati membri: esso non ha solo espunto i particolarismi nazionali giudicati dannosi o inopportuni (decretandone la soccombenza di fronte alle soluzioni uniformi da esso forgiate), ma ha anche identificato le diversità di regolamentazione il cui permanere deve ritenersi compatibile con le ragioni dell’integrazione europea: i casi, cioè, in cui gli obiettivi perseguiti dalla normativa armonizzata possono (e dunque, in linea di massima, devono) essere realizzati *malgrado le differenze fra le legislazioni dei diversi Stati membri*²⁰.

¹⁸ Corte giust. 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *Unamar*, reperibile nella banca dati *Eur-Lex* all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, secondo cui gli articoli 3 e 7, par. 2, della Convenzione di Roma del 1980 devono essere interpretati nel senso che la legge di uno Stato membro dell’Unione europea che offre la protezione minima prescritta dalla Direttiva 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti, scelta dalle parti di un contratto di agenzia commerciale, può essere disapplicata dal giudice adito, situato in un altro Stato membro, a favore della *lex fori*, a motivo del carattere imperativo, nell’ordinamento giuridico di quest’ultimo Stato membro, delle norme in tema di agenzia “unicamente se il giudice adito constata in modo circostanziato che, nell’ambito di tale trasposizione, il legislatore dello Stato del foro ha ritenuto cruciale, in seno all’ordinamento giuridico interessato, riconoscere all’agente commerciale una protezione ulteriore rispetto a quella prevista dalla citata direttiva, tenendo conto, al riguardo, della natura e dell’oggetto di tali disposizioni imperative”. Su tale pronuncia, oltre a M.A. CEBRIÁN SALVA, “Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europeo”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, 1, p. 357 ss., v. O. CACHARD, “Les lois de police communautaires n’existent pas, ce n’est qu’une illusion”, in *Le droit maritime français*, 2014, p. 299 ss., e L. D’AVOUT, “Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux”, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 60 ss.

¹⁹ Sulla inammissibilità dell’eccezione di ordine pubblico allorché la legge richiamata sia quella di uno Stato membro e la questione rientri fra quelle regolate da una misura europea di ravvicinamento delle legislazioni, v., nella dottrina anteriore alla sentenza *Unamar*, M. RENNER, *Article 21*, in *Rome Regulations - Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, a cura di G.-P. Calliess, Kluwer Law International, 2011, p. 325. La soluzione indicata nel testo, è bene sottolinearlo, vale solo per le situazioni regolate da una normativa armonizzata. Per regola generale, infatti, i giudici di uno Stato membro possono erigere la barriera dell’ordine pubblico, quando ne ricorrano i presupposti, per contrastare, indifferentemente, l’applicazione della legge di uno Stato terzo come quella di uno Stato membro: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos interacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, 2009, p. 85.

²⁰ In generale, sui limiti imposti dal diritto dell’Unione all’applicazione di regole nazionali, sia pure motivate da ragioni di sicurezza o da ragioni di ordine pubblicistico, là dove tali regole interferiscano con l’esercizio di attività disciplinate dalla normativa regionale o comunque riconducibili sotto le libertà di circolazione garantite dai Trattati, v., anche per i necessari richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia, O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 104 ss.; tali limiti, è bene rimarcarlo, non sono posti in discussione dalla sentenza *Unamar*, essendosi la Corte preoccupata di chiarire che il primato della *lex fori*, nel caso esaminato, presuppone che l’ordinamento del giudice, nel trasporre la direttiva, non sia comunque andato oltre quanto consentito dal diritto dell’Unione. L’idea di fondo sottesa all’assunto proposto nel testo non è diversa da quella che in un diverso contesto ispira le c.d. clausole “mercato interno”: sono, queste, delle norme riscontrabili in varie misure di ravvicinamento delle legislazioni (v., ad esempio, l’art. 3 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in G.U.C.E. n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.), che con diverse varianti vietano agli Stati di limitare, “per motivi che rientrano nell’ambito regolamentato”, la circolazione di servizi provenienti da un altro Stato membro, se soggetti in detto Stato alle norme armonizzate. Sulle clausole “mercato interno”, v. per tutti H. MICKLITZ, “Minimum / Maximum Harmonisation and the

10. Resta giusto un’ipotesi in cui questo particolare dialogo fra Stati membri può essere “interrotto” senza trasgredire alle esigenze dell’integrazione regionale. Ai sensi dell’art. 3, par. 3, del Regolamento Roma I, se il contratto risulta collegato in ogni suo elemento con un unico paese, ma sia oggetto di una *electio* che designi come applicabile la legge di un paese diverso, la scelta delle parti non vale ad escludere l’applicazione delle disposizioni della legge del primo paese alle quali tale legge “non permette di derogare convenzionalmente”²¹. Tra le norme che presentano queste caratteristiche, che la dottrina suole chiamare imperative “semplici”, per distinguerle da quelle “internazionalmente imperative” di cui si parlerà più avanti²², rientrano le norme attuative dell’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE²³.

Ne viene, ad esempio, che un contratto interamente legato alla Spagna (perché stato concluso in Spagna da contraenti stabiliti in Spagna e implicante l’assunzione di obbligazioni da eseguirsi in Spagna), ove sia assortito di una clausola che designi come applicabile la legge tedesca o la legge slovena risulterà comunque soggetto, in qualsiasi Stato membro, alle norme adottate dalla Spagna per attuare la Direttiva 2011/7/UE; e ciò a prescindere dal grado di tutela assicurato al creditore dalla legge scelta, che potrà dunque anche essere più elevata di quella garantita dalla legge spagnola.

Tale conclusione non contraddice le osservazioni svolte poc’anzi circa la “tolleranza” imposta dal diritto dell’Unione quanto alla residua diversità dei diritti nazionali. Nel caso contemplato dall’art. 3, par. 3, il contratto, infatti, non partecipa per definizione alle dinamiche del mercato interno, esaurendo i propri effetti entro il perimetro del mercato nazionale di un dato Stato (membro). Il “primato” del diritto dello Stato in questione sul diritto del diverso Stato (membro), la cui legge sia stata scelta dalle parti, non interferisce, pertanto, col governo dello spazio regionale e, a questo titolo, non soggiace al principio di fungibilità delle soluzioni nazionali volta a rafforzare l’effettività di quel governo.

3. La designazione della legge di uno Stato terzo

11. Diversa è la situazione che si verifica allorché la scelta delle parti ricada sulla legge di uno Stato estraneo all’Unione, quando questa ammetta il genere di clausole che il diritto dell’Unione, dal canto suo, reputa “gravemente inique” per il creditore.

La Direttiva 2011/7/UE, diversamente da quanto si riscontra in varie misure volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di contratti (in particolare, contratti di consumo), non contiene alcuna disposizione tesa a salvaguardare il rispetto dei diritti sanciti dalla normativa uniforme quando le parti abbiano scelto la legge di uno Stato terzo²⁴.

Internal Market Clause”, in *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, a cura di H. Howels, H. Micklitz e T. Wilhelmsson, Ashgate, 2006, p. 27 ss. Quanto al significato di tali clausole nella prospettiva dei conflitti di leggi, v. R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3^a ed., Sweet & Maxwell, 2009, p. 360 ss.

²¹ La disposizione in esame sembrerebbe potersi applicare anche quando, nello Stato membro del foro, la legge regolatrice del contratto di cui si discute vada determinata, ai sensi dell’art. 25 del Regolamento Roma I, sulla base di una convenzione internazionale. Questa affermazione, per quanto riguarda la sopra menzionata Convenzione dell’Aja del 1978 sui contratti di intermediazione, può essere argomentata alla luce della nozione di internazionalità del contratto che, pur in assenza di indicazioni testuali più precise (e di riscontri significativi nel rapporto esplicativo di I.G.F. Karsten, reperibile nel sito web della Conferenza all’indirizzo <http://hcch.net>, par. 106 s.), sembrerebbe essere accolta all’art 1: può infatti fondatamente dubitarsi che la Convenzione pretenda di regolare una fattispecie il cui carattere internazionale dipenda soltanto dalla scelta di legge delle parti. Questa è, del resto, la soluzione espressamente accolta dalla Convenzione dell’Aja del 1955, citata in precedenza: l’art. 1, di tale Convenzione, dopo aver stabilito, al par. 1, di volersi occupare esclusivamente di contratti di compravendita “a carattere internazionale”, chiarisce, al par. 4, che “[l]a seule déclaration des parties, relative à l’application d’une loi ou à la compétence d’un juge ou d’un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l’alinéa premier du présent article”.

²² V. *infra*, par. IV.2.

²³ Le implicazioni della imperatività di cui si ragiona nel testo, e gli stessi contorni della stessa, sono oggetto di apprezzamenti diversi in dottrina, discutendosi, ad esempio, se la norma della Direttiva che considera come senz’altro “gravemente iniqua” l’esclusione convenzionale dell’obbligo del debitore di corrispondere gli interessi di mora, comporti la nullità di un’eventuale rinuncia del creditore a interessi già maturati. Sulla declinazione dei concetti di imperatività e dispositività nella Direttiva e nelle relative norme di attuazione (italiane), v. S. PAGLIANTINI, “I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse”, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 25 ss.

²⁴ Una previsione di questo genere si rinviene, ad esempio, nell’art. 7, par. 2, della Direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (in G.U.C.E. n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12 ss.), che prescrive l’adozione a livello statale di misure volte a far sì che il consumatore “non sia privato” della protezione assicurataagli

12. Al di fuori dei casi in cui il contratto si presenti collegato in tutti i suoi elementi con un unico paese (ipotesi che ricade nella previsione dell’art. 3, par. 3, esaminata in precedenza), il rispetto delle norme dettate dalla Direttiva è assicurato dall’art. 3, par. 4, del Regolamento Roma I²⁵. Tale disposizione, replicando su scala regionale lo schema delineato nell’art. 3, par. 3, si riferisce all’ipotesi in cui tutti gli elementi pertinenti del rapporto contrattuale siano ubicati, nel momento in cui viene compiuta la scelta di legge, in uno o più Stati membri: ove ciò accada, la scelta della legge di uno Stato terzo non pregiudica “l’applicazione delle disposizioni di diritto comunitario ... alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”.

Di fatto, una transazione commerciale a carattere transfrontaliero intercorsa fra soggetti stabiliti in due diversi Stati membri e confinata nelle sue proiezioni obiettive entro il perimetro del mercato interno risulterà soggetta, in Europa, agli standard di tutela minimi fissati dalla Direttiva 2011/7/UE. La scelta eventualmente compiuta dai contraenti in favore della legge di uno Stato terzo potrà reputarsi valida (se conforme, beninteso, alle altre previsioni del Regolamento), ma la sua efficacia sarà limitata, giacché sarà salva, in ogni caso, l’applicazione delle norme inderogabili della Direttiva²⁶.

L’art. 3, par. 4, del Regolamento si preoccupa di precisare che le disposizioni dell’Unione verranno in rilievo in questo caso “come applicate” nello Stato membro del foro, cioè nel contenuto rivestito dalla relativa disciplina di attuazione²⁷. Non è chiaro se, avuto riguardo al carattere “minimo dell’armonizzazione realizzato dalla Direttiva 2011/7/UE, la disposizione dia rilievo anche alle norme del foro che garantiscano al creditore una protezione più ampia di quella richiesta dal diritto dell’Unione. A favore di una risposta affermativa può addursi la considerazione che uno scostamento come quello ora ipotizzato, ancorché non imposto dalla normativa sovranazionale, è preso in conto, valutato e consentito da essa e, a questo titolo, ricondotto sotto la sua copertura²⁸.

IV. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in assenza di *electio iuris* e a prescindere da questa

1. I limiti generali posti al funzionamento delle norme di conflitto del Regolamento Roma I: le norme di applicazione necessaria e l’eccezione di ordine pubblico nella loro possibile declinazione europea

13. I mezzi offerti dall’art. 3, paragrafi 3 e 4, del Regolamento Roma I in funzione del rispetto della Direttiva 2011/7/UE operano, come si è visto, solo in presenza di una scelta di legge, quando, per

dalla disciplina armonizzata “qualora sia stata scelta come legge applicabile al contratto la legge di uno Stato non membro” e il contratto “presenti uno stretto collegamento col territorio di uno Stato membro”.

²⁵ Su questa disposizione, v. N. BOSCHIERO, “I limiti al principio d’autonomia posti dalle norme generali del Regolamento Roma I. Considerazioni sulla ‘conflict involution’ europea in materia contrattuale”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. Boschiero, Giappichelli, 2009, p. 104 ss. L’applicabilità della norma ai casi che, nello Stato membro del foro, siano soggetti a una convenzione speciale in virtù dell’art. 25 del Regolamento, può essere argomentata facendo leva, per quanto concerne la già ricordata Convenzione dell’Aja del 1978, sulla clausola di subordinazione ivi stabilita all’art. 22 (salva la necessità di chiarire il rapporto intercorrente fra tale clausola e la clausola di subordinazione di cui all’art. 25 del Regolamento: un tema, questo, che non può essere approfondito in questa sede). Per la Convenzione dell’Aja del 1955 sulla vendita, invece, la salvezza dell’art. 3, par. 4, sembra dipendere dalla possibilità di scorgere in esso una norma funzionale alla tutela di valori di fronte ai quali la stessa Convenzione è disposta a flettersi in forza dell’eccezione di ordine pubblico ivi stabilita (in termini non espressamente restrittivi, peraltro) all’art. 6. A quest’ultimo proposito sia consentito rinviare a P. FRANZINA, “Art. 4 - Legge applicabile in mancanza di scelta - II”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 685 ss.

²⁶ Il confronto fra le soluzioni della *lex causae* e quelle minime imposte dal diritto dell’Unione si svolgerà, pertanto, secondo un criterio di fungibilità, dovendosi disattendere le prime solo se e nella misura in cui esse non risultino, nei loro effetti, equivalenti alle seconde. V. in argomento M. WILDERSPIN, X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2002, p. 293 ss.

²⁷ Per un’analisi critica di questa soluzione, v. G. BIAGIONI, “Art. 3 - Libertà di scelta - II”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 635 s.

²⁸ V., per contro, le osservazioni di P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 457 s.

di più, il contratto di cui si discute risulti essere puramente “interno” ad un singolo paese o all’Unione europea. Quando la legge applicabile al contratto vada determinata in via obiettiva, così come quando vi sia stata una scelta di legge ma il contratto in questione non soddisfi il requisito indicato da ultimo, la possibilità di vedere salvaguardati i diritti sanciti dalla Direttiva dipende dalla possibilità di qualificare le norme attuative della Direttiva come norme di applicazione necessaria, ai sensi dell’art. 9 del Regolamento, o di azionare in nome di tali diritti l’eccezione di ordine pubblico prevista all’art. 21²⁹.

Il funzionamento delle norme di conflitto dettate dal Regolamento può anzitutto subire l’interferenza di particolari disposizioni materiali il cui rispetto, stando alla definizione dell’art. 9, par. 1, “è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l’applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione”, e ciò a prescindere da quale sia, in base alle norme del Regolamento, la legge applicabile al contratto. Chiarito in che cosa consista una norma di applicazione necessaria, l’art. 9, par. 2, stabilisce che il Regolamento non osta all’applicazione delle disposizioni che rientrano in tale definizione, in quanto provengano dall’ordinamento del foro. Per contro, l’art. 9, par. 3, consente al giudice di “dare efficacia” alle norme di applicazione necessaria di un paese terzo (diverso, cioè, tanto dalla *lex fori* quanto dalla *lex causae*), in quanto siano dettate dal paese “in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti”, nella misura in cui rendano “illecito l’adempimento del contratto”. Dal canto suo, l’art. 21 chiarisce che l’applicazione della legge straniera richiamata da una norma del Regolamento può essere esclusa, in uno Stato membro, quando i suoi effetti siano incompatibili con l’ordine pubblico del foro, cioè con i valori che l’ordinamento del giudice consideri, in un dato momento storico, come irrinunciabili.

Per le ragioni esposte in precedenza parlando della scelta di legge ad opera delle parti, i limiti generali ora ricordati, riferibili al funzionamento di tutte le norme di conflitto dettate dal Regolamento Roma I, hanno essenzialmente ragione di essere evocati, in una materia oggetto di armonizzazione normativa come quella di cui discutiamo, quando si tratti di contrastare l’applicazione della legge di uno Stato terzo. Di seguito, pertanto, ci concentreremo su questa ipotesi.

14. Per inquadrare la tematica, vale la pena di ricordare che entrambi i fenomeni di cui discorriamo – l’applicazione “necessaria” di certe norme materiali e l’evizione della legge straniera richiamata in base alla c.d. eccezione di ordine pubblico – possono essere mobilitati a favore valori giuridici nazionali come europei o universali.

È oggi pacifico che l’ordine pubblico, lungi dal rispecchiare soltanto l’identità particolare dello Stato del foro, può includere principi elaborati al di fuori dello Stato del giudice, in quanto integrati nell’ordinamento di quest’ultimo ed ivi percepiti come essenziali³⁰. Le basi giuridiche del processo di integrazione europea possono ben presentare, per gli Stati membri, la caratteristica ora richiamata della irrinunciabilità³¹. Analogamente, è assodato che i caratteri distintivi delle norme di applicazione neces-

²⁹ Le osservazioni proposte nel testo valgono, in linea di massima, anche per l’ipotesi in cui la legge applicabile debba essere determinata in base ad una delle convenzioni fatte salve dall’art. 25 del Regolamento. In particolare, tanto la Convenzione dell’Aja del 1955 sulla vendita quanto la Convenzione del 1978 sui contratti di intermediazione, recano una norma sull’eccezione di ordine pubblico (rispettivamente all’art. 6 e all’art. 17). Il secondo dei due strumenti contiene anche una disposizione in tema di norme di applicazione necessaria (art. 16). Sotto entrambi i testi, peraltro elaborati in un’epoca in cui la riflessione sulle norme internazionalmente imperative non aveva ancora conosciuto uno sviluppo pieno, la nozione di ordine pubblico appare accolta in termini sufficientemente ampi da accomodare almeno una parte delle esigenze regolatorie di cui si farebbe altrimenti espressione l’art. 9, par. 2, del Regolamento Roma I. Si rimanda, in proposito, anche a quanto osservato alla nota 27.

³⁰ V. in generale sull’argomento M. FORTEAU, “L’ordre public ‘transnational’ ou ‘réellement international’: l’ordre public international face à l’enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public”, in *Journ. droit int.*, 2011, p. 3 ss.; J. FOYER, “L’ordre public international est-il toujours français?”, in *Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l’humanisme processuel - Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 274 ss.

³¹ Sull’ordine pubblico “dell’Unione europea”, v. in generale, fra i molti contributi, J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes - Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55 ss., nonché T. STRUYCKEN, “L’ordre public de la Communauté européenne”, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques - Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617 ss., e P. HAMMJE, “L’ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers”, in *Droit international privé, États membres de l’Union européenne et États tiers*, a cura di S. Sana-Chaillé de Néré, p. 65 ss. Più specificamente, sui rap-

saria possono essere rintracciati, oltre che in norme di fonte interna, anche in convenzioni internazionali e nel diritto dell’Unione europea, sia esso considerato nelle sue espressioni di vertice o nelle norme derivate³².

Ciò detto, resta tutt’altro che facile stabilire con sicurezza se, ed eventualmente in che termini, una particolare espressione della legislazione dell’Unione – nella specie, la Direttiva 2011/7/UE, come attuata negli Stati membri – possa presentare i caratteri di una normativa di applicazione necessaria o rispecchiare, negli Stati membri, principi tutelabili mediante l’eccezione di ordine pubblico.

Va considerato, in effetti, che i meccanismi a cui facciamo riferimento si fondano su nozioni dai contorni lasciati deliberatamente imprecisi. La concretizzazione dell’ordine pubblico e la rilevazione del carattere internazionalmente imperativo di una norma sono quasi sempre operazioni rimesse all’apprrezzamento dell’interprete. Riveste qui un’importanza centrale, infatti, la capacità di quest’ultimo di cogliere, sia pure nel prisma di un caso specifico, il complessivo modo di essere di un dato ordinamento giuridico, considerato nella fase attuale della sua evoluzione storica.

A complicare l’opera dell’interprete concorre poi la speciale cautela di cui sono circondati, nella tradizione europea del diritto internazionale privato e nello stesso Regolamento Roma I (come emerge dal linguaggio delle disposizioni pertinenti e dal considerando n. 37), l’eccezione di ordine pubblico e il ricorso alle norme di applicazione necessaria³³. Un uso troppo ampio di questi congegni potrebbe tradursi in un sostanziale svuotamento della funzione delle norme bilaterali di conflitto e nella negazione della logica di apertura di cui tali norme costituiscono il portato tecnico.

2. L’ipotesi del carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni nazionali attuative della Direttiva: esclusione della sua fondatezza

15. La sussunzione di una norma entro la categoria delle norme di applicazione necessaria ai sensi dell’art. 9, par. 1, del Regolamento Roma I presuppone un esame articolato della norma stessa, riferito agli obiettivi perseguiti dal legislatore e ai meccanismi che presiedono al suo funzionamento. Tale verifica, ribelle all’impiego di schemi rigidamente predeterminati, presenta alcune particolarità quando si rivolge a una norma nazionale attuativa di una direttiva, dove, per definizione, le determinazioni del legislatore dell’Unione si intrecciano a quelle del legislatore nazionale³⁴.

16. Il primo riscontro da compiere riguarda la natura degli interessi che la norma in questione, di cui sia stata previamente accertata la imperatività “semplice”, ha il compito di presidiare. Da questo punto di vista, si candidano ad un’applicazione “necessaria” le norme che, pur riferendosi in via immediata alla posizione giuridica di uno o più individui, appaiono indispensabili per realizzare un “ordine” più ampio, in particolare – per quanto interessa in questa sede – l’ordine del mercato³⁵.

porti (di sostituzione, integrazione o coesistenza) che, secondo le varie ricostruzioni, possono instaurarsi fra l’ordine pubblico dell’Unione europea e quello del foro, v. O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, cit., p. 350 ss.

³² V., per esempio, già T. SEGRÉ, “Il diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 75 ss.

³³ Con riferimento all’ordine pubblico, v., fra i molti, M. RENNER, *Article 21*, cit., p. 321. Quanto alle norme di applicazione necessaria, v. S. FRANCO, F. JAULT-SESEKE, “Les lois de police, une approche de droit comparé”, in *Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, a cura di S. Corneloup e N. Joubert, Litec, 2011, p. 361 ss., e, in giurisprudenza, Corte giust., 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *Unamar*, cit., punto 49.

³⁴ Sul tema, v. P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2005, p. 456 ss.

³⁵ La dottrina si è a lungo interrogata sulla formula accolta dall’art. 9, par. 1, del Regolamento Roma I per definire il concetto di norme di applicazione necessaria, rilevando sovente, fra le altre cose, lo speciale rilievo che in essa viene accordato a valori di tipo pubblicistico e, conseguentemente, la difficoltà di ascrivere a questo fenomeno le prescrizioni (nazionali o dell’Unione) volte alla tutela di interessi individuali, riferibili a particolari categorie di soggetti: v. per tutti, in argomento, G. BIAGIONI, “Art. 9 - Norme di applicazione necessaria”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 791 ss. Non è evidentemente questa la sede per soffermarsi su tale complesso problema. In questo scritto, assumiamo che possano essere riconosciuti i caratteri della necessaria applicazione nelle norme preposte all’organizzazione del mercato: rientrano potenzialmente fra queste ultime le norme che mirano a correggere delle posizioni di squilibrio “individuale” fra le parti, comprese le posizioni

Una sensibilità di questo genere non è estranea alla Direttiva 2011/7/UE. Le istituzioni europee, sin dalla Raccomandazione 95/198/CE della Commissione, del 12 maggio 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, hanno mostrato di essere consapevoli dei “pesanti oneri amministrativi e finanziari [che] gravano sulle imprese, in particolare su quelle piccole e medie, a causa della lunghezza dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali”, e del rischio che tale stato di cose alteri gravemente l’equilibrio finanziario delle imprese stesse e la loro sopravvivenza³⁶. Le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri, si legge nel preambolo della Direttiva 2000/35/CE, costituiscono in tal modo “un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno” e un limite alle “transazioni commerciali tra gli Stati membri”. Muovendo da queste basi, riesce infatti difficile agli operatori economici proiettare la propria attività nell’intero mercato interno “in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne”: uno scenario, questo, che rischia di dar luogo a distorsioni dell’equilibrio concorrenziale³⁷.

Viene da dire, pertanto, che, dietro le misure legislative dell’Unione dirette a scoraggiare i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali non si trova tanto il desiderio di proteggere il creditore, considerato nella sua individualità, quanto la volontà di vedere realizzato con i mezzi del diritto privato un certo assetto del mercato interno. Il legislatore dell’Unione, in questo campo, non è stato guidato soltanto dall’idea “privatistica” della lealtà nei rapporti negoziali e dell’equilibrio fra i contraenti, ma anche dall’idea che le imprese, una volta poste nelle condizioni di agire in modo finanziariamente sicuro, hanno più *chances* di vedere premiata la propria competitività e propensione all’investimento e possono dunque contribuire più efficacemente a realizzare gli obiettivi generalissimi che l’art. 3, par. 3, del TUE associa alla costruzione del mercato interno: assicurare all’Europa uno sviluppo sostenibile, “basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi”, oltre che “su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva”³⁸.

Non è affatto detto, peraltro, che basti questo per scorgere dietro le norme della Direttiva 2011/7/UE degli interessi “cruciali” per l’ordine del mercato interno. Certo, il peso degli obiettivi politici di cui una certa disposizione è chiamata a farsi carico costituisce un dato importante per stabilire il carattere internazionalmente imperativo di quella disposizione, ma tale parametro va impiegato con la debita circospezione. Riferito alle direttive che si propongono di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, un sindacato basato solamente sul rilievo politico degli scopi perseguiti condurrebbe in modo pressoché automatico a connotare le norme armonizzate come norme di applicazione necessaria. Per definizione, infatti, alla luce del combinato disposto degli articoli 26 e 114 del TFUE, tenuto conto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, l’Unione può risolversi ad adottare misure di questo genere solo quando ciò risulti “necessario” a realizzare degli obiettivi legati “all’instaurazione o al funzionamento del mercato interno”.

In definitiva, i limiti imposti dal diritto dell’Unione all’esercizio dell’autonomia privata in materia di termini di pagamento integrano il novero degli strumenti volti ad assicurare il governo del mercato interno, favorendone lo sviluppo nella direzione voluta dai Trattati, ma tale circostanza, ove manchino indizi che segnalino la crucialità degli specifici interessi in gioco, non può dirsi sufficiente, almeno non con certezza, a conferire alle norme in questione i caratteri della “necessaria applicazione”.

17. Ciò detto, anche ammettendo che le prescrizioni della Direttiva 2011/7/UE rivestano un rilievo cruciale per l’organizzazione del mercato interno, tanto da esigere un’applicazione non offuscata dal richiamo della legge di uno Stato terzo, risulta comunque difficile stabilire quali siano precisamente le situazioni che, in nome degli interessi sopra indicati, dovrebbero reputarsi “necessariamente” soggetti al regime armonizzato.

che – per quanto insuscettibili di alterare, prese singolarmente, la funzionalità del mercato – rispecchino un orientamento generale incompatibile con quello che il legislatore giudica essere il corretto operare delle sue dinamiche. In argomento v. anche M. RENNER, *Article 9*, in *Rome Regulations - Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, cit., p. 202 s.

³⁶ In G.U.C.E. n. L 127 del 10 giugno 1995, p. 19 ss.

³⁷ Così i considerando n. 9 e n. 10.

³⁸ Vi è in ciò un’espressione, fra le tante, del generale carattere “regolatorio” del diritto privato dell’Unione europea: su tale concetto, v. per tutti, e in sintesi, C. TWIGG-FLESNER, “Introduction: Key Features of European Union Private Law”, in *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, Cambridge University Press, 2010, p. 5 s.

È, questa, una verifica essenziale ai fini dell'accertamento della natura internazionalmente imperativa delle disposizioni in esame, dato che, come ricorda lo stesso art. 9 del Regolamento Roma I, le norme incaricate di proteggere degli interessi “cruciali” di uno Stato esprimono la speciale imperatività di cui parliamo solo rispetto alle “situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione”³⁹. Di fatto, una volta saggiato il rango degli interessi sottesi alla norma e verificata la strumentalità di quest'ultima alle fondamentali esigenze di “ordine” perseguite dal legislatore, è decisivo stabilire in che casi la norma stessa, per assolvere quel compito, “voglia” essere applicata nonostante il richiamo di una legge straniera.

Su questo versante, le difficoltà sono legate al fatto che la Direttiva, come si è detto, non provvede a stabilire i limiti geografici o socio-economici della propria sfera di applicabilità. Dire che la Direttiva è astrattamente applicabile senza limiti di spazio non significa dire, però, che le sue norme godono in modo parimenti illimitato della speciale imperatività a cui si riferisce l'art. 9 del Regolamento Roma I.

Non sarebbe del resto plausibile, né giustificato sul piano della politica del diritto, affermare che le norme attuative della Direttiva 2011/7/UE fungano da regime di applicazione necessaria in *tutti* i casi in cui si faccia questione del pagamento del corrispettivo di una transazione commerciale davanti ai giudici di uno Stato membro. Ne verrebbe, ad esempio, che un contratto privo di qualsiasi connessione sociale o economica con l'Unione europea ma per ipotesi assortito di una *electio fori* in favore dei giudici di Londra (come non è infrequente che accada nella pratica commerciale internazionale), si troverebbe per ciò solo sistematicamente assoggettato alla normativa inglese di attuazione della Direttiva, a dispetto di una chiara scelta delle parti in favore della legge di uno Stato terzo.

18. Quella che si propone nel nostro scenario è una situazione in fondo non dissimile da quella esaminata dalla Corte di giustizia nel caso *Ingmar*⁴⁰. Si trattava di stabilire in quell'occasione se, per effetto della *electio iuris* compiuta dalle parti di un contratto di agenzia in favore della legge della California (dove era stabilito il preponente), l'agente – un soggetto britannico – avesse perso la protezione garantitagli, in caso di cessazione del rapporto, dalle norme di attuazione della Direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986 sul coordinamento dei diritti degli Stati membri in tema di agenti commerciali indipendenti (anch'essa priva di esplicite indicazioni circa l'*emprise* territoriale delle proprie prescrizioni).

Nella sentenza, oggetto di letture critiche in dottrina⁴¹, la Corte ha escluso tale eventualità, riconoscendo il carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni (di attuazione) della Direttiva in tema di indennità di cessazione del rapporto. Per cominciare, la Corte ha osservato che la Direttiva mira a “sopprimere le restrizioni all'esercizio della professione di agente commerciale, a uniformare le condizioni di concorrenza all'interno della Comunità e ad aumentare la sicurezza delle operazioni commerciali”, nonché a tutelare, tramite la categoria degli agenti commerciali, “la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno”⁴². Su tali basi, ed è questo il punto che qui interessa sottolineare, la Corte ha affermato che “nel territorio della Comunità” il rispetto delle disposizioni della Direttiva 86/653/CEE appare “necessario per la realizzazione [degli] obiettivi del Trattato” e non può dunque – quando l'agente operi in uno Stato membro – essere compromesso, o limitato, dall'applicazione di norme estranee, non coerenti con quelle esigenze. Nelle parole della Corte, la funzione di cui sono investite le norme della Direttiva 86/653/CEE “esige ... che esse trovino applicazione allorquando il fatto presenti un legame stretto con la Comunità, in particolare allorché l'agente commerciale svolga la sua attività sul territorio di uno Stato membro, quale che sia la legge cui le parti hanno inteso assoggettare il contratto”⁴³.

³⁹ Viene qui in considerazione il complesso problema del rilievo da attribuire, ai fini della qualificazione di una disposizione come norma di applicazione necessaria, agli elementi che determinano la sfera di efficacia spaziale di tale disposizione. In argomento, v. nella vasta letteratura, v. fra gli altri N. ANDRADE PISSARRA, S. CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública e direito comunitario*, Almedina, 2004, p. 26 ss.

⁴⁰ Corte giust., 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Raccolta*, 2000, p. I-9305 ss.

⁴¹ Per un'analisi della pronuncia, corredata da ampi richiami ad altri commenti, v. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, cit., p. 407 ss.

⁴² Corte giust., 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, cit., punto 24.

⁴³ Ivi, punto 25.

Insomma, se è vero che può dirsi internazionalmente imperativa una norma intesa a tutelare degli interessi strategici connessi all’organizzazione del mercato interno, è vero anche che l’imperatività che connota quella norma è limitata alle situazioni che “strettamente legate” all’ambiente geografico, economico e sociale in cui quegli interessi si proiettano, cioè alle situazioni che, in considerazione del tipo e dell’intensità dei loro rapporti col territorio su cui si estende il mercato interno, partecipano essenzialmente alle sue dinamiche.

19. Ebbene, provando a replicare questo modo di pensare sul terreno dei ritardi di pagamento, ci si avvede che – a prescindere dalla minore intensità degli interessi in gioco, se comparati con quelli riscontrati dalla Corte sotto la normativa sugli agenti – risulta difficile identificare un criterio di delimitazione spaziale dell’efficacia cogente della Direttiva 2011/7/UE che possieda la chiarezza (peraltro relativa) del criterio accolto nella sentenza *Ingmar*. Se in tale pronuncia la Corte ha potuto specificare il generale parametro dello “stretto legame” facendo leva sul luogo di svolgimento dell’agenzia (luogo significativo, come detto, in ragione della particolare natura dei valori in gioco: accesso all’esercizio della professione di agente commerciale, libertà di stabilimento etc.), non è affatto chiaro quale possa essere il riferimento geografico a cui eventualmente ancorare con analoga efficacia e univocità la sfera di applicazione imperativa delle norme europee in tema di obbligazioni pecuniarie⁴⁴.

Una trasposizione meccanica dello schema seguito nel caso *Ingmar*, che conducesse ad affermare l’applicazione necessaria della Direttiva 2011/7/UE a tutte le transazioni commerciali che coinvolgano in veste di creditore un soggetto stabilito in uno Stato membro, sarebbe insoddisfacente per varie ragioni.

Per un verso, il criterio della residenza abituale del creditore, in assenza di correttivi, rischia di ricondurre sotto l’efficacia cogente della Direttiva situazioni nelle quali gli obiettivi di “governo del mercato” perseguiti dal legislatore dell’Unione si presentano sotto una luce attenuata. La Direttiva, per esempio, risulterebbe “necessariamente” applicabile a una transazione riconducibile sotto il profilo finanziario ad un gruppo extra-europeo e oggettivamente collegata in tutti i suoi aspetti col mercato di uno Stato terzo, se solo interessi, come creditore “nominale”, un’articolazione europea di quel gruppo.

Per un altro verso, e soprattutto, un discrimine di questo genere offrirebbe ai debitori stabiliti nell’Unione, i quali intrattengano rapporti con creditori extra-europei, una posizione di favore rispetto alle imprese loro concorrenti che siano egualmente stabilite nell’Unione ma abbiano essenzialmente a che fare con creditori regionali. Senonché, proprio per le considerazioni svolte in precedenza circa la logica di “governo del mercato” che ispira la Direttiva, non è possibile fare leva su di essa, in nome della protezione del creditore, per giungere ad esiti applicativi incompatibili la funzionalità concorrenziale e l’efficienza del mercato.

20. L’impiego di altri criteri per determinare la portata geografica dei supposti effetti cogenti della Direttiva condurrebbe a risultati egualmente problematici. Ad esempio, limitare la sfera di applicazione imperativa della Direttiva alle ipotesi in cui l’obbligazione pecuniaria debba essere eseguita in uno Stato membro significherebbe dover fare i conti, sia pure sotto una luce particolare, con lo stesso genere di problemi che circondano l’individuazione del *locus solutionis* agli effetti del foro speciale delle controversie in materia contrattuale, oggi previsto all’art 7 n. 1, lett. a), del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 sulla competenza giurisdizionale e l’efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale (*Bruxelles I bis*)⁴⁵. Gli esiti dell’operazione, del resto, si esporrebbero probabilmente alle stesse critiche che sono state rivolte, sotto il regime indicato da ultimo, alla “astrattezza” delle soluzioni

⁴⁴ La concretizzazione dello “stretto collegamento” con l’Unione non sembra poter prescindere del tutto dall’elaborazione di parametri guida, capaci di specificare e orientare il concetto: se è vero che la rilevazione delle norme di applicazione necessaria e la determinazione della loro portata implicano una certa libertà di apprezzamento da parte dell’interprete, è vero anche che – considerati i drastici effetti che una normativa internazionalmente imperativa produce sul funzionamento delle norme sui conflitti di leggi – tale libertà non può tramutarsi in arbitrio e precludere alle parti un ragionevole pronostico circa il trattamento giuridico del loro rapporto.

⁴⁵ In G.U.U.E. n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Sul dibattito relativo ai criteri identificativi del *locus destinatae solutionis*, in particolare ove si faccia questione di obbligazioni pecuniarie, sia permesso rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Cedam, 2006, p. 371 ss.

basate su criteri di tipo normativo e all'imprevedibilità (se non senz'altro impraticabilità, visto il carattere ormai interamente dematerializzato dei pagamenti internazionali) delle soluzioni che, viceversa, propongono l'impiego di un approccio “empirico”.

21. Alla luce di quanto precede, sembra corretto affermare che le norme di attuazione della Direttiva 2011/7/UE, pur concepite per assolvere una funzione di “ordine” del mercato interno, in aggiunta alla tutela di interessi individuali, non presentano tutti i caratteri che servirebbero a qualificarle come norme di applicazione necessaria agli effetti dell'art. 9 del Regolamento Roma I.

22. Nei casi transnazionali, la tenuta della disciplina armonizzata risulta dunque rimessa ai meccanismi “ordinari” del Regolamento. Questi, a guardar bene, dovrebbero bastare a collocare comunque sotto la disciplina armonizzata un numero assai rilevante di transazioni legate in modo reale e significativo alle dinamiche del mercato interno.

I contratti a cui non acceda una *electio iuris* saranno infatti sottoposti alla legge di uno Stato membro, e dunque alla Direttiva, tutte le volte in cui il prestatore caratteristico – che è tipicamente il creditore del corrispettivo pecuniario – sia un'impresa avente la propria residenza abituale in uno Stato membro: ciò varrà, in particolare, per i contratti di compravendita di beni mobili, ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a), del Regolamento Roma I⁴⁶, come pure per i contratti di prestazione di servizi e di distribuzione ai sensi delle lettere b) e f) della medesima disposizione⁴⁷ nonché, in forza dell'art. 4, par. 2, per i contratti che non rientrino in alcuna delle specifiche categorie contemplate dall'art. 4, par. 1, o che presentino i tratti caratteristici di due o più di esse. In presenza di legami significativi con l'economia di uno Stato membro, saranno parimenti soggetti alla disciplina armonizzata, in mancanza di scelta, i contratti rientranti nelle altre previsioni dell'art. 4, par. 1, oltre che, ai sensi dell'art. 5, par. 1, i contratti di trasporto di merci.

Beninteso, le parti possono sottrarsi agli effetti del richiamo obiettivo disposto dalle norme ora citate assoggettando il rapporto alla legge da essi scelta. Ma dove il rapporto si esaurisca per intero nell'orizzonte dell'Unione europea, l'eventuale designazione della legge di uno Stato terzo incontrerà i limiti posti (dall'art. 3, par. 3, ove si tratti addirittura di un contratto puramente interno ad un solo paese, oppure) dall'art. 3, par. 4, del Regolamento. Le norme armonizzate che sanzionano la pattuizione di clausole “gravemente inique” nei confronti del creditore si applicheranno pertanto a dispetto della *electio iuris*, senza dover rivestire a questo fine i caratteri della imperatività “internazionale”⁴⁸.

3. Tutela del creditore e ordine pubblico del foro

23. Sta di fatto che, al di fuori di questi casi, i giudici di uno Stato membro ben potrebbero essere chiamati a pronunciarsi su una transazione commerciale che risulti soggetta, per gli aspetti che qui interessano, alla legge di uno Stato terzo.

Le norme (di attuazione) della Direttiva 2011/7/UE saranno incapaci di incidere in quanto tali sulla regolamentazione della fattispecie, ma ciò non esclude che i relativi principi ispiratori possano

⁴⁶ Lo stesso accadrà, ma solo per regola, in base alla Convenzione dell'Aja del 1955, citata in precedenza. L'art. 3 di tale Convenzione stabilisce che, in mancanza di scelta, il contratto sia retto dalla legge del paese di residenza del venditore, ma aggiunge che si applica, viceversa, la legge del paese di abituale residenza del compratore quando risulti che l'ordine sia stato ricevuto – tramite un agente o un rappresentante – in quest'ultimo paese.

⁴⁷ Alla medesima conclusione si perviene, ma anche qui solo per regola, ove si tratti del particolare servizio prestato da un intermediario commerciale al preponente e si tratti di applicare, invece del Regolamento, la già menzionata Convenzione dell'Aja del 1978. L'art. 6 della Convenzione prevede infatti che quando manchi una *electio iuris* il contratto sia retto dalla legge del paese in cui è stabilito l'agente, salvo stabilire che si applica, invece, la legge del paese in cui l'intermediario ha prevalentemente agito quando il rappresentato abbia la sua sede d'affari in tale paese o non abbia alcuna sede siffatta.

⁴⁸ Sulla possibilità di riferire l'art. 3, par. 4, all'insieme delle norme inderogabili aventi fonte nel diritto dell'Unione europea (o nella normativa nazionali di attuazione di strumenti sovranazionali), a prescindere dalla loro configurabilità come norme di applicazione necessaria, v. A. BONOMI, “Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti”, in *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, a cura di G. Venturini e S. Bariatti, Giuffrè, 2009, p. 109 s.

interferire con l'applicazione della legge richiamata, secondo lo schema delineato dall'art. 21 del Regolamento Roma I con riguardo all'eccezione di ordine pubblico.

Come già si è detto, l'ordine pubblico degli Stati membri, nel suo evolversi, integra le sensibilità e le opzioni di fondo che fanno da ossatura al processo di integrazione europea. I Trattati, non meno del diritto derivato, possono dunque informare di sé gli ordinamenti nazionali, alterandone, in settori specifici, l'identità: per questa via, il diritto dell'Unione può finire per condizionare anche la regolamentazione di fattispecie che, di per sé, si collocherebbero al di fuori della sua sfera. L'ordine pubblico del foro, in effetti, pur venendo normalmente ricostruito a partire da specifiche disposizioni, non si identifica con quelle disposizioni, considerate in quanto tali, ma con i principi di cui queste ultime recano l'espressione: nulla impedisce allora che tali principi, una volta che vengano in rilievo da soli, non più legati alle specifiche previsioni che ne hanno rappresentato il veicolo, si ripercuotano su situazioni estranee alla sfera applicativa delle previsioni stesse.

Ciò può dirsi anche per il principio che vieta al debitore, in nome della buona fede, di accedere a vantaggi del tutto iniqui nei riguardi del creditore, ancorché previamente consentiti da quest'ultimo. Ben può dirsi, infatti, che i valori espressi dalla Direttiva 2011/7/UE, e prima ancora nella Direttiva 2000/35/CE, si siano saldati ai principi di elaborazione nazionale in tema di correttezza e, in generale, di giustizia contrattuale, accrescendone il peso e lo spessore. Se ciò è vero (ed è, questa, una verifica da compiere avendo riguardo alle specifiche caratteristiche dell'ordinamento del foro, ancorché il sostrato di valori di cui parliamo sia, proprio per effetto della Direttiva, patrimonio comune degli Stati membri), allora potrà essere esclusa, in forza dell'art. 21 del Regolamento, l'applicazione delle norme di uno Stato terzo che consentano al debitore di trarre vantaggio di una grave iniquità nei confronti del creditore circa la disciplina dei termini di pagamento.

24. Il limite dell'ordine pubblico, dato il suo carattere eccezionale, non potrà che operare in presenza di una intollerabile compressione del principio di lealtà. Per giungere all'evizione del diritto richiamato non basterà dunque che le norme della *lex contractus* somministrino al creditore una tutela semplicemente meno intensa di quella predisposta dal regime europeo o gli forniscano mezzi di protezione diversi da quelli immaginati dalla disciplina armonizzata: occorrerà, piuttosto, che la posizione del creditore si riveli del tutto sguarnita di tutela e che il debitore, potendo trarre profitto senza remore dalla situazione, sia posto nelle condizioni di determinarne una menomazione sostanziale. Si può supporre, per esempio, che cadrebbe sotto la previsione dell'art. 21 del Regolamento Roma I una clausola che, escludendo *tout court* l'obbligo del debitore di corrispondere degli interessi in caso di ritardato pagamento, combinasse i propri effetti con una normativa che vieti al giudice di adottare misure per correggere un simile squilibrio, magari all'interno di un quadro di fatto in cui l'importo dovuto, espresso in una moneta soggetta a un'importante svalutazione, rischi in tal modo di perdere una porzione rilevante della sua consistenza.

EL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO *COMPARECE* ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES A PARTIR DE LAS RESOLUCIONES RECAÍDAS EN LOS ASUNTOS *POVSE C. AUSTRIA* Y *AVOTIŅŠ C. LETONIA**

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 11.07.2014 / Aceptado: 15.07.2014

Resumen: Dos recientes resoluciones del TEDH, recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* (2013) y *Avotiņš c. Letonia* (2014), han servido para someter a examen algunos elementos del Derecho Procesal Civil Europeo relacionados con el régimen de ejecución de resoluciones extranjeras con arreglo al Reglamento Bruselas II bis (*Povse*) y al Reglamento Bruselas I (*Avotiņš*). En ambos casos el TEDH ha optado por desarrollar su examen sirviéndose de la presunción de cumplimiento derivada de la llamada *doctrina Bosphorus*. El presente trabajo analiza el modo en que dicho enfoque opera cuando se proyecta sobre normas procesales y se plantea su posible traslación, más allá del sector del exequátur, al enjuiciamiento de otras normas procesales civiles emanadas de la Unión Europea cuya aplicación podría conducir a resultados incompatibles con los derechos recogidos en el CEDH.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Europeo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, supresión del exequátur, orden público.

Abstract: Two recent rulings of the ECtHR, rendered in the cases *Povse v. Austria* (2013) and *Avotiņš v. Latvia* (2014) have served to scrutinize some elements of European Civil Procedure Law relating to the regime of enforcement of foreign judgments under the Brussels II bis Regulation (*Povse*) and the Brussels I Regulation (*Avotiņš*). In both cases the ECtHR has chosen to carry on his review by making use of the presumption of compliance that arises from the so-called *Bosphorus doctrine*. This paper discusses how this approach works when it is projected on procedural rules and also deals with its possible translation beyond the exequatur sector, i.e., to other civil procedural rules issued by the European Union whose implementation could lead to results that could be regarded as incompatible with the rights enshrined in the ECHR.

Keywords: European Civil Procedural Law, European Court of Human Rights, European Court of Justice, abolition of exequatur, public policy.

Sumario: I. A modo de introducción: diálogo entre tribunales y protección *multinivel* de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho Procesal Civil Europeo. II. El canon habitual de control del TEDH respecto de la legislación europea: la «presunción de cumplimiento». La aplicación de la doctrina *Bosphorus* al ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo en la decisión *Povse c. Austria*. 1. El sistema del Reglamento Bruselas II bis: la supresión del exequátur y del control de orden público en el Estado de ejecución como origen del problema. 2. El control por parte del TEDH sobre actuaciones desarrolladas en cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de los Estados a organizaciones internacionales: la «doctrina *Bosphorus*» y la presunción de cumplimiento. A) La UE como organización respetuosa de los derechos fundamentales. B) Las normas de la UE

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación *El proceso civil en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Bases para la armonización del Derecho Procesal Civil en Europa* (DER 2012-33378), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

como normas respetuosas de los derechos fundamentales. C) La aplicación de las normas por las autoridades nacionales. a) El margen de discrecionalidad. b) ¿El previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE? III. La decepcionante aplicación de este enfoque en la sentencia *Avotiņš c. Letonia*. IV. Balance provisional: ¿conformidad con el CEDH de los regímenes de reconocimiento y ejecución de resoluciones? 1. Ejecución sin control de orden público. 2. Ejecución con control de orden público. V. Opciones adicionales de control sobre otras potenciales «audacias procesales» del legislador procesal civil europeo. 1. Normas procesales respetuosas de los derechos fundamentales. 2. Control de la utilización de facultades discrecionales.

I. A modo de introducción: diálogo entre tribunales y protección *multinivel* de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho Procesal Civil Europeo

1. En los últimos tiempos el «diálogo entre tribunales» y la «protección *multinivel* de los derechos fundamentales» están ganando enteros dentro del listado de los *trending topics* para los estudiosos del Derecho¹. Y no se trata, ni mucho menos, de algo caprichoso, *snob* o injustificado, sino que es, sin duda, una consecuencia de la progresiva complejidad de nuestros ordenamientos jurídicos, en los que se integran normas de procedencia diversa –nacional y supranacional– que gozan de mecanismos de tutela también diferentes, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales.

2. Existen, en efecto, diversos niveles o ámbitos de reconocimiento de derechos fundamentales (en las constituciones nacionales y en textos normativos supranacionales). Existen, asimismo, diversos niveles o ámbitos jurisdiccionales de tutela para esos derechos, con tribunales a los que se atribuyen competencias en relación con su aplicación, interpretación y defensa (cada uno, con sus propios requisitos de acceso y con niveles de eficacia en la tutela que tampoco son siempre iguales). Y, de forma cada vez más cotidiana, se produce una suerte de diálogo entre todos ellos, en la medida en que los tribunales llamados a aplicar y tutelar las diversas normas que consagran derechos fundamentales, cada uno en su esfera competencial, se sirven también del contenido material y de la interpretación jurisprudencial que derechos fundamentales idénticos o análogos han recibido en los demás textos normativos y de los demás tribunales encargados de velar por su tutela.

3. No es por ello extraño que la resolución de un litigio acabe siendo abordada por tribunales nacionales de diverso nivel –incluidos, a menudo, los tribunales constitucionales– pero, también, por tribunales supranacionales de ámbito diverso y, de hecho, por más de uno. En Europa se trata de un fenómeno difícilmente evitable, si se tiene en cuenta la convivencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): dado que el Derecho de la Unión Europea también consagra y protege derechos fundamentales, la labor de tutela judicial de éstos por el TJUE se puede solapar con la que tradicionalmente ha venido siendo más propia del TEDH. A ello debe añadirse la apreciación de que, al menos en lo básico y esencial, la formulación y el contenido de los derechos fundamentales que se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y en las constituciones nacionales no sólo resultan de partida muy similares, sino que además tienden progresivamente a asimilarse en mayor medida, debido precisamente al consabido diálogo entre tribunales (en este punto, entre TEDH, TJUE y tribunales constitucionales nacionales).

¹ Entre las publicaciones más recientes en nuestro país cfr. R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2014; P.J. TENORIO SÁNCHEZ, “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013; AA.VV., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), 2013 –de forma singular, dentro de este volumen, cfr. la contribución de J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, pp. 161-208; en la doctrina alemana, de forma muy reciente, cfr. A. PROELB, *Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit. Prozedurale und prozessuale Mechanismen zur Vermeidung und Lösung von Jurisdiktionskonflikten*, Tübingen, Mohr, 2014; M. KLATT, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, Mohr, 2014.

4. El propósito de este trabajo es aportar algunas reflexiones a este fenómeno de interrelación entre derechos fundamentales y tribunales supranacionales cuando se produce en un ámbito específico, el de la aplicación de las normas que conforman el llamado «Derecho Procesal Civil Europeo». Con la expresión «Derecho Procesal Civil Europeo» quiero aludir al conjunto de textos normativos aprobados por el legislador de la Unión Europea con incidencia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional civil, especialmente –pero no sólo– cuando tiene ámbito transfronterizo. El *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo lo integran, por supuesto, todas las normas vinculadas con el ejercicio de las competencias de la UE para la construcción de un Espacio Europeo de Justicia en materia civil y que tienen su anclaje, actualmente, en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)². Pero el vínculo con este precepto no es indispensable, pues existen también normas procesales civiles europeas que, por motivos diversos, se han asociado a preceptos diversos del TFUE³.

5. Las normas de Derecho Procesal Civil Europeo son, valga la redundancia, normas procesales, lo que significa que están al servicio de la tutela de derechos privados de todo tipo, algunos de los cuales

² Si tratamos de agruparlas por sectores, las normas que conforman en la actualidad el Derecho Procesal Civil Europeo serían, al menos, las siguientes:

a) En el sector de la *competencia internacional* y el *reconocimiento de resoluciones*, los textos de referencia son varios: de modo general, hay que contar con el Reglamento Bruselas I o RB I (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de inminente sustitución por el Reglamento Bruselas I bis o RB I bis (Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012); y con el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo o RTEE (Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004). Para materias más específicas, los textos normativos aprobados son, por el momento, el Reglamento Bruselas II bis o RB II bis (Reglamento 2201/2003, 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; el Reglamento Bruselas III o RB III (Reglamento 4/2009, 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 alimentos; el Reglamento sucesorio europeo o RS (Reglamento 650/2012 de 4 de 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; y el Reglamento 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (que complementa las previsiones de la Directiva 2011/99, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece la orden europea protección en el ámbito penal).

b) En materia de *cooperación judicial internacional stricto sensu*, existen dos textos normativos que se corresponden a su vez con los dos ámbitos en los que tradicionalmente se manifiesta aquélla: el Reglamento sobre obtención de prueba (Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil); y el Reglamento sobre notificaciones (Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil).

c) Bajo la rúbrica de «**acceso a la justicia**» puede darse encaje, a su vez, a otros instrumentos: la Directiva 2002/8, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; la Directiva 2008/52, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; la Directiva 2013/11, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (ADR); y el Reglamento 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (ODR).

d) La categoría de «**instrumentos para la protección del crédito transfronterizo**» permite agrupar, además del antes mencionado Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, a otros cuatro Reglamentos: el Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME); el Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC); y el recentísimo Reglamento 655/2014, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

e) Finalmente, en el ámbito más específico de la *tutela colectiva*, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión; y, sobre todo, la Directiva sobre acciones de indemnización por infracciones a las normas de competencia, ya aprobada pero no publicada aún en el DOUE en el momento de cierre de este trabajo.

³ Los ejemplos más notorios y recientes son la Directiva sobre ADR y el Reglamento sobre ODR en litigios de consumo, que el legislador europeo ha vinculado al ejercicio de sus competencias en materia de mercado interior (art. 26 TFUE) y defensa de los consumidores (art. 38 CDFUE y art. 169 TFUE), obviando el art. 81 TFUE –como forma de evitar la limitación de la regulación a los supuestos transfronterizos.

guardan relación directa con derechos humanos o derechos fundamentales, en el sentido en que los reconocen el TEDH, la CDFUE o las constituciones nacionales (v.g., el derecho de propiedad o el derecho a la privacidad *lato sensu*). Ahora bien, en tanto que normas procesales, son herramientas para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o, si se prefiere una expresión más genérica, del derecho a un juicio justo o a un proceso con todas las garantías (*fair trial* o *due process of law*, si se opta por la terminología inglesa). Desde ambas perspectivas, pues, se comprueba cómo Derecho Procesal Civil Europeo y derechos fundamentales van unidos, de modo que la aplicación de estas normas puede dar ocasión a pretendidas vulneraciones de aquéllos.

6. El control del respeto a los derechos fundamentales por las normas que conforman el Derecho Procesal Civil Europeo corresponde, en primer término, al TJUE, por la vía de la acción de anulación prevista en el art. 263 TFUE; en efecto, la vulneración por una directiva o un reglamento de alguno de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE ha de considerarse, a estos efectos, una violación del Derecho europeo originario. Un buen ejemplo lo ha ofrecido la reciente sentencia de 8 de abril de 2014, por la que el TJUE ha anulado la Directiva 2006/24, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, por considerarla contraria a los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos tal y como figuran reconocidos en la CDFUE⁴.

7. El TJUE también puede examinar la conformidad del Derecho Procesal Civil Europeo con los derechos fundamentales por la vía de la cuestión prejudicial, que es la herramienta a través de la que se articula de forma ordinaria el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales. Dada la amplitud con la que se expresa el art. 267 b) TFUE⁵, puede tener cabida que un órgano judicial nacional cuestione a través de esta vía la validez de un precepto europeo por considerarlo lesivo de algún derecho fundamental. De hecho, así se hizo en el asunto *Trade Agency Ltd.*, resuelto por la STJUE de 6 de septiembre de 2012⁶, en el que, entre otros extremos, se cuestionaba si resulta compatible con el art. 47 CDFUE (derecho a la tutela judicial efectiva) la resolución dictada en rebeldía de forma «automática», es decir, aquella mediante la que se dirime un litigio en perjuicio del demandado rebelde a resultas de su incomparecencia, sin examinar el objeto de la demanda ni sus fundamentos, y sin exponer tampoco ningún argumento sobre su fundamentación en cuanto al fondo. Debe notarse, por lo demás, que la resolución de cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia desde hace ya más de cuatro décadas⁷ ha servido para crear un cuerpo de jurisprudencia sobre las normas que integran el Derecho Procesal Civil Europeo y al que se reconoce un valor análogo al de los propios textos legales.

8. En ambos supuestos, sin embargo, la actuación del TJUE nos coloca ante un control abstracto de «constitucionalidad», que se proyecta sobre preceptos legales, pero no sobre la concreta aplicación

⁴ STJUE de 8 de abril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (no publicada aún).

⁵ Recuérdese: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión».

⁶ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, C-619/10 (no publicada aún). No se trata, en todo caso, del único ejemplo. El análisis de la CDFUE también se efectúa en el auto del TJUE recaído en el asunto *GREP*, en el que se cuestionaba la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de los límites a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de impugnación de la resolución que concede el exequátur en virtud del RB I (ATJUE de 13 de junio de 2012, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, C-156/12, aún no publicada). El entronque del RB II bis con la CDFUE también fue objeto de análisis en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zárraga c. Pelz*, C-491/10 PPU, Rec. 2010 I-14247. En la STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka c. Lindner*, C-327/10, Rec. 2011 I-11543, se analizó la compatibilidad con el derecho de defensa del art. 47 CDFUE de la posibilidad de aplicar los fueros de competencia del RB I a demandados cuyo domicilio resulta desconocido; este problema volvió a plantearse en la STJUE de 15 de marzo de 2012, *G c. Cornelius de Visser*, C-292/10 (no publicada aún). Está asimismo pendiente de resolución la cuestión suscitada en el asunto C-112/13, formulada por el *Oberster Gerichtshof* austriaco, en relación con la compatibilidad del art. 47 CDFUE con las reglas de sumisión tácita del RB I, cuando quien la efectúa es el representante judicial designado al demandado que se encuentra en paradero desconocido.

⁷ En el ámbito que nos interesa ahora comenzó con el Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

que de dichos preceptos hayan podido realizar las autoridades judiciales nacionales –sin perjuicio, claro está, de que un tribunal nacional decida formular la cuestión prejudicial precisamente porque albergue dudas acerca de la «constitucionalidad» de un precepto procesal civil europeo, cuya concreta aplicación por un tribunal inferior debe revisar en vía de recurso.

9. Ahora bien, el TJUE no ostenta el monopolio a la hora de comprobar si las normas procesales europeas resultan o no conformes con los derechos fundamentales. Y es que el TEDH también puede enjuiciar la «constitucionalidad» de las normas procesales civiles europeas desde el ángulo diverso –pero en cierta medida complementario– de la aplicación de las normas procesales civiles europeas en casos concretos. En efecto, resulta posible que un justiciable demande ante el TEDH a un Estado signatario del CEDH, argumentando que dicho Estado –a través de sus tribunales– ha lesionado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio al aplicar una norma procesal civil europea, sea porque la norma es en sí misma lesiva de algún derecho fundamental, sea porque se ha aplicado de modo incompatible con los derechos y garantías establecidos en el CEDH (esta segunda dimensión, en sí misma, no tiene por qué ser siempre problemática, pues no refleja un déficit de la norma en cuanto tal, sino del aplicador; no obstante, puede ser relevante si la norma podría dar cabida a varias interpretaciones, alguna de ellas no compatible con los derechos fundamentales).

10. El enjuiciamiento por parte del TEDH de la conformidad con el CEDH de normas procesales civiles europeas se ha esbozado recientemente en dos ocasiones: con cierta claridad, en la decisión de 18 de junio de 2013 en el asunto *Povse c. Austria*⁸; y, en menor medida, en la sentencia de 25 de febrero de 2014 recaída en el asunto *Avotiņš c. Letonia*⁹. En ambos casos el foco ha recaído sobre uno de los elementos básicos del Derecho Procesal Civil Europeo, como es el sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras –*rectius*, los diversos sistemas dispuestos a tal fin, dada la ausencia de homogeneidad en este punto en los textos normativos europeos–; en la segunda de ellas, además, se aborda tangencialmente la cuestión de las notificaciones transfronterizas, en la medida en que su práctica defectuosa puede comportar a la postre una causa de denegación del exequátur. El análisis de ambas resoluciones –muy especialmente el de la primera– reviste gran interés, pues en ellas se sientan las bases sobre las que el TEDH parece haber decidido «hacer comparecer» ante él al Derecho Proceso Civil Europeo y, por ende, al legislador procesal europeo.

II. El canon habitual de control del TEDH respecto de la legislación europea: la «presunción de cumplimiento». La aplicación de la doctrina *Bosphorus* al ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo en la decisión *Povse c. Austria*

11. La decisión dictada el 18 de junio de 2013 en el asunto *Povse c. Austria* ha sido una de las primeras ocasiones en que, de forma directa, el TEDH se ha visto en la tesitura de analizar la compatibilidad con el CEDH de una norma procesal europea, en concreto lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II bis (RB II bis) respecto de la ejecución de la resolución por la que se ordena el retorno de un menor que ha sido objeto de una sustracción internacional: en el caso en cuestión, se trataba de ejecutar en Austria una resolución italiana por la que se ordenaba el retorno a Italia –y con su padre– de una niña de siete años que había sido trasladada por su madre a Austria de forma ilícita.

12. Como suele suceder en asuntos de esta índole, el litigio entre los progenitores de la menor sustraída es feroz, los detalles fácticos son al mismo tiempo tristes y tenebrosos y el «factor emocional» es igualmente muy superior al estándar habitual propio de la litigación transfronteriza en asuntos estrictamente patrimoniales o comerciales. También se produce una concurrencia de procedimientos judiciales relativos a la custodia en el país al que la menor es trasladada por su padre (Austria en este

⁸ Asunto 3890/11.

⁹ Asunto 17502/07.

caso) y en el país en que residía habitualmente antes de su traslado (Italia, país del que es nacional el padre), con resoluciones favorables en cada uno de ellos al progenitor de su nacionalidad y, por ello, contradictorias entre sí.

13. Lo relevante de la decisión *Povse c. Austria* radica en que la normativa cuya aplicación motiva la queja ante el TEDH es, casi por primera vez¹⁰, el RB II bis y no exclusivamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CLH) –sobre este cuerpo normativo el TEDH ya había tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad en varias ocasiones¹¹–. El Derecho Procesal Civil Europeo se coloca así bajo el prisma del TEDH, llamado a resolver una reclamación habitual: hasta qué punto el traslado de un menor de un país a otro, y/o de un progenitor a otro, comporta lesión del derecho a la vida familiar en los términos en que lo regula el art. 8 CEDH.

1. El sistema del Reglamento Bruselas II bis: la supresión del exequátur y del control de orden público en el Estado de ejecución como origen del problema

14. El RB II bis aborda, entre muchos otros extremos, la reacción legislativa europea al problema de la sustracción internacional de menores¹². Y lo hace tomando como punto de partida la aplicación por todos los Estados miembros de las disposiciones del CLH, a las que trata de dotarse aún de mayor eficacia y contundencia con una serie de normas específicas cuando los Estados implicados pertenecen a la UE¹³. Este «refuerzo» que se añade a las disposiciones del CLH –y que es el que origina la demanda ante el TEDH en el caso *Povse*– se articula sobre dos reglas básicas, que de forma sintética pueden reconducirse a lo siguiente:

- La atribución de competencia exclusiva para decidir sobre la sustracción –y ordenar en su caso el retorno del menor– a los tribunales del Estado en que éste tenía su residencia habitual antes del momento de su traslado (art. 10 RB II bis). Esta competencia sólo se pierde si se da alguna de las circunstancias establecidas en el propio artículo, que denotan de algún modo la aquiescencia del otro progenitor con la situación.
- La primacía de la orden de retorno expedida por ese tribunal frente a una eventual decisión de no retorno adoptada en el Estado al que el menor fue trasladado, (aunque haya sido) adoptada sobre la base del art. 13 b) CLH.

15. Debe recordarse, en efecto, que en virtud del art. 13 b) CLH las autoridades del Estado al que el menor ha sido trasladado ilícitamente pueden negarse legítimamente a ordenar el retorno de aquél si aprecian que «existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico

¹⁰ Con carácter previo al asunto *Povse c. Austria* el sistema del RB II bis –y con él, por supuesto, una norma de las que integran el Derecho Procesal Civil Europeo– ya había sido objeto de tratamiento por el TEDH en el asunto *Sneerson y Kampanella c. Italia* (sentencia de 12 de julio de 2011, asunto 14737/09). Sin embargo, lo cierto es que en ese caso lo sometido a enjuiciamiento no fueron a título directo las especialidades que comporta el RB II bis en esta materia, sino el modo en que el CLH permite la tutela del interés del menor.

¹¹ Para hacerse una idea cabal del *status quaestionis* de la jurisprudencia del TEDH en este punto, cfr. las sentencias recaídas recientemente en los asuntos *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010, asunto 41615/07 (retorno a Israel), *B. c Bélgica*, de 10 de julio de 2012, asunto 4320/11 (retorno a Estados Unidos) y *X c. Letonia* (Gran Sala), de 26 de noviembre de 2013, asunto 27853/09 (retorno a Australia).

¹² Cfr., por todos, R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008; C. ARANGÜENA FANEGO, “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir.) y F. GASCÓN INCHAUSTI (coord.), *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen I. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 505-526.

¹³ El CLH sigue siendo así la norma de base para resolver los conflictos que suscita la sustracción internacional de menores, incluso entre Estados miembros de la UE: ahora bien, sus normas quedan desplazadas o completadas por lo dispuesto en el RB II bis sobre esta materia, que debe recibir aplicación preferente [art. 60 e) RB II bis].

o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»¹⁴. Sin embargo, si el tribunal del Estado en que el menor tenía su residencia antes de la sustracción, competente en virtud del art. 10 RB II bis, dicta una resolución ordenando el retorno del menor y se cumplen las condiciones establecidas en el art. 42 RB II bis, dicha resolución tendrá fuerza ejecutiva inmediata en el Estado al que el menor haya sido trasladado aunque sus autoridades, previamente, se hubieran negado a ello al amparo del art. 13 b) CLH (art. 11.8 RB II bis).

16. El RB II bis evita así el callejón sin salida –más frecuente en la práctica de lo que sería deseable– a que podría conducir la eficacia contradictoria de resoluciones opuestas dictadas por tribunales de los dos Estados concernidos, y lo hace otorgando primacía a aquella que se dictó en el Estado de residencia del menor previa al traslado. A tal fin, el tribunal de origen que ordenó el retorno deberá expedir un certificado especial, que acredita su fuerza ejecutiva, similar al certificado de título ejecutivo europeo o al previsto en el art. 53 del nuevo Reglamento Bruselas I bis. Los requisitos para poder certificar como título ejecutivo su propia decisión, establecidos en el art. 42.2, son tres: a) se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) se ha dado a las partes posibilidad de audiencia; c) al tomar la decisión en la que ordena el retorno, el tribunal tiene que haber tenido en cuenta los argumentos y los elementos probatorios en que se fundó la decisión de no retorno emitida al amparo del art. 13 CLH en el Estado al que fue trasladado el menor.

17. Se comprueba, pues, que para el RB II bis la competencia para determinar las consecuencias sobre el menor de su retorno o su permanencia corresponde en último término al Estado de su residencia previa al traslado, pues su decisión será la que finalmente se ejecute, a pesar de las eventuales «resistencias» que planteen las autoridades del Estado al que fue trasladado. Se comprueba, asimismo, que se trata de un sistema de ejecución sin exequátur previo: la resolución que ordena el retorno de un menor en los términos del art. 42 RB II bis es eficaz sin más en el Estado al que el menor ha sido desplazado y debe ser ejecutada por las autoridades de dicho Estado sin necesidad de obtener una previa declaración de ejecutividad. Nos hallamos, de hecho, ante la primera manifestación de supresión del exequátur en la Unión Europea, previa incluso a su «oficialización» en 2004 con el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Y debe resaltarse que la supresión del exequátur que opera el RB II bis para las decisiones en materia de retorno –también en materia de visita– es total, en el sentido de que no permite siquiera un control de orden público en el Estado de ejecución, que diera cabida –aunque fuera de manera excepcional– a la denegación de la ejecución en casos de grave lesión a valores fundamentales de su ordenamiento jurídico.

18. La aplicación de este mecanismo de ejecución directa sin exequátur de la orden de retorno fue la que determinó el planteamiento del caso al TEDH, con la singularidad de que el proceso para llegar a esta situación fue especialmente tortuoso: empezó en febrero de 2008 e incluyó en 2010 una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el *Oberster Gerichtshof* austriaco¹⁵. Los tribunales italianos dictaron una resolución en la que ordenaron el retorno de la menor a Italia, que fue certificada como ejecutiva al amparo del art. 42.2 RB II bis y cuya ejecución fue instada por el padre ante los tribunales austriacos. Tras varios «rodeos», los tribunales austriacos acordaron lo necesario para que la decisión pudiera ser ejecutada, rechazando su competencia para negarse a ello atendiendo a los perjuicios que podría causar a la menor y a su madre. Éste es, de hecho, el objeto de la demanda ante el TEDH formulada contra Austria: la lesión del derecho al respeto de la vida familiar de madre e hija, derivado de un «cumplimiento ciego» por los tribunales austriacos de la decisión italiana, sin tener en cuenta que el retorno de la hija a Italia constituiría un serio peligro para su bienestar y conduciría a una separación permanente entre madre e hija. En otros términos, el origen

¹⁴ Sobre la interpretación de este precepto, cfr. P. BEAUMONT – P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 135-176.

¹⁵ STJUE de 1 de julio de 2010, *Povse c. Alpaço*, C-211/10 PPU, Rec. 2010 I-06673.

del problema se encuentra en el sistema de supresión del exequátur y de ejecución directa sin control de orden público que establece el RB II bis.

19. Por eso, el argumento básico del gobierno austriaco para defenderse de la demanda consistió en sostener que sus autoridades se habían limitado a cumplir con las obligaciones derivadas del RB II bis y que, de conformidad con las disposiciones de éste, no estaban facultadas para rechazar la ejecución de la decisión de retorno ni para pronunciarse sobre sus posibles consecuencias negativas sobre la menor¹⁶. La decisión del Tribunal, por mayoría, acepta tanto el enfoque como el razonamiento y declara que la demanda no resulta admisible. Existe, a juicio del Tribunal, una presunción de que cuando un Estado se limita a cumplir con sus obligaciones como miembro de una organización internacional (en este caso las derivadas de la pertenencia a la UE y la vigencia del RB II bis), está cumpliendo también con el CEDH si la organización internacional ofrece una protección de los derechos fundamentales equivalente a la que se deriva del propio Convenio Europeo (como sucede con la Unión Europea). En otros términos, y como se desarrollará seguidamente, se aplica la llamada «doctrina *Bosphorus*» al análisis de la compatibilidad con el CEDH de la aplicación del RB II bis.

20. Más allá de las singularidades del caso concreto, el argumentario ofrecido por el TEDH en la decisión recaída en *Povse c. Austria* debe servir de base para reflexionar acerca del posible control que puede ejercer el TEDH sobre las normas que integran el *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo y sobre su aplicación por los tribunales nacionales. Para ello, es conveniente desarrollar el razonamiento hasta en tres niveles:

- En primer término, el marco general en el que se desenvuelve el control que el TEDH desarrolla sobre la aplicación de normas aprobadas por otras organizaciones internacionales y, de forma singular, sobre las normas del Derecho derivado de la UE, pues en esto la decisión en *Povse c. Austria* no es pionera.
- En segundo lugar, las novedades que, sobre este marco general, se pueden deducir de la decisión en *Povse c. Austria*, pues se trata de la primera vez que ese enfoque de control se proyecta sobre una norma procesal civil europea¹⁷. Este análisis, en las páginas que siguen, se formulará conjuntamente con el anterior.
- Finalmente, las posibilidades de traslación del esquema resultante, de modo general, a todo el conjunto de normas procesales civiles europeas, es decir, más allá de lo dispuesto en los arts. 11.8 y 42.2 RB II bis. De forma más específica, resulta razonable analizar la eventual relevancia «constitucional» –es decir, desde la óptica de la tutela de los derechos fundamentales– de la supresión del exequátur y de la cláusula de orden público en el Estado de ejecución que se operó con el RB II bis y que han seguido otros textos legales europeos.

2. El control por parte del TEDH sobre actuaciones desarrolladas en cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de los Estados a organizaciones internacionales: la «doctrina *Bosphorus*» y la presunción de cumplimiento

21. Como ya se ha apuntado, la defensa del gobierno austriaco y la argumentación del TEDH no discurren por la vía de analizar hasta qué punto pudo resultar contraria al CEDH la falta de conside-

¹⁶ Late así, tanto bajo las alegaciones de las demandantes, como bajo las defensas del gobierno austriaco, la misma apreciación de que, si hubiera sido posible, se habría aplicado a este caso una “excepción de orden público” y se habría rechazado la ejecución de la orden de retorno emitida por los tribunales italianos. Y se explica justamente por consideraciones de esta índole la voluntad explícita del legislador europeo de suprimir el exequátur de forma verdaderamente completa –a diferencia de como lo ha hecho, v.g., en el Reglamento Bruselas I bis–; cfr. en este sentido H. MUIR-WATT, “Muir-Watt on Abolition of Exequatur and Human Rights”, *Conflict of Laws .net*, 5 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/muir-watt-on-povse/>

¹⁷ Ésta es, de hecho, la gran diferencia entre la decisión del TEDH en el caso *Povse* y la que previamente había dictado en el asunto *Sneersone y Campanella*, donde el enjuiciamiento sobre el RB II bis, en la reducida medida en que se produjo, se abordó desde parámetros distintos.

ración hacia las supuestas consecuencias nefastas que tendría para la menor la ejecución de la orden de retorno emitida por las autoridades italianas: no llega a efectuar, pues, un genuino análisis material. De forma diversa, el enfoque del caso se reconduce al análisis previo de las posibilidades de actuación del Estado demandado, es decir, a la cuestión de si podrían sus autoridades haber hecho cosa distinta de la que hicieron. Ya se ha apuntado antes que, por razón del ámbito material de aplicación del CEDH, es lógico que se pueda plantear la hipótesis de que un Estado lesione alguno de los derechos fundamentales protegidos con ocasión de una actuación llevada a cabo en cumplimiento de una obligación derivada de su pertenencia a una organización internacional. De hecho, no será extraño que esa organización internacional sea la Unión Europea, dado el amplio espacio geográfico compartido y dado también lo extenso de las competencias de la Unión. Cuando las autoridades de un Estado actúan dando cumplimiento a una norma de origen supranacional, procedente de una organización como la Unión Europea, no han sido autónomas a la hora de determinar su proceder, razón por la cual pueden sostener, si son demandadas ante el TEDH, que la eventual lesión provocada al derecho fundamental no les resulta imputable a ellos —si se admite la licencia, de forma análoga a la previsión de exención de responsabilidad penal contenida en los Códigos penales consistente en la actuación en cumplimiento de un deber.

22. El razonamiento es sencillo: no puede imputarse a quien ejecuta una orden de retorno supuestamente lesiva de un derecho fundamental lesión alguna a ese mencionado derecho fundamental si la normativa que esa autoridad estaba obligada a aplicar, emanada de una organización internacional, le impedía en términos absolutos tener en cuenta esa eventual lesión, dado que no existe cláusula de orden público¹⁸ que permita denegar la ejecución.

23. La cuestión no surge por primera vez en *Povse c. Austria*. El *leading case* del TEDH en este punto, cuando se trata de normas emanadas de la Unión Europea, es la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005¹⁹ (con ocasión de la tutela del derecho a la propiedad y la aplicación del Reglamento 990/93, que prevé sanciones por ciertas operaciones comerciales con la antigua Yugoslavia); y se ha mantenido en los asuntos *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21 de enero de 2011²⁰ (con ocasión de la aplicación del Reglamento Dublín II en materia de asilo) y *Michaud c. Francia* de 6 de diciembre de 2012²¹ (con ocasión de la aplicación de la normativa sobre blanqueo de capitales y la obligación de los abogados de notificar las operaciones sospechosas de sus clientes). Lo que varía en *Povse c. Austria* es el derecho fundamental invocado, pues en esta ocasión se trata del derecho a la vida privada y familiar, que habría sido lesionado por la aplicación del RB II bis.

24. Que el TEDH pueda controlar y, en su caso, censurar estas actuaciones puede verse, obviamente, como la manifestación de un choque entre organizaciones internacionales (el Consejo de Europa y la Unión Europea, por ejemplo), así como una inmisión por parte del Tribunal en el modo en que los Estados se relacionan y cooperan entre sí. En este sentido, no pueden ignorarse las complejas negociaciones a que está dando lugar la adhesión de la Unión Europea al CEDH, prevista tras el Tratado de Lisboa en el propio TUE. Pero si se analiza con frialdad, no se puede evitar llegar a la conclusión de que entra en los parámetros de la normalidad, dada la naturaleza de las obligaciones que comporta para los Estados ser parte del CEDH y aceptar la jurisdicción del TEDH, como éste se encarga constantemente de recordar.

25. Eso sí, el TEDH es claramente consciente de las dificultades metajurídicas que pueden asociarse a su actividad y, de hecho, cabe sospechar que busca la forma de aligerar su cumplimiento, para

¹⁸ Y ello, por supuesto, dando por sentado que se puede considerar que la lesión del superior interés del menor comporta una lesión al orden público.

¹⁹ Asunto 45036/98. Cfr., por todos, R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, cit., pp. 78-86.

²⁰ Asunto 30696/09.

²¹ Asunto 12323/11. Para un análisis más minucioso de esta resolución cfr. nuevamente R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, cit., pp. 87-103.

tratar de establecer un adecuado equilibrio entre control y respeto a la actividad de otras organizaciones internacionales (el Tribunal ha hablado, de hecho, de que «the Court may, in the interests of international cooperation, reduce the intensity of its supervisory role»²²). Para ello, en la sentencia *Bosphorus* primero y, después, en los asuntos *M.S.S. y Michaud*, el Tribunal estableció la fórmula de la «presunción de cumplimiento» o de «respeto» a los derechos fundamentales sobre los actos desarrollados por los Estados en cumplimiento estricto de obligaciones internacionales derivadas de su pertenencia a organizaciones internacionales que ofrecen un nivel de respeto a los derechos fundamentales equivalente al del CEDH. La aplicación de esta presunción no sólo se mantiene en *Povse c. Austria*²³, sino que se traslada por primera vez al ámbito de lo procesal y, en términos coloquiales, pretende ser la fórmula de compromiso para «controlar (a los Estados) sin molestar demasiado (a la Unión Europea)»²⁴.

26. Conviene detenerse, por ello, en el modo en que se ha diseñado esta solución de compromiso. Y, ya que el TEDH utiliza de forma expresa el término «presunción», analicémosla como tal: toda presunción puede definirse como una operación lógico-deductiva que comporta la fijación de un hecho como cierto, sobre la base de la concurrencia de uno o de varios indicios previamente acreditados, debido a que, con arreglo a la lógica y a la experiencia, existe un enlace preciso y directo entre los indicios y el hecho presunto²⁵; y, por supuesto, en tanto que presunción, puede ser refutada mediante prueba en contrario. ¿Cuáles serían, en el caso que nos ocupa, los indicios y el hecho presunto?

27. El «hecho» presunto resulta fácil de definir: el Estado demandado no ha infringido el CEDH. Aunque en puridad no se trate de un genuino hecho, sino de un juicio jurídico, esto es lo que el TEDH trata de determinar aplicando la presunción de cumplimiento.

28. El indicio, *grosso modo*, consistiría en que la organización internacional respeta los derechos fundamentales de forma equivalente o comparable a como lo hace el propio CEDH. Si esto es así –parece razonar el TEDH– resulta conforme con la lógica y la experiencia deducir que un acto llevado a cabo en ejecución de obligaciones derivadas de esa organización será también conforme con las exigencias de protección de los derechos fundamentales que se derivan del CEDH. Se trata, sin embargo, de una afirmación demasiado genérica e imprecisa, y la lectura de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto cómo para el propio Tribunal la presunción sólo se encuentra realmente justificada si, en concreto, la mencionada afirmación se desglosa en una serie de indicios más concretos que deben concurrir de forma simultánea: 1) que la organización internacional en cuestión es respetuosa con los derechos fundamentales; 2) que la norma emanada de esa organización internacional es también respetuosa de los derechos fundamentales; 3) que las autoridades del Estado afectado, al aplicar dicha norma, han sido también ellos respetuosos de los derechos fundamentales. Veámoslo con un poco más de detenimiento.

A) La UE como organización respetuosa de los derechos fundamentales

29. Es necesario verificar, en primer término, que la organización internacional, en cuanto tal, es respetuosa con los derechos fundamentales de forma equivalente a como éstos vienen definidos en el CEDH. Que una organización internacional sea respetuosa supone, por supuesto, un compromiso con los derechos fundamentales deducible de su estructura interna y de su *status* fundacional; pero también ha de significar que su actividad lo es y, más en concreto, que lo son las normas y reglas que aprueba y que obligan a los Estados miembros. El TEDH señala, en todo caso, que la protección de los derechos

²² Lo hizo en la sentencia *Michaud* (§ 104).

²³ Cfr. M. REQUEJO ISIDRO, “Requejo on Povse”, *Conflict of Laws .net*, 5 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/requejo-on-povse/>

²⁴ Incide en esta perspectiva de la doctrina *Bosphorus* R. ARENAS GARCÍA, “Povse v. Austria: Taking Direct Effect Seriously?”, *Conflict of Laws .net*, 7 de octubre de 2013, <http://conflictoflaws.net/2013/povse-v-austria-taking-direct-effect-seriously/>

²⁵ Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho Procesal Civil II* (con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 197.

fundamentales ha de producirse en un doble plano: el reconocimiento de garantías sustantivas y la existencia de mecanismos internos que permitan controlar su observancia.

30. En el caso de la UE, este primer nivel es reconocido sin dificultades por el TEDH, por razones en las que ahora mismo no me parece que resulte preciso extenderse²⁶. En especial, como se ha señalado antes, debe subrayarse el papel que juega en este punto el TJUE, pues está facultado para anular las normas aprobadas por las instituciones europeas que resultaran lesivas de derechos fundamentales, así como los actos de las propias instituciones que igualmente fueran lesivos de derechos fundamentales; y también es relevante el papel que desempeña controlando o determinando la aplicación que hacen los Estados miembros de las normas europeas, a través de la cuestión prejudicial, que, desde el ángulo que ahora nos interesa, sirve para «descargar» a los órganos judiciales nacionales de una eventual «responsabilidad» *ex* CEDH por la aplicación de normas potencialmente lesivas de los derechos fundamentales.

B) Las normas de la UE como normas respetuosas de los derechos fundamentales

31. Asimismo, debería ser necesario verificar si, además de la organización internacional en sí misma considerada, también resulta respetuosa con los derechos fundamentales la concreta norma aprobada por aquélla y que los Estados tienen la obligación de cumplir. Se trata, pues, de pasar, desde una constatación generalizada de respeto a los derechos fundamentales, a la verificación de que una concreta norma no se ha apartado de esa regla general.

32. Esto es algo que el Tribunal no ha enunciado de forma general en sus decisiones, pero que sí ha hecho en ellas, de modo que debe sumarse a la lista de indicios de necesario control para poder aplicar la presunción de cumplimiento. En concreto, en *Povse c. Austria*, el TEDH lleva a cabo esta verificación, aunque de forma muy difusa, en el § 80, cuando comprueba que el RB II bis dispone de mecanismos suficientes para verificar que se han tenido en cuenta los posibles riesgos para el menor a la hora de ordenar su retorno: éste es el aspecto que, en lo que al caso atañe, podría comportar lesión al derecho del menor a su vida familiar. Recordemos que el TEDH insiste en la necesaria existencia de un doble nivel, el de la garantía sustantiva y el de los mecanismos de control.

33. (i) En cuanto al primero, parece obvio que el TEDH no verifica la legitimidad del sistema de retorno establecido por el RB II bis desde una óptica sustantiva: en otros términos, no comprueba si es conforme al art. 8 CEDH –o a la noción equivalente de «respeto a la vida privada y familiar» reconocida por la UE– la regla que, comprobada la ilicitud del traslado, justifica el retorno forzoso y sin excepciones del menor al Estado en que tenía su residencia antes de ese traslado. Por eso mismo, el TEDH tampoco comprueba si en el caso concreto –es decir, para la niña Sofia Povse– el traslado de Austria a Italia ordenado por el tribunal de Venecia sería lesivo de ese derecho. Es más, cabe entender que no podría hacerlo sin excederse de sus competencias, salvo que resultara patente la arbitrariedad de la orden de retorno.

34. (ii) Ahora bien, lo que el TEDH sí examina es de qué manera se asegura por el RB II bis que la decisión ordenando el retorno de la menor se tome tras verificar sus repercusiones sobre la vida familiar y privada de la menor, es decir, sobre sus derechos fundamentales; existe, pues un control sobre la existencia de mecanismos internos que permiten asegurar el respeto a los derechos fundamentales, aunque ese control se efectúe en el Estado de origen y no pueda efectuarse en el Estado requerido. En

²⁶ Aunque en la sentencia *Bosphorus* y en las demás mencionadas hasta ahora el TEDH haya aplicado la presunción de cumplimiento en relación con la Unión Europea, también la ha utilizado en otros ámbitos y para otros propósitos: así, a modo de ejemplo, la ha aplicado a la ejecución de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en los asuntos *Nada c. Suiza* (sentencia de la Gran Sala 12 de septiembre de 2012, asunto 10593/08) y *Al-Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza* (sentencia de 26 de noviembre de 2013, asunto 5809/08). En *Gasparini c. Italia y Bélgica* (decisión de 12 de mayo de 2009, asunto 10750/03) acudió a ella respecto del sistema interno de resolución de controversias dentro de la OTAN. Y en *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido* (sentencia 2 de marzo de 2010, asunto 61498/08), se aplicó en relación con el cumplimiento de un convenio bilateral de extradición.

esta medida, pues, cabe decir que el TEDH sí que somete a escrutinio que el RB II bis resulta respetuoso con los derechos fundamentales. Y, al menos en este punto, llega a una conclusión afirmativa. La decisión legislativa –tomada por la Unión Europea al aprobar el RB II bis– de ubicar esos controles de forma exclusiva en el tribunal de origen tampoco podría ser en modo alguno considerada lesiva del derecho a la vida privada y familiar, pues se encuentra justificada por la necesidad de combatir eficazmente la sustracción internacional de menores en el entorno de la UE. Más aún, en puridad tampoco podría decirse que reside de forma exclusiva en el Estado de origen, dado que las autoridades de éste deben tener en cuenta los argumentos y pruebas eventualmente manejados en el Estado requerido cuando éste dictó una orden de no retorno al amparo del art. 13 b) CLH, de modo que no se determina la irrelevancia absoluta de lo actuado en el Estado requerido.

C) La aplicación de las normas por las autoridades nacionales

35. En ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones no basta con lo anterior, de modo que el cuadro de indicios no estaría completo –y tampoco estaría justificada la construcción de la presunción– si el TEDH no pudiera verificar el modo en que las autoridades del Estado han aplicado la norma de origen supranacional, es decir, el modo en que han cumplido con la obligación derivada de la pertenencia a la organización internacional. En este punto, el TEDH se siente facultado para controlar dos extremos distintos:

a) El margen de discrecionalidad

36. En primer término, al TEDH le resulta relevante determinar si la norma ofrece margen de discrecionalidad a la autoridad nacional, pues entonces se considera facultado para controlar el modo en que se han ejercido los poderes conferidos, dado que puede resultar en sí mismo lesivo de derechos fundamentales. En *Povse c. Austria*, sin embargo, el TEDH llega a la conclusión de que los arts. 11.8 y 42.2 RB II bis no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales austriacos requeridos para ejecutar la decisión del tribunal veneciano, dado que el sistema del Reglamento en este punto sólo permite determinar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedir la o suspenderla, aunque supuestamente tuviera la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales.

b) ¿El previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE?

37. Aunque la norma supranacional que había de aplicarse no ofrezca un margen de discrecionalidad, el TEDH es consciente de que en ocasiones puede plantear dudas interpretativas, de modo que alguna de las posibilidades abiertas permita a la autoridad nacional adoptar una posición más «activa» para la protección de un derecho fundamental. En estos casos, para el TEDH es relevante si la autoridad nacional ha hecho uso de las herramientas adecuadas para resolver las dudas; en el caso del Derecho de la UE, como puede intuirse, una de esas herramientas –aunque no la única– consiste en comprobar si se planteó cuestión prejudicial al TJUE. En la decisión *Michaud c. Francia* éste fue, de hecho, uno de los reproches formulados por el TEDH al Estado francés.

38. En el caso *Povse c. Austria*, en cambio, se había formulado petición de cuestión prejudicial por el *Oberster Gerichtshof* y los términos en que la cuestión se había planteado ponen de manifiesto la voluntad del alto tribunal austriaco de buscar la manera de evitar el retorno de la menor o de que pudieran de algún modo tenerse en cuenta los riesgos para la menor de ese traslado. El TEDH valora positivamente este agotamiento de las posibilidades (§ 81), pues le sirve para reforzar la apreciación de que, tras la sentencia prejudicial del TJUE, los tribunales austriacos carecían ya con toda certeza de margen de discrecionalidad. No es ésta una carga o un elemento necesario para superar el test de la presunción de cumplimiento, como el propio TEDH reconoció en *Michaud* (§ 115): no se trata de que los tribunales deban acudir de forma protocolaria o rutinaria a la cuestión prejudicial para evitar después un

potencial reproche del TEDH... No lo es, desde luego, cuando el tema ya ha sido objeto de pronunciamiento expreso por el propio TJUE con ocasión de un procedimiento anterior. Ahora bien, en todo caso, el pronunciamiento del TJUE es algo que el TEDH valora positivamente.

39. Vistas así las cosas, se aprecia cómo en este punto el TEDH da muestra positiva de confianza y de voluntad de cooperación con el TJUE. El TEDH, al desarrollar sus funciones, se apoya en el trabajo previo del TJUE y, lejos de cuestionarlo, lo toma como premisa o punto de partida: así, a modo de ejemplo, en *Povse c. Austria* el TEDH no cuestiona la corrección de las respuestas ofrecidas por el TJUE al *Oberster Gerichtshof*, sino que asume su pronunciamiento tal cual y deduce de él un dato muy importante para su enjuiciamiento: que los tribunales austriacos carecían de cualquier discrecionalidad al dar cumplimiento a la normativa europea.

III. La decepcionante aplicación de este enfoque en la sentencia *Avotiņš c. Letonia*

40. Con posterioridad al asunto *Povse c. Austria*, vuelve a suscitarse ante el TEDH la compatibilidad con el CEDH de una norma de las que integran el Derecho Procesal Civil Europeo en el asunto *Avotiņš c. Letonia*, resuelto por sentencia de 25 de febrero de 2014. Esta vez quien *comparece* ante el Tribunal es el Reglamento Bruselas I y, más en concreto, lo dispuesto en su art. 34.2, cuando establece como motivo de denegación del reconocimiento y del exequátur la ausencia de notificación de la demanda en tiempo útil y en modo que permita la defensa.

41. El caso puede sintetizarse sin especial dificultad: el Sr. Avotiņš, con domicilio en Letonia, fue demandado ante un tribunal chipriota en solicitud de que fuera condenado al pago de una cantidad de dinero, a resultas de un reconocimiento de deuda firmado ante un notario en Chipre. La notificación no pudo practicarse en la dirección en Letonia donde, según el demandante, se hallaba su domicilio. Por eso, el tribunal chipriota acabó condenándolo en rebeldía. El Sr. Avotiņš sostiene que nunca le fue notificada la sentencia, aunque en el expediente judicial de las autoridades chipriotas consta un acuse de recibo postal; la sentencia, en cualquier caso, no fue recurrida. El acreedor del Sr. Avotiņš solicitó ante la autoridad competente de Letonia el exequátur de la sentencia chipriota con arreglo al RB I, que le fue concedido en primera instancia, en febrero de 2006. En junio de ese mismo año, el Sr. Avotiņš afirma haber tenido conocimiento por casualidad tanto de la sentencia de condena dictada en Chipre, como de la resolución letona otorgándole el exequátur. Aunque ya había expirado el plazo para recurrir esta segunda resolución, se le amplió el plazo para hacerlo. Ante el tribunal de apelación alegó, entre otros motivos, que el exequátur debía denegarse en virtud del art. 34.2 RB I, dado que la notificación de la demanda en el proceso de origen había sido irregular (aducía, básicamente, que el demandante había proporcionado al tribunal chipriota una dirección obsoleta, a sabiendas de que su domicilio había cambiado y a pesar de conocer una dirección profesional en la que podría habersele notificado la demanda sin dificultad). En octubre de 2006, el tribunal de apelación estimó el recurso y revocó la concesión del exequátur. Esta sentencia, a su vez, fue impugnada ante el Tribunal Supremo de Letonia, que estimó el recurso y ordenó en firme el exequátur. La alegación hecha por el Sr. Avotiņš de que la demanda no se le había notificado correctamente en el proceso de origen se despachó por el Tribunal Supremo con la mera afirmación, muy breve y sin motivación adicional, de que carecía de importancia, dado que no había recurrido la sentencia, cuando podía haberlo hecho.

42. El Sr. Avotiņš planteó su demanda ante el TEDH frente a Chipre –por la notificación defectuosa en el proceso de origen– y frente a Letonia –por haber otorgado indebidamente el exequátur a la sentencia chipriota–. La pretensión frente al Estado chipriota, sin embargo, fue considerada inadmisibile *a limine* por extemporánea. En consecuencia, la cuestión sometida al enjuiciamiento del TEDH era si la aplicación en este caso del RB I por parte de las autoridades judiciales letonas había sido respetuosa con las exigencias del art. 6.1 CEDH.

43. En otros términos, no se trataba de que el TEDH enjuiciara si la notificación en un principio fue incorrecta y, por tanto, si la sentencia dictada en rebeldía era contraria al CEDH; lo que había de decidirse, diversamente, era si el Estado letón, al otorgarle el exequátur, vulneró el derecho a un proceso civil con todas las garantías del Sr. Avotiņš, en sus vertientes de igualdad de armas y derecho de defensa, todo ello, por supuesto, en relación con la primera notificación de la existencia del proceso. Se trataba, pues, de controlar una posible violación indirecta de un derecho fundamental, al otorgar eficacia jurídica, a través del procedimiento de exequátur, a una resolución obtenida de forma incompatible con el Convenio²⁷. Es, pues, el sistema de reconocimiento y exequátur del RB I el que, en esta ocasión, se convierte en el objeto del control por parte del TEDH²⁸.

44. El Tribunal afronta la resolución del caso con una metodología similar a la del asunto *Povse c. Austria* –aunque, sorprendentemente, no figura en la sentencia ninguna referencia a aquella decisión, a pesar de la proximidad temporal entre ambas–. Tras partir de la premisa de que la interpretación del Derecho de la Unión Europea corresponde al TJUE y a los jueces nacionales, el TEDH alude a la jurisprudencia *Bosphorus*, recordando que es doctrina consolidada la de que la protección que la UE ofrece a los derechos fundamentales es equivalente a la que les asegura el CEDH. A partir de aquí, procede a aplicarla con naturalidad aunque, también, con poca profundidad, con un análisis que se centra en dos aspectos: el sistema en sí y su aplicación.

45. En primer término, se analiza en cuanto tal el sistema de reconocimiento y ejecución establecido por el RB I y se constata, por supuesto, que los Estados miembros de la UE están obligados a cumplirlo; pero también se pone de manifiesto cómo se trata de un sistema en el que el exequátur debe otorgarse de forma casi automática, tras un simple control formal respecto de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda apreciar de oficio la concurrencia de los motivos de denegación previstos por el propio Reglamento. Ningún reproche parece formular el TEDH a este esquema –lo cual, por otra parte, resulta lógico.

46. Sobre esta base, el TEDH analiza el modo en que el Tribunal Supremo letón aplicó el RB I en el caso concreto y, en particular, el modo en que desestimó la procedencia de aplicar la causa de denegación del exequátur contemplada en su art. 34.2. En relación con este punto, resulta de gran interés comprobar cómo, a la hora de definir en su sentencia el marco jurídico del litigio (como se hace en todas sus resoluciones), el Tribunal alude no sólo a los preceptos relevantes del RB I, sino también a la jurisprudencia del TJUE que los ha interpretado²⁹ (y esto es algo que no hizo en la decisión del asunto *Povse c. Austria*, a pesar de que ya existía jurisprudencia del TJUE de gran interés en relación con ese asunto³⁰).

47. Este análisis del TEDH sobre la actuación del Tribunal Supremo letón es, en cierta medida, ordinario o liviano. El Tribunal se conforma con comprobar cómo, con arreglo a la interpretación del

²⁷ El caso era en alguna medida similar a otro previamente sometido al análisis del TEDH con ocasión del asunto *Orams c. Chipre*, inadmitido por decisión de 10 de junio de 2010, asunto 27841/07 (de hecho, se trata de la «secuela» ante el TEDH del litigio ya analizado por el TJUE en su sentencia de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. 2009 I-03571). Aunque también en *Orams c. Chipre* parte del problema se hallaba en el exequátur (esta vez, en Reino Unido) de una resolución dictada en un proceso en que los demandados alegaban no haber podido defenderse convenientemente (en Chipre, de nuevo), al TEDH sólo se le sometió la cuestión de la licitud de la actuación de los tribunales chipriotas, de modo que la posterior aplicación del RB I por parte de los tribunales ingleses quedó fuera del debate.

²⁸ Aunque, eso sí, no es la primera vez que el TEDH se pronuncia sobre la posible infracción de derechos consagrados en el CEDH con ocasión de la tramitación de procedimientos de exequátur: cfr. en este sentido las resoluciones recaídas en los asuntos *Pellegrini c. Italia* (sentencia de 20 de julio de 2001, asunto 30882/96), *McDonald c. Francia* (decisión de 29 de abril de 2008, asunto 18648/04) y *Sholokhov c. Armenia y Moldavia* (sentencia de 31 de julio de 2012, asunto 40358/05).

²⁹ La jurisprudencia del TJUE, utilizada por el TEDH en sus resoluciones, constituiría así una «fuente añadida», una «justificación complementaria de la jurisprudencia propia», en términos de J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», cit., pp. 188-191.

³⁰ Cfr. STJUE de 11 de julio de 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, Rec. 2008 I-05271; STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Detiček c. Sguiglia*, C-403/09 PPU, Rec. 2009 I-12193; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zárraga c. Pelz*, C-491/10 PPU, Rec. 2010 I-14247; o STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10 PPU, Rec. 2010 I-14309.

propio TJUE sobre el art. 34.2 RB I³¹, es razonable limitarse a rechazar la concurrencia de esa causa de denegación con el argumento de que el demandado no recurrió la sentencia dictada en rebeldía cuando pudo hacerlo. El TEDH insiste en su apreciación de que, efectivamente, fue posible una impugnación en origen o de que, en cualquier caso, correspondía al Sr. Avotiņš la carga de acreditar que dicho recurso no era posible o no habría sido en ningún caso eficaz. Esta falta de aprovechamiento por el recurrente de la oportunidad de defender su posición jurídica en el Estado de origen le sirve al TEDH para constatar la ausencia de violación de su derecho a un proceso justo a resultas del procedimiento de exequátur tramitado con arreglo al RB I.

48. La sentencia, sin embargo, fue objeto de un voto particular, suscrito por los jueces Ziemele, Bianku y De Gaetano –lo que pone de relieve lo ajustado del fallo–. En él, se critica que no se haya atribuido el peso adecuado a la apreciación de que el exequátur, según el RB I, no es forzoso ni responde a un «automatismo ciego»: existen causas que permiten denegarlo (a diferencia de lo que sucede según el RB II bis para las órdenes de retorno) y, además, en la interpretación y aplicación de dichas causas la propia jurisprudencia del TJUE ha reconocido un margen de discrecionalidad a los tribunales requeridos. Así, aunque es cierto que la STJUE *Apostolides* insiste en que el art. 34.2 RB I impide la denegación del exequátur a favor de quien pudo recurrir la sentencia y no lo hizo, recuerdan los firmantes del voto particular que la STJUE *Trade Agency* permite al tribunal requerido examinar la documentación obrante en el expediente para formarse su propia opinión acerca de si realmente hubo notificación «correcta» (de la demanda y/o de la sentencia) y, en consecuencia, si fue verdaderamente posible una defensa en el Estado de origen. Pues bien, a juicio de los firmantes del voto particular, el modo en que el Tribunal Supremo letón abordó este tema al resolver el recurso no fue adecuado, pues se limitó a señalar que los argumentos del recurrente eran irrelevantes ante la constatación de la ausencia de recurso contra la sentencia en origen, y ello a pesar de que habría tenido el deber de analizar con detenimiento los documentos obrantes en los autos y de verificar la regularidad de las notificaciones practicadas en el proceso de origen con arreglo a sus propios parámetros. Esta pasividad del Tribunal Supremo letón sería incompatible con las exigencias dimanantes del art. 6.1 CEDH.

49. Poco se puede añadir para justificar lo acertado del voto particular. Y es que, aunque con otras palabras, los firmantes del voto particular están censurando a la mayoría –con razón– por no haber aplicado correctamente la doctrina *Bosphorus* en este caso concreto: la presunción de cumplimiento debe entenderse refutada o desvirtuada cuando la norma supranacional aplicada ofrece margen de discrecionalidad a la autoridad judicial nacional y ésta no hace un uso de esa discrecionalidad que sea respetuoso con el derecho fundamental afectado. Dando por bueno el proceder del Tribunal Supremo letón, que no aprovechó las facultades de control que le atribuía el art. 34.2 RB I –tal y como lo había interpretado el TJUE–, el TEDH «rebaja el listón» en su nivel de exigencia a los jueces nacionales: en vez de transmitir la idea de que las facultades discrecionales deben explotarse al máximo cuando podría estar en juego la lesión de un derecho fundamental, se sanciona la legitimidad de la pereza o la inacción –por mucho que pudiera apreciarse en el caso concreto una especie de *fumus* de mala fe en la conducta procesal del Sr. Avotiņš³².

IV. Balance provisional: ¿conformidad con el CEDH de los regímenes de reconocimiento y ejecución de resoluciones?

50. En los asuntos *Bosphorus c. Irlanda*, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* y *Michaud c. Francia* el TEDH construyó la doctrina de la «presunción de cumplimiento» en relación con el control que cabe efectuar sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea y, más en concreto, con ciertas parcelas de ese ordenamiento jurídico. En los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia* ese control se ha proyectado ya sobre algunas

³¹ STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. 2009 I-03571.

³² El voto particular concluye con la siguiente afirmación: «Si la Cour n'est pas compétente pour interpréter le droit de l'UE, nous considérons qu'elle ne doit pas non plus approuver implicitement des pratiques internes qui vont peut-être à l'encontre de ce droit. C'est là une situation nouvelle pour la Cour, qui mérite une réflexion bien plus poussée».

de las normas que sirven para sostener el espacio europeo de justicia en materia civil. En ambos casos, de hecho, el examen del TEDH se ha centrado en normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, que integran una de las más parcelas más destacadas del Derecho Procesal Civil Europeo.

51. Como es de sobra sabido, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras es un sector bastante heterogéneo dentro del Derecho europeo, pues lo cierto es que no existe un genuino «sistema europeo», sino casi tantos como normas que los regulan. De un lado, están los textos normativos que mantienen el exequátur como condición previa a la ejecución de una resolución extranjera, como sucede con el RB I, el RB II bis –salvo en las cuestiones de visita y de retorno de menores objeto de sustracción– o el Reglamento sucesorio; pero en ellos ni siquiera son idénticas las reglas del juego. Junto a ellos, y en consonancia con una interpretación tal vez excesiva del principio del mutuo reconocimiento, se ha ido expandiendo la supresión del exequátur, que hace posible la ejecución directa de la resolución extranjera. El primer avance en este punto, ya se ha visto, fue el RB II bis, aunque sólo respecto de la ejecución transfronteriza de las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución internacional de menores. El progreso más significativo en esta dirección, sin embargo, lo supuso la creación del título ejecutivo europeo, que contempla la desaparición del procedimiento de exequátur, aunque sólo respecto de los créditos no impugnados y previa verificación de que, en el proceso previo, se han respetado ciertas garantías –en relación con la notificación al demandado de la existencia del proceso frente a él–, así como de que la legislación nacional del Estado de origen ofrece ciertas garantías de reexamen del caso para los supuestos de rebeldía involuntaria del demandado. El Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME) atribuye igualmente fuerza ejecutiva directa –sin necesidad de exequátur– al requerimiento europeo de pago, de modo similar a como lo hace el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC) con las sentencias dictadas al término de este proceso especial: en ambos casos, la supresión del exequátur se halla directamente vinculada a la previa tramitación del proceso (monitorio o de escasa cuantía) de conformidad con las reglas creadas por el propio legislador europeo. Con el RB III se produjo un avance adicional en materia de alimentos: en este ámbito, la supresión del exequátur no depende ni de la falta de oposición del deudor, ni tampoco del previo desarrollo de un proceso «europeo» *stricto sensu*, sino únicamente de la aplicabilidad del Protocolo de La Haya de 2007 en el Estado de origen. El RB I bis, por último, generalizará la supresión total del procedimiento de exequátur en las materias que conforman su ámbito de aplicación, pero lo cierto es que seguirá siendo posible un control en el Estado requerido –en el contexto del proceso de ejecución– acerca de la concurrencia de los motivos que hasta ahora podían conducir a la denegación del exequátur.

52. El principio del reconocimiento mutuo se ha articulado así de formas diversas en cada uno de los textos normativos que se inspiran él. No obstante, el elemento definitorio clave, al menos desde la perspectiva que nos interesa en este trabajo, debe hallarse en cuáles son los filtros o controles que siguen estando en manos de las autoridades del Estado requerido, es decir, en si existe la posibilidad de que el tribunal requerido rechace la ejecución de la decisión procedente del tribunal de origen. Más en concreto, es de vital trascendencia saber si resulta posible efectuar en el Estado requerido un control de orden público respecto de las resoluciones extranjeras que pretendan desplegar su eficacia en él. Y es que la cláusula de orden público –de la que, a mi juicio, la cláusula de rebeldía involuntaria es una manifestación específica a la que se ha querido dar un régimen autónomo– es la herramienta para controlar la eventual lesión de derechos fundamentales en el Estado de origen. Este dato es el que explica, de hecho, por qué este elemento ha sido el caballo de batalla cuando se han acometido los procedimientos legislativos que condujeron a su supresión –en el caso del título ejecutivo europeo³³– o, finalmente, a su mantenimiento pese a la inicial previsión de supresión –como ha ocurrido con el RB I bis³⁴–.

³³ Cfr., entre otros, A. STADLER, “Kritische Anmerkungen zum Europäischen Vollstreckungstitel”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2004-11, pp. 801-808 ; T. RAUSCHER, *Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, Munich-Heidelberg, Sellier, 2004, pp. 7-20; T. PFEIFFER, “Einheitliche unmittelbare und unbedingte Urteilsgeltung in Europa”, en MANSSEL, PFEIFFER, KRONKE, KOHLER y HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, Tomo I, pp. 675-690; G. CAMPEIS – A. DE PAULI, “Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo”, *Judicium* (www.judicium.it), 12 de julio de 2004 (ponen como ejemplo la obligación de ejecutar una sentencia que condene al pago de intereses usurarios).

³⁴ Cf. entre otros G. BIAGIONI, “L’abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all’ esecuzione nella proposta di

53. En efecto, la oposición a la ejecución de una decisión de un tribunal extranjero fundada en la infracción del orden público es la puerta de entrada para la protección de los derechos fundamentales en los sistemas de cooperación judicial internacional. El legislador europeo es consciente —o debería serlo— de las repercusiones que tiene optar por suprimirla o por mantenerla, así como de la gran paradoja que se puede generar si la cuestión se examina desde la perspectiva de una potencial revisión por parte del TEDH.

54. Hasta el momento, lo que ha sido analizado por el TEDH han sido dos piezas concretas de dos textos normativos representativos de cada una de esas tendencias —supresión o mantenimiento de la cláusula de orden público—. No obstante, tampoco resulta osado extraer ciertas conclusiones y tratar de generalizarlas, precisamente porque las dos resoluciones del TEDH analizadas en este trabajo se han pronunciado sobre dos claros exponentes de cada uno de esos modelos.

1. Ejecución sin control de orden público

55. En aquellos reglamentos que instrumentan la ejecución sin exequátur y sin cláusula de orden público (el RB II bis en materia de sustracción de menores y de visitas, el RTEE, el RPME, el RPEEC y el RB III), la lección que cabe extraer de la decisión *Povse c. Austria* es la siguiente: no resulta posible reprochar al Estado de ejecución el que no haya tenido en cuenta la posible lesión de los derechos fundamentales en el proceso de origen y el que no haya denegado o paralizado la ejecución por este motivo. Recuérdese que entonces la controversia se suscitó con ocasión de la aplicación de una de las piezas del RB II bis —la restitución de menores indebidamente trasladados— en que la norma no otorga margen de actuación discrecional al tribunal requerido (igual que en materia de visitas): esta falta de margen de actuación deriva de la ausencia de un procedimiento de oposición a la ejecución en el que pudiera hacerse valer una cláusula de orden público. No cabe, pues, control en el Estado de ejecución, pero tampoco cabe esperar control del TEDH, dado que el Estado de ejecución eventualmente demandado podría acogerse con éxito a la presunción de cumplimiento derivada de la doctrina *Bosphorus*.

56. Resulta así paradójico, al menos en apariencia, que un menor control interno en el instrumento normativo determine también un menor control externo por parte del TEDH. Esta apariencia, sin embargo, se salva si se constatan dos extremos: podrá decirse, en primer término, que los controles existen en el Estado de origen y son suficientes como para entender salvaguardado el derecho a un juicio justo, sin perjuicio de que eso pueda ser también analizado por el TEDH; y podrá decirse también que, en su caso, podrá someterse al escrutinio del TEDH la actividad jurisdiccional en el Estado de origen, y de hecho ha de ser lo más lógico, pues resulta más razonable reprochar al tribunal de origen la lesión

revisión del regolamento Bruxelles I”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011-4, pp. 971-986; P. BIAVATI, “Judicial Cooperation in Europe: Is Exequatur Still Necessary?”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 403-431; L. D’AVOUT, “Faut-il supprimer l’exequatur dans le contentieux transfrontière en Europe? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I”, *Droit et procédures*, 2010, supplément au n° 10 – *L’effectivité du recouvrement des créances en Europe*, pp. 68-73; M. DE CRISTOFARO, “The Abolition of Exequatur Proceedings: Speeding Up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 432-456; A. DICKINSON, “Brussels I Review – The Abolition of Exequatur?”, *conflictoflaws.net*, 8 de junio de 2009 (<http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-the-abolition-of-exequatur/>); O. FERACI, “L’abolizione dell’exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni?”, *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 832-845; E. GUINCHARD, “Espace judiciaire civil européen (15 mai 2010 – 15 novembre 2010)”, *RTD eur.* 46 (4), oct.-déc. 2010, pp. 927-934; X.E. KRAMER, “Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and Protecting Rights in the European Judicial Area”, *Ned int privR*, 2011, pp. 633-641; X.E. KRAMER, “Cross-Border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure”, *International Journal of Procedural Law*, 2011-2, pp. 202-230; M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, n° 7766, Sección Tribuna, 30 de diciembre de 2011; P. OBERHAMMER, “The Abolition of Exequatur”, *IPRax* 3/2010, pp. 197-203; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Control de orden público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 215-219; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, N° 1, pp. 330-347; H. SCHACK, “La (indebida) abolición de los procedimientos de exequátur en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, pp. 67-81.

de un derecho fundamental que reprochar al tribunal de ejecución el no haber contrarrestado la eficacia de un acto extranjero lesivo para un derecho fundamental (aunque, sin duda, ese control indirecto es posible y en ocasiones necesario). Al fin y al cabo, si todos los Estados miembros de la UE son también signatarios del CEDH, debe presumirse que el tribunal de origen, antes de dictar su sentencia, debería respetar las mismas garantías cuya vulneración podría, en su caso, denunciarse en un hipotético proceso de exequátur en que resultara posible oponerse a la declaración de ejecutividad³⁵.

57. La lectura de la decisión *Povse c. Austria* permite sostener así, aunque sea de manera más bien indirecta, que el TEDH ha avalado el sistema de supresión del exequátur sin control de orden público. Y tiene sentido, pues no parece que, realmente, sea una cuestión de relevancia «constitucional», sino más bien de «legalidad ordinaria» –salvo arbitrariedad–. En efecto, si el TEDH ha avalado el sistema más radical de supresión del control de orden público –el del RB II bis–, con mayor razón cabría suponer que lo avalaría también respecto de las demás manifestaciones de supresión del exequátur y de la cláusula de orden público, pues en ellas se suelen añadir ciertas salvaguardas en relación con la notificación inicial de la demanda y, sobre todo, respecto de la posibilidad de utilizar mecanismos extraordinarios de anulación o rescisión en el Estado de origen (como ocurre en el RTEE, el RPME o el RPEEC).

2. Ejecución con control de orden público

58. La decisión en *Povse c. Austria* y la sentencia en *Avotiņš c. Letonia* permiten también extraer ciertas conclusiones respecto de los reglamentos que mantienen la cláusula de orden público como herramienta de control en el Estado de ejecución (el RB I vigente, el RB I bis –aunque haya desaparecido el procedimiento de exequátur–, el RB II bis en todo aquello que no sea restitución de menores y visitas, y el RS). Si su aplicación en un caso concreto fuera sometida al control del TEDH, cabría preguntarse hasta qué punto la existencia de la cláusula de orden público tendría relevancia al analizar la concurrencia de los elementos de la «presunción de cumplimiento»³⁶. ¿Cabe entender que la existencia de una «excepción de orden público» –con independencia de que se ubique en el seno del proceso de exequátur o en el de ejecución– otorga al tribunal de ejecución un margen de discrecionalidad, cuyo ejercicio podría ser controlado por el TEDH?

59. Es evidente que, en los reglamentos que la prevén, la cláusula de orden público puede utilizarse para rechazar la ejecución o el cumplimiento de decisiones que se han obtenido lesionando derechos fundamentales o que, por su propio contenido, lesionan algún derecho fundamental. Desde este punto de vista, el TEDH podría censurar a un tribunal nacional su no utilización en un caso concreto: lo quiera o no el tribunal nacional de ejecución, la existencia de la cláusula de orden público lo coloca en una posición de garante del derecho fundamental lesionado, que justamente es la que no tendría si la ejecución se articulara a través de un instrumento normativo que no contemplara la excepción de orden público. Esta conclusión, sin embargo, debería quedar supeditada a una condición: la invocación de la excepción de orden público por parte del sujeto pasivo de la ejecución, dado que, en el sistema procesal europeo en materia civil, la infracción al orden público no es apreciable de oficio (de modo que la ausencia de defensa activa por parte del ejecutado coloca al tribunal de ejecución en la misma posición de «ausencia de discrecionalidad» en que se encuentra de partida al aplicar los reglamentos que no admiten excepción de orden público).

60. En este punto, sin embargo, la sentencia *Avotiņš c. Letonia* resulta decepcionante, dado que el TEDH no ha hecho uso en ella de la facultad que previamente se había atribuido a sí mismo –en *Bosphorus, M.S.S., Michaud* y *Povse*– de controlar el (mal) uso de las facultades discrecionales que permiten la tutela de los derechos fundamentales.

³⁵ Cfr. H. MUIR-WATT, “Muir-Watt on Abolition of Exequatur and Human Rights”, cit.

³⁶ Cfr. también M. REQUEJO ISIDRO, “Requejo on Povse”, cit.

61. En cualquier caso, esta eventual revisión y esta eventual definición se harán –cuando se hagan y si es que se hacen, pues la sentencia *Avotiņš* no fomenta el optimismo– bajo la cobertura de controlar el modo en que los tribunales ejercen facultades discrecionales; y este control de la discrecionalidad, en sí mismo, no supone controlar a título directo las normas procesales civiles europeas, ni hacerles reproches directos. Ahora bien, si se tienen en cuenta las premisas que lo hacen posible y el contexto en que se desenvuelve, es evidente que queda abierta la puerta a una revisión y, con ella, a una definición por parte del TEDH acerca de aquello que deba entenderse por «orden público» en el contexto de la aplicación de las normas procesales civiles europeas.

V. Opciones adicionales de control sobre otras potenciales «audacias procesales» del legislador procesal civil europeo

62. La decisión *Povse* y la sentencia *Avotiņš* son la manifestación más reciente y más clara de que la aplicación por los Estados miembros de la UE de las normas procesales civiles de origen europeo puede determinar la interposición de demandas ante el TEDH. La decisión *Povse* deja claro también que estas demandas serán resueltas por el TEDH aplicando la doctrina de la presunción de cumplimiento, en los términos descritos antes; la sentencia *Avotiņš*, por su parte, es muestra de que el TEDH también puede aplicar incorrectamente su propia doctrina.

63. Si salimos del terreno del reconocimiento y la ejecución de resoluciones –que es el directamente abordado por estas resoluciones–, tampoco sería difícil imaginar que acabaran teniendo que *comparecer* ante el TEDH otras normas procesales civiles aprobadas por la UE, de modo que éste debiera analizar si son o no respetuosas con los derechos fundamentales establecidos en el CEDH. Asumiendo que el análisis se haría desde la perspectiva de la presunción de cumplimiento derivada de la doctrina *Bosphorus*, y presumiendo por ello que el TEDH seguirá sosteniendo que la UE y su ordenamiento, en general, ofrecen un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalentes al que dispensa el CEDH, cabría imaginar dos tipos de control diverso, en función de los niveles de examen antes estudiados (cfr. *supra*, núms. 30-38).

1. Normas procesales respetuosas de los derechos fundamentales

64. En primer término, cabe imaginar que el TEDH se vea llamado a verificar si una concreta norma procesal civil europea aplicada en un caso concreto ofrece a los derechos fundamentales afectados un nivel de protección sustantiva y procesal asumible por el sistema del CEDH. El legislador europeo es siempre muy cuidadoso con estas cuestiones³⁷, lo que hace difícil estimar *a priori* el carácter lesivo para los derechos fundamentales de las normas que integran el *corpus* del Derecho Procesal Civil Europeo. No obstante, la casuística desborda siempre las previsiones del legislador.

65. Sin ánimo de exhaustividad, y a los solos efectos académicos, se puede pensar ahora en los estándares mínimos sobre mecanismos admisibles de notificación inicial al demandado, establecidos en los arts. 13 y 14 RTEE y reproducidos también en el RPME. En dichas normas, el legislador europeo considera como tolerables procedimientos de notificación sin acuse de recibo por el destinatario y en los que resulta difícil –al menos para el autor de estas líneas– asumir como lo más normal o lo más lógico que el destinatario efectivamente ha recibido la notificación: es lo que puede ocurrir con el depósito del escrito en el buzón del deudor o con la notificación sin acuse de recibo.

66. Supongamos, pues, que llega a plantearse ante el TEDH la lesión del derecho a un juicio justo deducible del art. 6.1 CEDH, fundada en que el demandado en el proceso inicial no tuvo conocimiento de la

³⁷ Cfr. E. STORSKRUBB, *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, 2008, esp. pp. 257 y ss.

existencia del proceso, y ello debido a que la notificación se efectuó por alguno de estos mecanismos, pero no fue eficaz por motivos ajenos a su responsabilidad (v.g., había cambiado de domicilio y el demandante conocía o debía conocer dicho cambio). El deudor será con toda probabilidad condenado en rebeldía y el acreedor podrá obtener la certificación de la sentencia como título ejecutivo europeo. ¿Qué margen de reacción le queda al deudor, que afirma la lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías? En el Estado de ejecución, ninguno. En el Estado de origen podrá, por supuesto, utilizar los mecanismos de revisión a que se refiere el art. 19 RTEE, pero nada garantiza cuál será su desenlace, pues estas herramientas son por definición excepcionales y el RTEE se conforma con que existan, pero no llega a condicionar de forma clara su contenido. Llamado a pronunciarse en una situación de este tipo, cabría imaginar dos escenarios (absolutamente reproducibles si, en vez de la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo, nos halláramos ante la expedición de un requerimiento europeo de pago con fuerza ejecutiva al amparo del RPME).

67. (i) El perjudicado demandó al Estado de ejecución, por impedirle alegar en la ejecución de la sentencia que ésta se había ganado con infracción de un derecho fundamental: el Estado demandado, sin duda, podría aducir ante el TEDH la doctrina de la presunción de cumplimiento. Ahora bien, al aplicarla al caso, ¿podría el TEDH sostener que el art. 14 c) RTEE puede vulnerar el derecho a un juicio justo deducible del art. 6.1 CEDH?

68. (ii) El perjudicado demandó al Estado de origen, por permitir la expedición de un certificado de título ejecutivo contra él, a pesar de que la sentencia se había ganado con infracción de un derecho fundamental: el Estado demandado también invocaría, con toda probabilidad, la doctrina de la presunción de cumplimiento, dado que el tribunal de origen está obligado a expedir la certificación de título ejecutivo europeo si comprueba que concurren los requisitos marcados por el RTEE. La pregunta que surge, por tanto, vuelve a ser la misma que en el supuesto anterior: ¿podría el TEDH someter el art. 14 c) RTEE al filtro del art. 6.1 CEDH?

69. En ambos casos, el deudor condenado en rebeldía –y demandante ante el TEDH– podría tal vez contraargumentar que el RTEE (o el RPME, en su caso) no determina en concreto el modo en que puede efectuarse la notificación, sino que se limita a señalar que el legislador nacional puede prever esta forma de notificación sin que ello impida la posterior certificación de la sentencia como título ejecutivo europeo. El reproche, pues, se trasladaría del legislador europeo al legislador nacional. Ahora bien, sin perjuicio de que el TEDH pudiera considerar no compatible con el CEDH la norma procesal nacional que permite este tipo de notificaciones, es indudable que todavía cabría reprochar al legislador europeo el «aval» ofrecido a que una forma de notificar la demanda, tal vez necesaria en el plano interno para una correcta administración de justicia, pueda legitimar a la postre una ejecución transfronteriza de especial dureza como es la del RTEE (o la del RPME).

70. Por otra parte, esta eventual contraargumentación ni siquiera tendría cabida si el origen de la demanda al TEDH se hallara en la ejecución sin exequátur y sin margen de defensa en destino de una sentencia dictada en rebeldía en el contexto de un proceso europeo de escasa cuantía, pues el art. 13.2 RPEEC, a diferencia de lo que sucede con el RTEE o el RPME, no parece supeditar la viabilidad de las notificaciones «poco fiables» a su previsión por el legislador nacional, sino que parece admitirlas sin más para ese proceso especial.

71. En un plano diverso a lo anterior, cabe también apuntar que un eventual control por parte del TEDH habría de tener en cuenta también la naturaleza de la norma europea cuestionada. (i) Tratándose de reglamentos de eficacia directa, la eventual lesión puede imputarse al legislador europeo (salvo en aquello que derive del desarrollo legislativo interno dado al reglamento, extremo éste bastante frecuente en la materia que nos ocupa). (ii) En cambio, si nos hallamos ante directivas, el examen del caso puede escapar a la dinámica de la «presunción de cumplimiento» si el carácter lesivo para los derechos fundamentales deriva del modo en que el legislador nacional afectado traspuso el mandato de resultado, pero no resulta apreciable en la directiva.

2. Control de la utilización de facultades discrecionales

72. Por último, y según se ha apuntado ya antes, el TEDH debe también dirigir su control sobre la actuación del tribunal en el caso concreto, dado que en su valoración resulta significativo determinar si el tribunal disponía o no de un margen de discrecionalidad. Será preciso, en consecuencia, atender al modo en que los diversos textos normativos que conforman hoy en día el Derecho Procesal Civil Europeo determinan el modo en que deben actuar los tribunales. En este sentido, debe tenerse en cuenta que muchos reglamentos europeos en materia de proceso civil otorgan a los tribunales poderes discrecionales, de cuyo ejercicio se pueden derivar o no lesiones a derechos fundamentales, o cuyo ejercicio puede servir para evitar la lesión a derechos fundamentales.

73. Por citar un solo ejemplo ahora, podemos pensar en las facultades que el art. 44 del nuevo RB I bis le ofrece al tribunal encargado de la ejecución cuando se le formula una solicitud de denegación de la ejecución. El precepto le permite: (a) limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares; (b) condicionar la ejecución a la constitución de alguna garantía; o (c) suspender, en todo o en parte, el procedimiento de ejecución. Pero, aunque el precepto no lo diga expresamente, el tribunal no está obligado a acordar alguna de estas tres consecuencias; también puede permitir que prosiga la ejecución si, por ejemplo, considera que la solicitud de denegación de la ejecución es manifiestamente infundada y tiene el único propósito de obstaculizar el desarrollo del proceso. El modo en que un tribunal haya utilizado esta potestad –o cualquier otra facultad discrecional que le otorgara un reglamento europeo– podría ser susceptible de control por el TEDH si, en un caso concreto, su mal uso ha comportado la lesión afirmada de un derecho fundamental. Ahora bien, resulta claro que, en estos casos, el reproche a la autoridad judicial nacional no supone genuino control o reproche a la norma europea que otorga el poder discrecional... salvo que el TEDH llegara a la conclusión de que la discrecionalidad en ese punto es lesiva de derechos fundamentales, o que alguna de las variables ofrecidas al tribunal pudiera serlo.

74. En definitiva, y éste es el punto al que tal vez quepa llegar, hay que asumir que la aplicación de la doctrina de la presunción de cumplimiento no confiere una especie de «blindaje» a la legislación procesal civil europea frente al análisis del TEDH; y, sin duda, resulta positivo que sea así, a pesar de los eventuales conflictos entre tribunales y organizaciones internacionales que ese control pudiera generar.

LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN LA NUEVA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 02.09.2014 / Aceptado: 05.09.2014

Resumen: El artículo 468 de la nueva Ley de Navegación Marítima (LNM) regula la validez formal de aquellas cláusulas de jurisdicción y arbitraje que prevean la sumisión de las partes a una jurisdicción extranjera o a un arbitraje en el extranjero. La norma en cuestión impone la *negociación individual y separada* de ambas cláusulas como requisito de validez. No obstante, la eficacia de esta norma es, por lo que se refiere a las cláusulas de sumisión a tribunales, muy limitada. En el contexto *intraeuropeo*, porque es de aplicación el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. En el contexto *extraeuropeo*, su hipotética aplicación plantea más problemas que soluciones. Por lo que se refiere al convenio arbitral, el artículo 468 LNM no debería aplicarse.

Palabras clave: Ley de Navegación marítima. Cláusulas de sumisión a tribunales. Convenio arbitral.

Abstract: Article 468 of the new Maritime Navigation Act (Shipping Act) regulates the formal validity of choice of court agreements and arbitration agreements establishing the submission to a foreign court or to an arbitration located abroad. Article 468 provides a separated and individual negotiation as a condition of validity for both agreements. Nevertheless, the effectiveness of the rule is, as far as the choice of agreements concerns, very limited. In the *intraeuropean* context, because article 25 of Brussels I Regulation (*recast*) applies. In the *extraeuropean* context, its hypothetical application gives rise to more questions than answers. As regards to arbitration agreements, article 468 of the Maritime Navigation Act should not apply.

Keywords: Maritime Navigation Act (Shipping Act). Choice of Court Agreement. Arbitration agreement.

Sumario: I. Introducción. II. Las cláusulas de jurisdicción: marco legal aplicable. 1. El artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. 2. Del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* al artículo 468 LNM: problemas de aplicación en supuestos extraeuropeos. A) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de exequátur. B) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de competencia judicial internacional. C) Artículo 468 LNM y responsabilidad civil. D) Artículo 468 LNM y *Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro*. III. Las cláusulas de sumisión a arbitraje: marco legal aplicable. A) El artículo II CNY. B) Del artículo II CNY al artículo 468 LNM: problemas de aplicación. C) Artículo II CNY y responsabilidad civil. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El artículo 468 de la *Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*¹ (LNM), titulado *Cláusulas de jurisdicción y arbitraje* dispone:

¹ BOE núm. 180, de 25.7.2014.

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

2. En perspectiva de Derecho internacional privado, el tenor de la norma es –cuanto menos– llamativo. Lejos de plantear la cuestión de la validez de la cláusula de sumisión desde la perspectiva del *reconocimiento* –estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España–, parece imponer una forma de consentimiento –negociación individual y separada– para que tal cláusula pueda considerarse válida ante los tribunales extranjeros (perspectiva *material*). Esos requisitos, sin embargo, se rigen siempre por la ley del Estado cuyos tribunales quedan designados por la misma². Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que esa ley pueda prever una remisión conflictual para resolver determinadas cuestiones (típicamente, capacidad, representación y vicios del consentimiento).

Así, por ejemplo, es evidente que un juez estadounidense se declarará competente cuando la cláusula de sometimiento a *su* jurisdicción reúna los requisitos previstos en *su* ordenamiento procesal³. Y ello, con independencia de que esos requisitos coincidan o no con los previstos en un ordenamiento extranjero (como, por ejemplo, los previstos en el artículo objeto de comentario).

3. En el ámbito del arbitraje internacional, la cuestión es bastante más compleja y no está definitivamente resuelta. La polémica en este punto gira en torno a la concreción de la ley aplicable al convenio arbitral: ¿deber ser la ley que rige el contrato principal, o por el contrario, debe ser la ley del lugar del arbitraje?

Sin ánimo de abundar ahora en esta cuestión, baste con apuntar que, a nivel comparado, la tendencia jurisprudencial más actual pasa por aplicar, en defecto de acuerdo expreso de las partes, la ley del lugar del arbitraje⁴.

En cualquier caso, la polémica así apuntada no debería ser determinante en nuestro contexto, por cuanto la jurisprudencia comparada es muy uniforme en lo que se refiere a la apreciación de la validez formal y material (consentimiento) del convenio arbitral inserta en un conocimiento de embarque (*infra* 48 ss.).

4. Por otro lado, una lectura *a sensu contrario* del artículo 468 LMN no hace sino aumentar las dudas que el mismo suscita, pues lleva a interpretar que aquellas cláusulas que designen la competencia de los tribunales españoles o designen algún lugar español como sede del arbitraje están excluidas de su ámbito de aplicación material. Es decir, que la *negociación separada* como requisito necesario para que la cláusula de sumisión a tribunal –o arbitraje– en el extranjero se considere válida, no es exigible cuando esa misma sumisión se realice a tribunales españoles o a arbitraje con sede en España. Esta lectura es,

² Sobre las cláusulas de sumisión, con todo detenimiento, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho procesal civil internacional”, *CDT*, Vol. 2, Nº 2 (2010), pp. 52-91. *Vid.* también, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMAR-TÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Thomson, 2007, pp. 275-304; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 13ª Ed., Granada, Comares, 2012, pp. 207-223.

³ Ponemos el ejemplo del juez estadounidense y no del juez inglés (jurisdicción consolidada en el ámbito marítimo) porque para determinar la eficacia de la cláusula de sumisión a estos últimos tribunales es de aplicación –como se verá– un reglamento europeo que desplaza totalmente y en cualquier contexto (incluso en sede de reconocimiento) la aplicación del artículo en cuestión.

⁴ La cuestión se plantea con toda intensidad en el marco de las cláusulas híbridas (aquellas que prevén la sumisión tanto a tribunales como a arbitraje). En este contexto, en la jurisprudencia comparada, *vid.*, *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors*, 16.5.2012, [2012] EWCA Civ 638. Al respecto *vid.*, A. ARZANDEH, “The Law Governing Arbitration Agreements in England”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2013] LMCLQ, Feb. 2013, pp. 31-35. En el contexto del reconocimiento del laudo arbitral, *vid.* la sentencia *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. the Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 3.11.2010, [2010] UKSC 46. Sobre esta sentencia *vid.*, G. CUNIBERTI, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l’arbitrage International?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAOK, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d’Appel”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 407-422.

por lo demás, perfectamente coherente tanto con la norma que con carácter general regula este supuesto (art. 22.2 LOPJ), como con la norma que próximamente regulará este supuesto (art. 61 *Anteproyecto LOPJ*), pues ninguna de ellas exige *negociación separada* para considerar válida una sumisión expresa a nuestros tribunales (*infra* 28).

5. La explicación del legislador sobre el porqué de semejante norma no es en absoluto convincente. Según la misma Exposición de Motivos: “trata de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

6. Esgrimir un argumento tan serio -como lo es el relativo a los *abusos detectados*- de una forma tan etérea, puede dar lugar a ciertos malentendidos. En este contexto, no puede obviarse, en primer lugar, que la regulación europea más importante en este ámbito exige de las partes un conocimiento actualizado de los usos que imperan en cada sector. En efecto, el artículo 25 c/ del Reglamento Bruselas I *refundido*⁵ establece que la cláusula de sumisión a tribunales será válida en el ámbito del comercio internacional cuando se adopte “en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o *deban conocer* y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado” (*infra* 11). De hecho, en el sector de la contratación marítima internacional -caracterizada por la participación de intermediarios-, impera un equilibrio muy razonable entre la relajación de las formas y la seguridad jurídica. Buena prueba de ello lo constituye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en interpretación del precepto citado⁶.

7. En segundo lugar, no puede desconocerse que el cargador -al igual que el armador- es un profesional más del sector marítimo. Un profesional que, como tal, no está obligado a contratar con el armador. Un profesional, por tanto, que aunque eventualmente pueda ser considerado como la parte débil de la contratación, ni puede ni debe ser tratado con las garantías propias del consumidor⁷.

8. En tercer lugar, llama la atención la desconfianza que -indirectamente- muestra el legislador hacia los tribunales designados por la cláusula de sumisión. Como con particular nitidez ha sido puesto de relieve⁸, las partes -ya sea cargador o armador- buscan resolver sus disputas en un foro neutral y especializado en la materia. Ningún profesional serio trata de imponer un foro por entender que en él puede obtener “mejor trato”. Exigir por tanto un requisito adicional de validez -al margen de la realidad actual- puede interpretarse como un signo de desconfianza ante la jurisdicción elegida en la cláusula.

9. A la luz de estas primeras consideraciones, puede deducirse ya que el artículo 468 LNM será de polémica aplicación. El precepto en cuestión eleva excesivamente el nivel de seguridad jurídica en este ámbito. Se desmarca, de esta forma, de las tendencias legislativas y jurisprudenciales más modernas que, sin renunciar a un estándar mínimo de seguridad jurídica, intentan encontrar un punto de equilibrio entre esa seguridad y el principio de *favor negotii*.

Tal desmarque, sin embargo, no supondrá beneficio alguno para el operador económico. Antes al contrario, como a lo largo de las siguientes líneas pretendemos demostrar, su invocación no hará sino elevar los costes de la litigación.

⁵ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Como es sabido, este Reglamento deroga al Reglamento 44/2001 o Reglamento Bruselas I.

⁶ Sobre la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión, con todo detenimiento, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, pp. 52-91.

⁷ En sentido similar, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83 (apdo. 23). *Vid.* también, J. M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *Diario La Ley*, 15.7.2014.

⁸ J. M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468...”, *cit.* nota anterior.

10. Afortunadamente, la eficacia de la citada norma será muy limitada. Como a continuación también se estudiará, dos normas de aplicación preferente –un Reglamento europeo y un Convenio internacional- reducen drásticamente su ámbito de aplicación. En efecto, por lo que hace a las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros, sólo afectará –y está por determinar en qué medida- a aquellas cláusulas que designen la competencia de tribunales *extraeuropeos*. Por lo que hace a las cláusulas de sumisión a arbitraje su aplicación debería ser, sencillamente, nula; es decir, no debería aplicarse *nunca*.

II. Las cláusulas de jurisdicción: marco legal aplicable

1. El artículo 25 del Reglamento Bruselas I refundido

11. A partir del 10 de enero de 2015⁹, para determinar la validez formal de todas aquellas cláusulas de sumisión al tribunal de un Estado miembro de la UE¹⁰ será de aplicación el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*. De tal modo que si la materia objeto del litigio se encuentra incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art.* 1), el citado artículo se aplicará para determinar, entre otras cosas, la validez formal de esa cláusula de sumisión.

Los numerales 1 y 2 de este precepto disponen:

1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:
 - a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita;
 - b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
 - c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

12. Sin ánimo de exhaustividad¹¹, baste ahora con señalar que el precepto en cuestión presenta importantes modificaciones respecto de la norma homóloga todavía en vigor (art. 23 del Reglamento Bruselas I). La más relevante –a mi juicio- es la relativa a la ampliación del ámbito de aplicación. Así, mientras que el artículo 23 del Reglamento Bruselas I exige como requisito necesario para su aplicación que una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* supera tal restricción de su ámbito de aplicación personal. Es decir, el artículo 25 es –será- de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga su domicilio en la UE. Así se deduce del texto del precepto: *Si las partes, con independencia de su domicilio,...* En nuestro contexto, ello equivale a afirmar que la validez formal de cualquier cláusula de jurisdicción inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de navegación que determine la competencia judicial de un tribunal “europeo” (*ad ex.*, Londres) se regulará conforme a lo previsto en este precepto. O lo que es lo mismo: el artículo 468 LNM *no* se aplicará cuando la cláusula de sumisión prevista en algunos de los contratos citados remita al tribunal de un Estado miembro.

⁹ *Ex art.* 81 del Reglamento.

¹⁰ *Vid.* el *Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, DOUE, L 240, 13.8.2014.

¹¹ Sobre este precepto y sobre las modificaciones que contiene respecto del artículo 23 del Reglamento 44/2001 (*supra* nota 3), *vid.*, U. MAGNUS, “Gerichtsstandvereinbarungen unter der reformierten EuGVO”, en: *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tubingia, Mohr Siebeck, 2014, pp. 785-802. Sobre el artículo 23 del Reglamento Bruselas I, *vid.* F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, pp. 57-65.

13. La remisión que el nuevo artículo 25 hace a la ley de los tribunales designados en la cláusula para determinar la *validez material del acuerdo* no debe, a mi juicio, desvirtuar la afirmación anterior. En efecto, mediante esta remisión únicamente se establece que aquellas cuestiones que no queden directamente reguladas por este precepto quedarán reguladas por la ley del Estado cuyos tribunales designa la cláusula. Así, si ésta remite a los tribunales de la ciudad de Londres, será, en principio, la ley inglesa –y no la española- la que determine la validez material del precepto. En el bien entendido, no obstante, de que la remisión hecha a la ley de ese Estado incluye también una remisión a sus normas de conflicto¹². De tal modo que, en aplicación de esas normas de conflicto, cuestiones como la capacidad, representación o vicios del consentimiento¹³ pueden quedar finalmente reguladas por la ley española.

14. La determinación de lo que debe entenderse por *validez material* de la cláusula debe realizarse, en cualquier caso, teniendo en cuenta que tanto la cuestión relativa a la *existencia* como la cuestión relativa a la *forma* de la misma son cuestiones reguladas por el precepto¹⁴. Es decir, sobre estas dos concretas cuestiones –existencia y forma de la cláusula- no cabe remisión conflictual alguna. Por el contrario, tal y como el TJUE ha ido estableciendo en su jurisprudencia, cuestiones tales como la capacidad y la representación quedarían excluidas del ámbito de aplicación del precepto. Es más, en virtud de esta jurisprudencia, la regulación de estas materias quedaría sometida a la ley del lugar de los tribunales designados por la cláusula (incluidas sus normas de conflicto)¹⁵. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que este nuevo inciso del artículo 25 no es más que la plasmación de la jurisprudencia del TJUE en el cuerpo del nuevo precepto.

15. En cualquier caso, importa destacar que la sentencia *Castelleti* del TJUE¹⁶ ya dejó en su momento bien claro que la cuestión relativa al *consentimiento* –entendido como condición de eficacia de la cláusula- forma parte de la cuestión relativa a la *forma* de la misma; es decir, es una cuestión regulada por el mismo precepto. En concreto, en virtud de la sentencia *Castelleti* del TJUE: *se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer*. El hecho de que el artículo 25.1 c) del Reglamento Bruselas I *refundido* (*supra* 11) reproduzca de forma prácticamente literal el inciso citado, no hace más que corroborar la afirmación anterior.

16. Pero aún más, pues el alcance del *consentimiento* como condición de eficacia de la cláusula en el contexto de una sucesión de contratos es una cuestión que debe resolverse a partir de los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia *Coreck*¹⁷, en tanto que referida, precisamente, a los conocimientos de embarque. En su virtud, se plantean dos supuestos con distintas soluciones.

A/. Si la ley del Estado cuyos tribunales han sido designados en la cláusula de sumisión determina que el *tercero* respecto del contrato inicial contra el que se invoca una cláusula atributiva de competencia *sucede* en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias, no ha de verificarse –conforme a los usos previstos en el artículo 25 del Reglamento- si el tercero dio o no su consentimiento a la cláusula incluida en el contrato: en la medida en que el tercero *sucede* en sus derechos a una parte originaria, pasa a convertirse en titular de todos y cada uno de los derechos y obligaciones que figuran en el contrato.

¹² Así el Considerando 20 del Reglamento.

¹³ El *error, engaño o amenazas* son cuestiones que entran en el ámbito del consentimiento. Más detenidamente, *vid.* U. MAGNUS, “Gerichtsstandvereinbarungen...”, *cit.*, pp. 791-793.

¹⁴ Ya en este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *cit.*, pp. 284-286.

¹⁵ Ya en este sentido, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83.

¹⁶ 16.3.1999, as. C-159/97. Esta sentencia fue, en su momento, muy bien acogida en la doctrina. Ilustrativo, D. GIRSBERGER, “Gerichtsstandsklausel im Konnossement: Der EuGH und der internationale Handelsbrauch”, *IPRax*, 2000, pp. 87-91. Ya anteriormente, también referida a los conocimientos de embarque, STJUE de 19.6.1984, *Tilly Russ*, as. 71/83.

¹⁷ STJCE, 9.11.2000, as. C-387/98.

- B/. Si, por el contrario, la ley designada por la norma de conflicto determina que el tercero respecto del contrato inicial *no sucede* a una de las partes originarias en sus derechos y obligaciones, corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar si el tercero ha dado efectivamente su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia conforme a los usos comerciales a los que se aluden en los apartados b) y c) del artículo 25.1.

De la precisión así hecha puede extraerse una conclusión muy relevante para nuestro supuesto. Y es que, la exigencia -impuesta por el TJUE en su jurisprudencia- de *subrogación* en derechos y obligaciones conforme a la ley designada por la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen en virtud de la cláusula, es innecesaria cuando la cláusula en cuestión sea válida conforme a los usos comerciales del sector marítimo (art. 25.1 citado)¹⁸. O dicho de otro modo, en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido* no es posible limitar -como hace el artículo 468 LNM- el *consentimiento* -entendido como condición de eficacia de la cláusula- cuando la misma sea formalmente válida conforme a unos usos comerciales ampliamente conocidos y que el tercero debiera conocer.

17. Lo anterior es válido respecto de los conocimientos de embarque. No es extrapolable, sin embargo, a supuestos en los que los efectos de la cláusula se plantea en el contexto de una cadena de contratos de *transmisión de propiedad* celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros. En estos supuestos, como argumenta el TJUE, la relación de sucesión entre el adquirente inicial y el subadquirente no puede reconducirse a la transmisión de un contrato único, sino al conjunto de derechos y obligaciones que se prevén. En consecuencia, en el contexto de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad, el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* “debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión *de contratos de transmisión de propiedad* celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, ha adquirido ese bien y quiere interponer una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo”¹⁹.

18. Volviendo ahora a los requisitos *formales*, es de señalar que, en virtud del artículo 25 transcrito, se concretan en: acuerdo escrito o acuerdo verbal con confirmación escrita (art. 25.1 a)); acuerdo en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidas entre ellas (art. 25.1 b)); y, acuerdo en una forma conforme a los usos comerciales (art. 25.1 c)).

19. Ya hemos puesto de manifiesto (*infra* 15) cuando -en virtud de la jurisprudencia del TJUE- se entiende que ha habido *consentimiento* entre las partes: *cuando se prestó a partir de un comportamiento basado en un uso del sector comercial afectado*. Pues bien, esa misma jurisprudencia -recuérdese, sentencia *Castelleti*- interpretó de forma autónoma²⁰ el sentido y alcance de la expresión *usos del comercio internacional*. En su virtud:

“La existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados contratantes. No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica. La impugnación ante los Tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para hacer que pierda su condición de uso”.

¹⁸ Ya en este sentido, con cita de doctrina comparada, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, *cit.*, p. 74.

¹⁹ STJUE, 7.2.2013, *Refcom*, as. C543/10. Para una severa crítica a esta sentencia, *vid.*, M. WELLER, “Keine Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Vertragsketten”, *IPRax*, 2013, pp. 501-505.

²⁰ En palabras del TJUE: “La existencia de un uso no debe determinarse mediante referencia a la Ley de uno de los Estados contratantes” (apdo. 25).

“Las exigencias concretas que engloba el concepto de ‘forma conforme a los usos’ deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales”.

“El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia, sin que la nacionalidad de las mismas tenga repercusión alguna a este respecto. La existencia de dicho conocimiento quedará acreditada, con independencia de toda forma de publicidad específica, cuando en el sector comercial en el que operan las partes se siga de modo general y regular un determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”.

20. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que la interpretación hecha por el TJUE sobre el artículo 23 del Reglamento Bruselas I (art. 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*) se caracteriza por introducir cierta liberalidad en la forma de prestar el consentimiento y, en este sentido, impone un criterio de interpretación mucho menos rígido que el que el legislador ha impuesto ahora por la vía del artículo 468 LNM. Ese criterio es, por lo demás, el que debe aplicarse para todos los supuestos *intraeuropeos*.

2. Del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* al artículo 468 LNM: problemas de aplicación en supuestos *extraeuropeos*

21. Vista la relajación de formas impuesta por el TJUE en interpretación del artículo 23 del Reglamento Bruselas I, podría concluirse que –para el legislador español– tal flexibilidad sólo es válida para las cláusulas de sumisión a tribunales de Estados miembros de la UE. Para las cláusulas de sumisión a los tribunales de terceros Estados, por el contrario, la *negociación separada* de la cláusula se erigiría en un requisito inexcusable. Es decir, en principio, sólo se consideraría válida la cláusula de sumisión a tribunales *extraeuropeos* que hubiera sido negociada *individual y separadamente*.

Sin dejar de ser cierta la conclusión así alcanzada, el principal problema que plantea es el de su relativa eficacia. Y es que, el hecho de que, en principio, las cláusulas de sumisión no negociadas separadamente se consideren inválidas a la luz del ordenamiento jurídico español, no impedirá que se consideren válidas a la luz del ordenamiento jurídico del Estado a cuyos tribunales remiten. De hecho, esto es lo que ocurrirá en la mayoría de los supuestos. Así, por ejemplo, una cláusula de sumisión a los tribunales de EEUU inmersa en un conocimiento de embarque será inválida a la luz del ordenamiento español si no ha sido negociada de forma individual y separada; pero no tiene por qué serlo a la luz del ordenamiento jurídico estadounidense²¹. De tal modo que si en aplicación del ordenamiento jurídico estadounidense la cláusula de sumisión se considera válida, el juez estadounidense entrará a conocer de la controversia. A partir de ese momento, se plantea un escenario procesal incierto, sobre todo para aquella parte que pretenda hacer valer el artículo 468 LNM.

22. En efecto, quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM –es decir, quien pretenda hacer valer la invalidez de la cláusula por falta de negociación individual y separada– podrá: basar su estrategia procesal en una hipotética demanda de *no* reconocimiento de la sentencia extranjera ante los tribunales españoles²²; y/o demandar ante los tribunales españoles si estos fueran competentes en virtud de los foros de competencia previstos en el artículo 469 LNM (en los contratos de utilización de buque, a elección del demandante: tribunal del domicilio del demandado, lugar de celebración de contrato y puerto de carga o descarga; en los contratos auxiliares de la navegación, a elección del demandante: tribunal del domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios).

²¹ La cuestión relativa a la eficacia de una cláusula de sumisión a los tribunales de EEUU ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de aquel país. No obstante, a partir de la última sentencia de la *Supreme Court* sobre el particular (*Atlantic Marine Construction v. US District Court for the Western District of Texas*, 134 S. Ct. 568, 3.12.2013) la eficacia de la misma ha quedado firmemente consolidada. Al respecto *vid.*, F. EICHEL / G. NIEHOFF, “US Supreme Court stärkt Gerichtsstandsvereinbarungen”, *RIW*, 2014, pp. 329-335.

²² Dicha demanda de *no* reconocimiento está expresamente prevista en el artículo 42.2 del *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* (aprobado por Consejo de Ministros del 4.7.2014).

Como a continuación desarrollamos, ninguna de las dos estrategias resuelve problema alguno. Antes al contrario, somete a quien por ellas opte a una espiral de costes de la que no se derivará mayor beneficio. O dicho de otro modo, pese al tenor del artículo 468 LNM, la opción más razonable –en términos de costes y de resultado- pasará por defenderse antes los tribunales designados por la cláusula inserta en el conocimiento de embarque. Y ello, sin perjuicio de que dicha sumisión no se haya realizado en la forma prevista en el citado artículo.

A) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de exequátur

23. Si quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM opta por *no* defenderse ante la jurisdicción señalada y se decanta por hacer valer sus derechos en sede de exequátur (ya sea instando una demanda de *no* reconocimiento, ya sea oponiéndose al mismo), se verá confrontado con el siguiente escenario.

24. A/. Un posible reconocimiento de la sentencia extranjera: El hecho de que el artículo 468 LNM imponga unos criterios de forma tan estrictos –como superados en la práctica internacional- no significa necesariamente que deba denegarse el exequátur de la sentencia dictada por un tribunal extranjero competente en virtud de la cláusula de sumisión. La cuestión dependerá, en gran medida, de la calificación jurídica que merezca el precepto. Así, si se considera que el artículo 468 LNM es una norma imperativa, la denegación del exequátur de la sentencia extranjera podrá ser, en principio, posible (en aplicación de la excepción de *orden público*).

25. En efecto, los motivos de denegación del exequátur están –todavía hoy- regulados en el artículo 954 LEC 1881. No obstante, habiendo sido presentado un *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (Anteproyecto Ley de cooperación)*²³ que pretende derogar aquellos preceptos e instaurar una nueva regulación del exequátur, merece la pena centrarse ahora en los motivos de denegación previstos en el artículo 46 del nuevo texto. En nuestro contexto, dos de los motivos previstos en el citado precepto podrían ser esgrimibles: la *manifiesta* contrariedad de la resolución judicial con el orden público y la falta de una conexión razonable en la competencia del juez de origen.

26. Desde la perspectiva relativa a la validez formal de la cláusula de sumisión inserta en un contrato de los citados (utilización de buque o auxiliar de la navegación), ninguno de los dos motivos señalados parece que deban ser considerados cuando la cláusula no cumpla con los requisitos formales del artículo 468 LNM. Es decir, no me parece que ninguno de los dos motivos señalados deban ser apreciados por el juez en sede de exequátur. Y ello, básicamente, porque -a mi juicio- el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa.

27. Tres motivos justifican esta opinión. El primero reside en el mismo tenor de la norma. Así, si nuestra lectura a *sensu contrario* es correcta (*supra* 4), resultaría que los tribunales españoles sí podrán considerarse competentes aun cuando la cláusula de sumisión no cumpla con los requisitos formales que el precepto exige. En efecto, consecuencia directa de que la norma no haya sido redactada en perspectiva de *reconocimiento* –impidiendo, por ejemplo, el reconocimiento de toda cláusula que no reúna los requisitos en ella establecidos- sino en perspectiva *material* –estableciendo cuáles deben ser los requisitos para que una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros se considere válida- es que su aplicación parece restringirse a los supuestos en que la cláusula designe a un tribunal extranjero; de tal modo que las restricciones formales impuestas en este precepto no serían de aplicación cuando la sumisión fuese hecha a tribunales españoles.

28. Esta interpretación estaría en línea tanto con la norma que con carácter general regula el supuesto de sumisión a tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ) como con la norma que en un futuro próximo regulará el supuesto: el artículo 61 del hoy *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (Antepro-*

²³ *Vid.* nota anterior.

yecto LOPJ)²⁴. En efecto, este precepto, titulado *Sumisión a tribunales españoles*, regula –regulará– con alcance general el supuesto que el artículo 468 LNM no ha querido regular: la sumisión a tribunales españoles.

En virtud del artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ*, las cláusulas de sumisión a tribunales españoles serán formalmente válidas cuando consten por escrito. Además: *podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o de un acuerdo independiente. Se entenderá que media acuerdo por escrito cuando resulte de un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.*

29. Así las cosas, una *bilateralización* del artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ* lleva –llevará– a la inevitable conclusión de considerar válida –en sede de exequátur– una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros cuando la misma haya cumplido con los mismos requisitos formales que exige –exigirá– el artículo 61 del *Anteproyecto LOPJ*. Es decir, difícilmente podrá considerarse *manifestamente* contrario al orden público una norma extranjera –la que otorga competencia a sus tribunales en virtud de una cláusula de sumisión– cuando su tenor sea similar al de la norma española que otorga competencia a los tribunales españoles en virtud de una cláusula de sumisión.

30. El segundo motivo reside en el segundo párrafo del precepto –recuérdese–: *En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.*

De difícil interpretación, el párrafo en cuestión puede entenderse como una suerte de cláusula de escape; es decir, un párrafo en cuya virtud pretende dejarse abierta la posibilidad de considerar válida una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros aun cuando no reúna los requisitos formales que exige el párrafo anterior. Este párrafo trataría, por tanto, de considerar válida una cláusula de sumisión si a la luz de las circunstancias del caso puede concluirse que sí hubo consentimiento de ambas partes. De ahí la expresión: *no evidenciará, por sí sola.*

31. El tercer motivo para no considerar el artículo 468 LNM como una norma imperativa reside tanto en el mismo artículo 23 del Reglamento Bruselas I –artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*– como en la jurisprudencia del TJUE al respecto. Partiendo de la base de que no deja de ser un contrasentido –ajeno a las más elementales exigencias de seguridad jurídica– plantear un marco legal distinto en un ámbito tan internacional como es el del transporte marítimo, no acaba de entenderse que, en el ámbito europeo, las características formales de la cláusula de sumisión tengan que ser unas, y en el ámbito *extraeuropeo* esas características tengan que ser otras. En este sentido, cuesta admitir que el artículo 468 LNM deba considerarse como una norma imperativa cuando su norma homóloga europea –en vigor en España, evidentemente– prevea unos requisitos de forma más relajados.

32. Lo anterior, no obstante, habrá de ser valorado en un futuro por los jueces en sede de exequátur. Ante la incertidumbre que la falta de jurisprudencia genera, cabe plantearse entonces el segundo escenario posible para quien opte por hacer valer el artículo 468 LNM en sede de exequátur. A saber:

33. B/. *Una posible denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera.* Un segundo escenario posible para quien opte por hacer valer el artículo 468 LNM en sede de exequátur pasaría, ahora sí, por ver satisfecha su demanda de no reconocimiento de la sentencia extranjera. Es decir, pasaría porque el juez del exequátur considerase el citado precepto como norma imperativa para, en su virtud, denegar el exequátur.

²⁴ Aprobado por Consejo de Ministros del 4.4.2014.

34. Pues bien, lejos de lo que pudiera pensar quien haga valer el artículo 468 LNM en este contexto, la mera denegación del mismo por incumplimiento de los requisitos formales en él previstos, no hará sino abrirle más frentes procesales. Y es que, el hecho de que se deniegue en España el exequátur de una sentencia extranjera por considerar que la cláusula de sumisión no reúne los estrictos requisitos formales previstos en aquel precepto, no pasará –en perspectiva comparada– más que por considerarse un hecho aislado –casi “exótico”–.

35. En efecto, excepto que algún Estado de nuestro entorno contenga en su derecho interno una norma tan rígida como el artículo 468 LMN, lo más lógico es pensar que en el ámbito de la UE los criterios formales válidos para las cláusulas de sumisión en los contratos de navegación coincidirán con los previstos en el artículo 23 del Reglamento Bruselas I (art. 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*). Si esto es así, la validez formal de dicha cláusula en sede de exequátur se medirá a la luz de los criterios establecidos por el TJUE en su jurisprudencia (*supra* 15 ss.). En consecuencia, siempre podrá instarse el exequátur de la sentencia extranjera ante cualquier Estado –especialmente de la UE– donde el demandado tenga bienes susceptibles de ser ejecutados.

36. De hecho, si finalmente en nuestra jurisprudencia acaba imponiéndose la denegación del exequátur de la sentencia extranjera por infracción del artículo 468 LMN, quien obtenga sentencia favorable en el foro determinado por la cláusula de sumisión acabará también renunciado a solicitar el exequátur de la sentencia ante los tribunales españoles para instarlo –directamente– ante cualquier otro Estado (incluidos los países miembros de la UE) donde pueda ver satisfecha su pretensión. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que, al final, el artículo 468 LMN no aportará ninguna ventaja a quien lo haga valer. Más bien, al contrario; pues le obliga a defender sus derechos en un foro foráneo donde el precepto controvertido no será de aplicación.

B) Eficacia del artículo 468 LNM en sede de competencia judicial internacional

37. Otra estrategia posible, para quien –erróneamente– crea en las bondades del artículo 468 LNM, consistiría en plantear una demanda ante los tribunales españoles (ignorando, por tanto, la cláusula de sumisión y basando la competencia de nuestros tribunales en alguno de los foros previstos en el artículo 469 LNM). Dicha estrategia plantea, a su vez, dos escenarios. Aquel en el que la contraparte *no* ha planteado aún la demanda ante los tribunales designados por la cláusula, y aquel en el que la contraparte *ya* ha planteado la demanda ante los tribunales elegidos por la cláusula. Como puede intuirse, ambos escenarios nos sitúan ante un problema de litispendencia internacional.

38. Partiendo de la base de que en estos supuestos estamos siempre ante supuestos *extraeuropeos* (recuérdese, el artículo 468 LNM no es de aplicación en los supuestos *intraeuropeos* por ser de aplicación en este contexto el Reglamento Bruselas I *refundido* –*supra* 11 ss.–) el problema así planteado debería resolverse –en un futuro previsiblemente próximo– aplicando del artículo 68 (*Litispendencia internacional*) del hoy *Anteproyecto LOPJ*, a cuyo tenor:

Si con anterioridad a la presentación de una demanda ante los Tribunales españoles se hubiera formulado entre las mismas partes, con idéntico objeto y misma causa de pedir, una demanda ante los Tribunales de otro Estado, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, acordará la suspensión del proceso en tanto el Tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera no resuelva la cuestión. La suspensión no alcanzará a las medidas de urgencia que resulten procedentes.

Lo anterior, siempre y cuando el legislador salve a largo de la tramitación parlamentaria la incongruencia que supone incluir un precepto similar –y con el mismo fin– en una Ley distinta. Así, el artículo 39 del *Anteproyecto de Ley de cooperación* (*supra* 25), también titulado *Litispendencia internacional* establece:

1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto.
- b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España, y,
- c) Que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras a la buena administración de Justicia.

Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o concluido o,
- b) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.
- c) Que se considere necesaria la continuación del proceso en aras a la buena administración de justicia.

El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España

3. El órgano jurisdiccional español archivará las actuaciones si el proceso extranjero ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento en España.

39. Sea cual fuere la forma que finalmente adopte el precepto llamado a regular esta cuestión, es lo cierto que ambos sólo regulan –como no puede ser de otro modo- aquel supuesto en el que, quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM, plantea una demanda sobre el fondo en España (a partir de los foros previstos en el artículo 469 LNM) *después* de que la contraparte ya haya planteado la demanda correspondiente ante los tribunales designados en la cláusula de sumisión inserta en el contrato controvertido. Es decir, la norma española no es de aplicación al supuesto en el que la parte que quiera hacer valer el artículo 468 LNM plantee la demanda ante los tribunales españoles *antes* de que la contraparte plantee su demanda ante los tribunales previstos en la cláusula. La litispendencia que, en este último caso, originaría el hecho de que quien quiera hacer valer la cláusula plantee la demanda ante los tribunales designados por la misma, se regirá por la ley procesal del Estado de estos tribunales. Si los tribunales designados en esa cláusula son los tribunales de un Estado miembro de la UE, la litispendencia generada queda regulada por el Reglamento Bruselas I *refundido*. En concreto, por lo previsto en su artículo 29. Artículo que, puesto con en relación con los artículos 25, 26 y 31.2, conduce inexorablemente a que el tribunal español –pese a haber conocido en primer término- deba suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado por la cláusula se pronuncie sobre su competencia. Si este último tribunal se declara competente, el tribunal español deberá abstenerse en favor de aquel (art. 31.3)²⁵.

Si, por el contrario, los tribunales designados en la cláusula son los tribunales de un tercer Estado, la litispendencia generada queda regulada por la ley procesal de este Estado; regulación que, presumiblemente, reconocerá el carácter exclusivo de la cláusula de sumisión.

40. Volviendo entonces al supuesto más controvertido –aquel en el que quien quiera hacer valer el artículo 468 LNM plantea una demanda sobre el fondo en España (a partir de los foros previstos en el artículo 469 LNM) *después* de que la contraparte ya haya planteado la demanda correspondiente ante los tribunales designados en la cláusula-, cabe realizar la siguiente reflexión.

²⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* además, P. FRANZINA, “Lis Pendens Involving a Third Country under the Brussels I-bis Regulation: An Overview”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2014, pp. 23-42.

Para los supuestos *intraeuropeos* –el tribunal designado en la cláusula es el tribunal de un Estado miembro- vale lo anteriormente dicho en aplicación del Reglamento europeo: el tribunal español deberá abstenerse a favor del tribunal designado en la cláusula.

Para los supuestos *extraeuropeos* –el tribunal designado en la cláusula es el tribunal de un Estado no miembro-, el juez español aplicará la norma del ordenamiento español que regule la cuestión. Partiendo de la base de que esa norma será próximamente una norma muy similar al artículo 68 *Anteproyecto LOPJ*, el análisis a realizar sería el siguiente²⁶.

De entrada, debe insistirse en el carácter teleológico que subyace a este tipo de regulación. Y es que, la regulación de este expediente se caracteriza, sobre todo, por proteger al actor inicial o primer demandante²⁷. En nuestro caso, el actor principal es, recordémoslo, el demandante que hizo valer la cláusula ante un tribunal foráneo.

Alegada por esta parte la situación de litispendencia, el juez español puede acordar la suspensión del proceso en tanto el Tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda no resuelva la cuestión. Si, previsiblemente, el juez designado por una cláusula de sumisión que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* se declara competente, el juez español sólo puede acordar la suspensión del procedimiento en España.

A la misma conclusión llegaríamos si la norma que finalmente regula la litispendencia internacional en nuestro ordenamiento jurídico se inspira en el artículo 39 del *Anteproyecto de Ley de cooperación*. En este supuesto, el juez debería comprobar, antes de otorgar la suspensión, que se dan cumulativamente tres circunstancias: (i) que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedece a una conexión razonable –lo que resulta evidente en tanto que la conexión del tribunal extranjero con el litigio deriva de la voluntad de las partes-; (ii) que el órgano jurisdiccional extranjero dictará una resolución susceptible de ser reconocida en España –lo que también es previsible habida cuenta del régimen legal y jurisprudencia favorable al reconocimiento que impera en nuestro país²⁸-; y, (iii) que en aras a la buena administración de Justicia, considere necesaria la suspensión –lo que ocurrirá en la inmensa mayoría de los supuestos, habida cuenta de que la jurisdicción designada por la cláusula suele ser una jurisdicción tan competente como especializada-.

41. Lo anterior conduce inexorablemente a la siguiente conclusión: plantear una demanda ante los tribunales españoles a partir de los foros de competencia previstos en el artículo 469 LNM cuando ya se ha planteado la correspondiente demanda ante los tribunales designados por la cláusula, no resuelve problema alguno.

C) Artículo 468 LNM y responsabilidad civil

42. Lo hasta aquí dicho demuestra bien a las claras las lamentables consecuencias que pueden derivarse de una regulación hecha de espaldas a la realidad internacional; de una regulación difícil –casi imposible- de conciliar con las actuales formas de contratación en el contexto internacional (correos electrónicos...); de una regulación, en fin, que retoma criterios de regulación ampliamente superados a nivel comparado. Pero por si lo dicho no fuera suficiente como para convencer al operador económico de las desventajas que se derivan de la aplicación del artículo 468 LNM, cabe todavía recordar que, plantear una demanda ante un foro distinto del determinado en la cláusula, es motivo suficiente –justifica- una demandada por responsabilidad. Es decir, quien de espaldas a una cláusula de sumisión válida inicie un procedimiento judicial ante un tribunal extranjero, puede ser demandado en el

²⁶ En el momento en que se escriben estas líneas no hay norma en vigor en el ordenamiento jurídico español de fuente interna que regule esta cuestión. La laguna legal existente debería colmarse tomando como referencia, en la medida de lo posible, la regulación europea y la interpretación hecha por el TJUE en este contexto.

²⁷ Sobre el fundamento de la litispendencia internacional, *vid.*, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Thomson, 2007, pp. 362-364.

²⁸ Adviértase, además, que el régimen legal de reconocimiento de sentencias extranjeras que pretende instaurar el hoy *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* es más favorable a ese reconocimiento que el actualmente en vigor. *Cfr.* los artículos 44 y ss. del mismo.

foro designado por la cláusula por violar el acuerdo que ésta supone. Por extravagante que parezca, esta acción es perfectamente posible tanto en España como en otros países extranjeros y se ejerce en consecuencia. Así, nuestro Tribunal Supremo (TS) ha declarado que, presentar una demanda ante un tribunal extranjero en vez de ante el tribunal español designado en la cláusula, constituye un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual²⁹. En términos muy similares se ha expresado recientemente la *Court of Appeal* inglesa³⁰.

D) Artículo 468 LNM y Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro

43. Por fin, no puede dejar de hacerse una brevísima alusión a los efectos que sobre la aplicación de esta norma podrá tener la hipotética entrada en vigor del *Convenio sobre acuerdos de elección de foro, hecho en La Haya el 30 de junio de 2005*³¹. En este contexto, baste ahora con señalar que, en la medida en que el *transporte de mercaderías* es materia excluida de su ámbito de aplicación material (*ex art. 2 f*), una futura entrada en vigor de este instrumento no debería tener mayor influencia sobre el supuesto que ahora estudiamos.

III. Las cláusulas de sumisión a arbitraje: marco legal aplicable

A) El artículo II CNY

44. Ninguno de los escenarios anteriormente descritos debería darse cuando la cuestión verse sobre la eficacia formal de una cláusula de sumisión a arbitraje. Sea cual fuere, además, el lugar que ésta designe como sede del mismo (un lugar en España o un lugar en el extranjero). Y es que, no parece haber tenido en cuenta el legislador a la hora de redactar el artículo 468 LNM que el reconocimiento de la cláusula de sumisión a arbitraje (o convenio arbitral) es una cuestión regulada por un Convenio internacional; Convenio, que además, tiene –en nuestro país– eficacia *erga omnes*. Como a continuación se verá, el hecho de que el legislador no haya tenido en cuenta estas dos circunstancias –materia regulada en un Convenio internacional y carácter *erga omnes* del mismo– hace que la referencia a la cláusula de sumisión a arbitraje en el tenor del artículo 468 LNM sea totalmente redundante.

45. El reconocimiento del convenio arbitral es una cuestión regulada en el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958* (CNY). Es decir, tanto la *existencia* (o consentimiento como condición de eficacia del convenio) como la *forma* del convenio arbitral está regulada en el artículo II CNY³². En tanto que norma convencional es de aplicación prioritaria frente a la norma interna (así lo reconoce, además, el mismo artículo 468 LNM).

En virtud de esta norma:

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

46. Por lo que ahora importa, cabe destacar que el precepto en cuestión fue ampliamente interpretado por nuestro TS cuando tuvo la competencia para conocer del exequátur del laudo arbitral

²⁹ STS de 12.1.2009, RJ 2009\544. Sobre esta sentencia, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “The Spanish Tribunal Supremo grants Damages for breach of Choice-of-Court Agreement”, *IPRax*, 2009, pp. 529-533.

³⁰ *Court of Appeal* (Civil Division), 18.7.2014, [2014 EWCA Civ. 1010]. www.bailii.org

³¹ A este respecto, *vid.* la Propuesta de *Decisión del Consejo relativa a la aprobación en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro*, COM (2014) 46 final, 30.1.2014.

³² Sobre esta cuestión la unanimidad es absoluta. Como últimas referencias, *vid.*, R. WOLFF, “Recognition of Arbitration Agreements”, en: R. WOLFF, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards –Commentary–*, Munich, C. H. Beck, 2012, pp. 85-151; T. LANDAU / S. MOOLLAN, “Article II and the Requirement of Form”, en: E. GAILLARD / D. DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May, 2008, pp. 155-156.

extranjero (antes de la entrada en vigor de la LA 2003). De hecho, una parte muy relevante de su jurisprudencia versó sobre la validez formal del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por *tercero* –*ad ex.* sociedad de mediación-. O dicho de otro modo, la eficacia formal de una cláusula arbitral inserta en un conocimiento de embarque ha sido una cuestión ampliamente interpretada por el TS. Interpretación que, además de seguir vigente (en tanto que referida a una norma en vigor), coincide sustancialmente con la jurisprudencia comparada³³.

47. El punto de partida en este contexto muy similar al punto de partida utilizado por el TJUE en interpretación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*³⁴: el *consentimiento* como condición de eficacia del convenio arbitral (su *existencia*, en definitiva) es una cuestión regulada por el artículo II CNY. A partir de aquí, se ha considerado válido el convenio arbitral inserto en un documento gestionado por tercero cuando ha podido constarse la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes³⁵; cuando ha podido constatarse que la forma de contratar se adecuaba a los usos comerciales del sector afectado³⁶; y, sobre todo, cuando ha podido constatarse que realmente hubo voluntad de las partes en someter la controversia a arbitraje. Por el contrario, se ha considerado que el convenio arbitral era nulo cuando el mediador no pudo demostrar que el documento que contenía el convenio arbitral fue efectivamente enviado a la parte que guardó silencio³⁷; o, cuando a las confirmaciones de venta sin firmar por las partes, no fue acompañada de documento alguno que hiciera prueba de la existencia de algún tipo de contrato que demostrase la existencia de relaciones habituales³⁸.

48. Particular atención merece en este contexto el Auto del TS de 1.4.2003³⁹. Dictado en el marco de un exequátur de un laudo arbitral extranjero, recoge la doctrina de este tribunal en la materia –en interpretación, indirecta si se quiere, del artículo II CNY-. En su virtud: “*en relación con la deducción de la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores, ha entendido que concurría en aquellos supuestos en que por los Consejos de Administración de las empresas mediadoras que intervinieron en la negociación se habían expedido sendas certificaciones en las que manifestaban haber actuado en el negocio jurídico por cuenta de las empresas principales (ATS 24.11.1998); a la vista del propio reconocimiento por la demandada de la intervención del mediador (ATS 29.2.2000); a partir de la existencia de comunicaciones del intermediario tanto al mediador de la solicitante como a la propia demandada, en este caso reforzado por los actos propios de la demandada al comparecer en el procedimiento arbitral (ATS 29.2.2000); de la comunicación realizada por mediador especificando que el fletador aceptaba las condiciones del armador (AS 28.11.2000); de la existencia de comunicaciones entre intermediarios negando la demandada aquellas comunicaciones que le beneficiaban y rechazando las que le perjudicaban (ATS 31.7.2000); de las comunicaciones de los intermediarios con referencia al fletamento de un buque anterior y en el que se aceptó la sumisión a arbitraje (ATS 26.2.2002); a la vista de los actos propios de la demandada al comparecer ante el Tribunal arbitral presentando un fax dirigido a la parte contraria asegurando “arbitraje de su parte”; y, por último, a la vista del dato contenido en los antecedentes de hecho del laudo arbitral,*

³³ Sobre esta jurisprudencia comparada, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53-66.

³⁴ De hecho, la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 23 del Reglamento Bruselas I constituye una referencia válida y perfectamente extrapolable al ámbito del convenio arbitral. Así lo consideró en su momento la *Corte di Cassazione* italiana, quien tomó en consideración una alegación de parte en el sentido de que el artículo II.2 CNY fuera interpretado de acuerdo con las directrices marcadas por el TJUE sobre el alcance del citado precepto. *Corte di Cassazione*, 28.10.1993, núm. 10704, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 631-635.

³⁵ Aunque finalmente no se aceptara la existencia del convenio arbitral, sopesa esta circunstancia el Auto del TS de 29.9.1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299. En aplicación de la nueva LA, expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona, 13.11.2007 (JUR\2008\77240).

³⁶ Expresamente en este sentido, Auto del TS de 18.4.2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268. En aplicación de la nueva LA, también expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona, 13.11.2007 (JUR\2008\77240).

³⁷ Paradigmático, Auto del TS de 16.4.1998, RJ 1998\2919.

³⁸ Auto del TS de 29.9.1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299; muy similar, Auto del TS de 17.2.1998, *RCEA*, 1999, pp. 281-283.

³⁹ RAJ 2003\118425.

en los que se recogía la remisión por las partes a un acuerdo por escrito, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y no negado por las partes (ATS 20.2.2001). Por el contrario se ha entendido que no concurría la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores en los siguientes supuestos: en primer lugar, como consecuencia de la ausencia de firma de la demandada en la confirmación de venta remitida por el mediador (ATS 17.2.1998); en segundo lugar, como consecuencia de la ausencia de un contrato de comisión, mandato, agencia corretaje o similar que determinara relaciones habituales entre la entidad demandada y la mediadora (ATS 29.2.1998), y, en tercer lugar, a la vista de la existencia únicamente del sello de la mediadora, existiendo contradicción entre la documentación aportada y, fundamentalmente, a la vista de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles.”

49. La interpretación así expuesta es la que debe seguir guiando la *existencia* y la *validez formal* de la cláusula arbitral inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de la navegación. La entrada en vigor de la LNM, en tanto que norma interna con rango jerárquicamente inferior al Convenio internacional, en nada debe afectar en este contexto.

50. Ni siquiera una hipotética aplicación del artículo VII CNY (*cláusula de mayor favorabilidad*) permite alcanzar otra solución. En efecto, como es sabido, el citado precepto actúa como una suerte de “pasarela” para, en su virtud, aplicar al reconocimiento del convenio o del laudo arbitral una norma más favorable:

Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

51. Pues bien, en la medida en que el artículo 468 LNM no es una norma que favorezca el reconocimiento del convenio arbitral (antes al contrario, lo entorpece decididamente al imponer unos requisitos formales muy estrictos), aplicar el artículo VII CNY para justificar el *no* reconocimiento de una cláusula de sumisión a arbitraje por no cumplir los requisitos de forma impuesta por la norma interna (art. 468 LNM) no es una opción posible. Ni invocando el adagio *lex posterior derogat anterior*, ni invocando el carácter de *lex specialis* del artículo 468 LNM.

Repárese, en efecto, que la norma convencional sólo permite aplicar el artículo VII CNY cuando la remisión al precepto del ordenamiento interno facilite –que no dificulte– el reconocimiento de la cláusula. Es decir, lo que el artículo VII pretende es que, en su aplicación, se reconozcan cláusulas arbitrales –o laudos arbitrales– que en aplicación estricta del CNY no serían reconocibles. Y no al contrario. Invocar el artículo VII CNY para en su virtud aplicar una norma como el artículo 468 LNM sería tanto como ir contra la misma *ratio* del CNY, cual es favorecer el reconocimiento de cláusulas y laudos arbitrales. En consecuencia, permitir la aplicación del artículo VII CNY para aplicar el artículo 468 LNM sería tanto como incumplir una obligación internacional.

Lo que por el contrario sí está línea con la finalidad del CNY es aplicar el artículo VII CNY –incluso de oficio⁴⁰– para, en su virtud, llegar a la aplicación del artículo 9 LA, pues, como es sabido, esta última norma relaja extraordinariamente los requisitos formales que debe reunir la cláusula arbitral para considerarse válida. Además de la importante referencia que en este sentido se hace en la Exposición de Motivos de la LA⁴¹, la mejor muestra de esta afirmación se encuentra en los párrafos segundo y sexto

⁴⁰ Como así lo hacen, entre otros, los tribunales franceses (como último referente importante *vid. Cour d’appel* de París, 4.12.2002, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 1286-1289, con nota de E. GAILLARD) y los tribunales alemanes: *BGH* (Tribunal Supremo), *Beschl* del 25.9.2003 – III ZB 68/02, *IHR* 6/2003, pp. 298-299.

⁴¹ “La ley refuerza el criterio antiformalista... Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre

del mismo precepto, a cuyo tenor: 2. *Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato.* 6. *Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje su cumplimiento los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.*

52. El razonamiento así expuesto conduce a afirmar que, pese al nuevo artículo 468 LNM, el precepto realmente aplicable para determinar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de utilización de buque o en un contrato auxiliar de la navegación es el artículo 9 LA. En efecto, en la medida en que la regulación del convenio en la nueva LA está inspirada en el principio *favor negotii* y en la medida también en que el mismo artículo V.1 a/ CNY remite al artículo II CNY para determinar la validez formal del convenio arbitral, la interpretación más coherente pasa por aceptar una remisión al artículo 9 LA para determinar la validez formal del mismo. Y ello, aun cuando el artículo V.1 a/ remita expresamente al artículo II CNY⁴². De no aceptarse esta interpretación, podría resultar que en aplicación estricta del artículo V.1. a/ CNY, un laudo dictado al amparo de un convenio arbitral formalmente válido a la luz de la nueva LA, pero inválido a la luz del artículo II CNY, podría *no* ser reconocido en nuestro país. Consecuencia ésta que, a su vez, iría contra el mismo fin del Convenio, cual es el de favorecer el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

53. Lo anterior en nuestro contexto significa lo siguiente: el laudo resultante del arbitraje iniciado en virtud del convenio arbitral contenido en un contrato, por ejemplo, auxiliar de la navegación podrá ser reconocido en más de ciento cincuenta Estados (firmantes del CNY). Muchos de los tribunales de los Estados en los que dicho reconocimiento puede invocarse, aceptan expresamente la validez del convenio arbitral inserto en un contrato de este tipo; es decir, aceptan expresamente la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en documentos gestionados por terceros.

La jurisprudencia del Reino Unido -tan paradigmática como relevante en este contexto- no arroja la menor duda al respecto. Así, en su sentencia *National Navigation v. Endesa*⁴³ la *High Court* estableció, respecto de la validez del convenio arbitral inserto en un conocimiento de embarque, que: “*it is well – established that where a the bill of lading purports to incorporate a charter, but fails to identify its date or other details of the charter concerned, that is not fatal to the incorporation of the charter if it can be otherwise be properly identified*”.

Como puede constatar, se trata de una interpretación muy en línea con la interpretación hecha por el TS español sobre el mismo particular. Pero aún más, pues se trata también de una interpretación expresamente aceptada en otras latitudes⁴⁴.

B) Del artículo II CNY al artículo 468 LNM: problemas de aplicación

54. El marco anteriormente descrito como hipotética estrategia de defensa ante una demandada presentada ante los tribunales del Estado designado por la cláusula de sumisión (*supra* 23 ss.) puede plantearse también en el ámbito del convenio arbitral. Es decir, quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM para invalidar la eficacia de un convenio arbitral -válido en aplicación del artículo II CNY- podrá, o bien instar el no reconocimiento del laudo, o bien plantear una demanda ante los tribunales españoles (*ex art.* 469 LNM).

la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”, (Exposición de Motivos de la LA).

⁴² También en este sentido, *OLG Rostock, Beschlub* del 22.11.2001, *IPRspr.* 2001 Nr. 206; *IPRax*, 2002, pp. 401-405 (con nota de S. KRÖLL, pp. 384-388).

⁴³ *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, 1.4.2009, *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). www.bailii.org

⁴⁴ También es el criterio jurisprudencial aceptado en Australia. En este sentido, *vid.* N. GASKELL, “Australian recognition and enforcement of foreign charter party arbitration clauses”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2014] LM-CLQ, Mayo 2014, pp. 174-182.

55. La solución que técnicamente debe darse a este supuesto en nada varía respecto de la solución anteriormente alcanzada: se trata, a todas luces, de un ejercicio estéril. En efecto, partiendo de la base de que –a mi juicio– el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa (*supra* 26 ss.), el reconocimiento del laudo no podrá denegarse por este motivo. O dicho de otro modo, la aplicación de la cláusula de *orden público* (artículo V CNY) no procede en este contexto. Y si, por el contrario, los jueces españoles consideran que sí procede dicha calificación y, en consecuencia, deniegan el exequátur del laudo, cabe recordar que el exequátur del mismo podrá instarse ante cualquier otra jurisdicción que acepte la validez del convenio arbitral no negociado separadamente.

56. Por fin, plantear una demanda ante los tribunales españoles, ya sea antes o después de que se inicie el arbitraje previsto en el convenio, tampoco resuelve problema alguno. En estos supuestos, los árbitros se amparan en el principio universalmente aceptado de *Kompetenz-kompetenz* para, en su virtud, iniciar o proseguir un arbitraje por más que una de las partes haya –o vaya a– desistir del mismo para personarse ante la jurisdicción.

C) Artículo II CNY y responsabilidad civil

57. Del mismo modo que ocurre en el ámbito de las cláusulas de sumisión a tribunales (*supra* 42), plantear una demanda ante un foro distinto al arbitraje convenido por medio del convenio, justifica una demanda de responsabilidad. De tal modo que, si alguna de las partes –en aplicación del artículo 468 LNM– decide ignorar la vía arbitral acordada por medio del convenio y plantear la correspondiente demanda ante los tribunales españoles (*ex art.* 469 LNM), se expone a ser demandado –ante el o los tribunales que puedan ser competentes– por violar el acuerdo que el convenio arbitral supone.

IV. Conclusiones

58. De todo lo expuesto en las anteriores líneas, pueden extractarse las siguientes conclusiones:

1. El artículo 468 de la nueva LNM impone dos requisitos de validez específicos tanto para la cláusula de sumisión a tribunales extranjeros como para la cláusula arbitral que prevea un arbitraje en el extranjero. Dichos requisitos se concretan en una negociación *individual y separada* de las mismas. De este modo, el legislador hace prevalecer el principio de seguridad jurídica frente al principio de *favor negotii*, cuando la realidad –legal y jurisprudencial– comparada se caracteriza por buscar un equilibrio entre ambos. Es decir, el nuevo precepto se desmarca de las corrientes legales y jurisprudenciales ya consolidadas.
2. La redacción del precepto es desafortunada, pues debería haberse planteado desde la perspectiva del reconocimiento; esto es, estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España.
3. Las cláusulas de sumisión a tribunales españoles o las cláusulas arbitrales que prevean un arbitraje en España no deben reunir los requisitos de validez citados en el artículo 468 LNM.
4. No obstante la voluntad del legislador de restringir la validez de estas cláusulas, los efectos de la nueva regulación serán muy limitados. Tanto en el ámbito de las cláusulas de sumisión a tribunales como en el ámbito de los convenios arbitrales.
Para determinar la eficacia del nuevo precepto respecto de las cláusulas de sumisión a tribunales, deben distinguirse dos escenarios: el escenario *intraeuropeo* y el escenario *extraeuropeo*.
5. En este sentido, el artículo 468 LNM no será de aplicación cuando la cláusula de sumisión inserta en un contrato de utilización de buque o un contrato auxiliar de la navegación remita a los tribunales de un Estado miembro (escenario *intraeuropeo*). Ello es así porque el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* se aplica a toda cláusula de sumisión inserta en uno de los contratos citados. En efecto, en virtud de este precepto y de la jurisprudencia dictada por el TJUE en su interpretación, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia

o existencia de la cláusula- es una cuestión regulada por el mismo precepto. A diferencia de otras cuestiones –como la capacidad, representación o vicios del consentimiento- que quedan reguladas por remisión al ordenamiento del Estado cuyos tribunales son designados en la cláusula. En consecuencia, en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido* no es posible limitar –como hace el artículo 468 LNM- el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia de la cláusula- cuando la misma sea formalmente válida conforme a unos usos comerciales ampliamente conocidos y que el tercero debiera conocer.

6. La posible aplicación del artículo 468 LNM a los supuestos *extraeuropeos* no aporta ventaja alguna para el operador económico. Antes al contrario, le aboca a un escenario procesal mucho más complejo y costoso. Así, en tanto que el artículo 468 LNM no debe calificarse como una norma imperativa, el exequátur de la sentencia dictada por el tribunal designado por la cláusula debería ser reconocida en España. En cualquier caso, el reconocimiento de la sentencia dictada por un tribunal competente sería posible en cualquier otro Estado.
7. En el ámbito del arbitraje comercial internacional, el artículo 468 LNM no puede ser de aplicación. Ello es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral- es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del artículo VII CNY, para reconocer un convenio arbitral puede aplicarse el artículo 9 LA, pero no el artículo 468 LNM.

MEDIACIÓN Y SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: VENTAJAS E INCONVENIENTES

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 18.07.2014 / Aceptado: 23.07.2014

Resumen: El «secuestro internacional de menores» se ha convertido en un fenómeno social globalizado. Desde hace décadas diversas organizaciones internacionales y regionales vienen prestando un especial interés en atajar dicho problema, no solo elaborando instrumentos internacionales sino fomentando también el recurso a un concreto ADR: la mediación, como mecanismo idóneo para solventar este tipo de conflictos familiares internacionales. En este contexto, en que ante todo ha de primar la protección del «interés superior del menor», destaca el papel desempeñado por la Conferencia de La Haya y los importantes avances que dicho organismo, junto con el esfuerzo de otras organizaciones estatales no gubernamentales, está alcanzado en la configuración de la mediación familiar internacional como complemento idóneo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

Palabras clave: menores, secuestro internacional, Conferencia de La Haya, ADR, mediación, Convenio de La Haya 1980, ODR.

Abstract: The “International Child Abduction” has become a global social phenomenon. Some time ago various international and regional organizations have been providing a special interest in tackling this problem, not only developing international conventions but also promoting recourse to a particular ADR: mediation, as a suitable mechanism to solve this type of international family disputes. In this context, in which first of all must prioritize the protection of the “best interests of the child”, highlights the role of the The Hague Conference and the significant progress that body, together with the efforts of other state NGOs is reached in shaping international family mediation as an ideal complement to the Hague Convention of 25 October 1980.

Key Words: minors, international child abduction, Hague Conference, ADR, Hague Convention 1980, ODR.

Sumario: I. Introducción. II. Secuestro internacional de menores. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. III. La mediación familiar internacional. 1. Aspectos generales. 2. El fomento de la mediación internacional en Europa: la UE y el Consejo de Europa. 3. La Conferencia de La Haya y la mediación familiar internacional. IV. La mediación en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. V. Los «ODR» (Online Disputes Resolution) en los casos de secuestro internacional de menores. 1. Los «ODR»: Aspectos generales. 2. La mediación online en los casos de secuestro internacional de menores. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El «secuestro internacional de menores» se ha convertido, a día de hoy, en un problema social globalizado¹. Los factores que han contribuido a la proliferación de tal fenómeno, conocido ya desde los años sesenta, son de diversa índole: la mejora de los medios de comunicación, la mayor movilidad de las personas que se desplazan de un Estado a otro por razones familiares, laborales, e incluso académicas, los movimientos migratorios, e incluso en ciertos casos, la supresión del control de fronteras. A todo ello hay que unir el incremento de parejas mixtas, casadas o no, en las que cada uno de los miembros de la relación ostenta una nacionalidad distinta y, en la mayor parte de las ocasiones, proceden de diferentes culturas².

2. El «caso tipo» de secuestro internacional de menores, «*Child Abduction*» o «*enlèvement d'enfant*» tiene lugar cuando tras el divorcio de un matrimonio mixto o la crisis de una pareja mixta, uno de los progenitores, normalmente aquél que ejerce el derecho de visita, sustrae consigo al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener la custodia para legalizar el secuestro, razón por la que este fenómeno se denomina también «*Legal Kidnapping*» o secuestro «legal» de menores³. En cualquier caso, existen otras modalidades de sustracción internacional de menores. También se produce cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, impidiendo así que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Y también cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho⁴.

3. En el epicentro del problema se encuentra el menor, digno de toda protección y que, sin embargo, ha sido trasladado de forma ilícita por uno de sus progenitores desde el lugar donde residía

¹ En España, los datos son muy significativos: de 2008 a 2013 se han denunciado 1.116 casos, casi los mismos que en toda la década anterior. En lo que va de año, al menos 112 niños han sido secuestrados por uno de sus progenitores. Hasta mediados de junio, nuestro país ha reclamado a otros Estados la devolución de 71 niños, mientras que España ha sido requerida en 41 casos de niños traídos aquí desde el extranjero. Vid.: <http://www.20minutos.es/noticia/1847011/0/ninos-raptados-progenitores/secuestro-parental-internacional/datos-2013/>.

² Sobre el secuestro internacional de menores existe una abundante bibliografía. Vid., ad ex.: M^a D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Secuestro internacional de menores («*legal kidnapping*») y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *RPJ*, 1986-4, pp. 9-32; *Id.*, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE: supresión del exequatur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, n^o 7578, de 28 de febrero de 2011; C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, 2010; A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUÍZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, 2004; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (coord.), *El discurso civilizador del Derecho internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, 2011; *Id.*, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en M^a D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, pp. 33-50, esp. pp. 33-34; *Id.*, “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14^a ed., Granada, 2013, pp. 387-477, esp. pp. 449-477; R. ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita d de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007; H. FULCHIRON/C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005; F. FULCHIRON (dir.), *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Paris, 2005; S. GARCÍA CANO, “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor. (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)”, en M^a D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, pp. 9-29, esp. pp. 9-11; C. GONZÁLEZ BEILFUSS/M. NAVARRO MICHEL, “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil”, *RJC*, 2010-3, pp. 805-834; M. HERRANZ BALLESTEROS, “New Perspectives in Spanish Legal Practice on the Exercise of Rights of Acces across International Borders”, *YPIL*, vol. IX, 2007, pp. 387-398; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia sustracción internacional de menores*, Madrid, 2008; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid, 2009, pp. 499-542; P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar; Un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008; P.-P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, n^o 7066, de 28 de noviembre de 2008.

³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, *op. cit.*, pp. 449-450.

⁴ En la actualidad, el «*modelo clásico*» de secuestro internacional de menores ha cambiado de forma radical: más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. En el pasado, la inmensa mayoría de los secuestradores eran hombres que ejercían el derecho de visita.

habitualmente hacia otro país. Por tanto, ante un supuesto de secuestro internacional de menores, en cualquiera de sus modalidades, urge la restitución inmediata del niño al *statu quo* anterior al traslado o a la retención.

4. El tema del desplazamiento ilícito de menores ha sido objeto de atención y de regulación en diversos foros internacionales, tales como: la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos (OEA). Cada uno de estos organismos ha elaborado instrumentos internacionales multilaterales, que desde ópticas diferentes, tratan de atajar el problema. Así, y respectivamente cabe mencionar: a) el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁵; b) el Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia⁶; c) el Reglamento (CE) 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 (en adelante, Reg. 2201/2003)⁷ y; d) la Convención Interamericana, de 15 de junio de 1989, sobre restitución de menores⁸.

5. De todos ellos, el instrumento internacional de mayor incidencia práctica es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya de 1980). Ello se debe fundamentalmente a las siguientes razones: a) el gran número de Estados que forman parte del mismo⁹; b) su «*carácter fáctico*»: no ofrece una regulación de las cuestiones de fondo, sino que establece una cooperación internacional entre autoridades administrativas y judiciales de los Estados contratantes y; c) su principal objetivo es facilitar el retorno del menor desplazado, tratando de proteger ante todo el interés superior del niño¹⁰.

6. La atención prestada por parte de los organismos internacionales anteriormente mencionados a la regulación de la protección internacional de menores en general, y al problema del secuestro

⁵ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989 y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

⁶ BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁷ DO núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁸ España no es parte de esta Convención. Actualmente, han ratificado la misma: Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Para mayor información sobre esta Convención, *vid.*: <http://www.oas.org>.

⁹ Son parte del Convenio de La Haya de 1980, noventa y dos Estados. *Vid.* sitio web de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net> (última consulta, el 18 de julio de 2014).

¹⁰ Sobre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, *vid.*, entre otros: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; la práctica española”, *Direito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2005, vol. 14, 2, pp. 255-273; A. E. ANTON, “The Hague Convention on international Chile Abduction”; *ICLQ*, 1981, pp. 537-567; P. R. BEAUMONT/P. E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Chile Abduction*, Oxford, 1999; M. BOGDAN, “Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the Civil Aspects of international Chile Abduction” en J. FORNER DELAYGUA/G. GONZÁLEZ BEILFUSS/R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013, pp. 213-224; G. CARELLA, “La Convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minore”, *RDIPP*, 1994, pp. 777-794; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, en M^a D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional...*, *op. cit.*, pp. 33-50; *Id.*, “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14^a ed., Granada, 2013, pp. 387-477, esp. pp. 454-477; B. DESCHENAUX, “La Convention de La Haye sur les aspects civils de l’enlèvement international des enfants, du 25 octobre 1980”, *ASDI*, 1981, pp. 119-128; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, 2002; R. LAPIEDRA ALCAMÍ, “La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, 2008, pp. 189-218; A. SHAPIRA, “Private International Law Aspects of Chile Kidnapping Cases”, *RCADI*, 1989-II, t. 214, pp. 127-250; R. SCHUZ, “The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law”, *ICLQ*, 1995, pp. 771-803; S. TONOLO, “La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell’Aja del 1980 a confronto”, *RDIPP*, 2011, pp. 81-100.

internacional de menores en particular, ha ido acompañada del interés suscitado por la mediación como mecanismo alternativo a la resolución de litigios. Los instrumentos internacionales, más recientes, que tienen por objeto la regulación de esta materia contemplan la mediación como un instrumento llamado a desempeñar una importante función en este ámbito. Si bien, como se verá más adelante, ha sido la Conferencia de La Haya, el organismo que hasta este momento ha venido desarrollando en los últimos años un encomiable esfuerzo y trabajo en la configuración de la *mediación familiar internacional* y, en concreto, en el papel de la mediación ante los casos de secuestro internacional de menores en el ámbito del Convenio de La Haya 1980¹¹.

7. Con este telón de fondo, en las páginas que siguen se tratará de analizar en primer lugar, el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 ante el secuestro internacional de menores, para pasar seguidamente a exponer de un lado, cómo queda configurada la mediación en el ámbito de dicho texto convencional y de otro, la importante función que está llamada a desempeñar la *mediación online* en este concreto sector de las relaciones familiares internacionales.

II. Secuestro internacional de menores. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

8. El principal rasgo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es su *carácter fáctico*. Esto significa que no se trata de un Convenio sobre Derecho aplicable a los derechos de guarda y visita, ni a la atribución o privación de la patria potestad o de forma más amplia, a la responsabilidad parental. Tampoco contiene normas de competencia judicial internacional sobre estas cuestiones, ni de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en estas materias.

9. El Convenio de La Haya sólo establece una estructura de cooperación internacional de autoridades administrativas y judiciales así como una acción directa para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual. Como consecuencia de lo anterior, el Convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente el menor de un país a otro, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio (art. 16).

10. El carácter *sui generis* que presenta el Convenio de La Haya se justifica por los propios objetivos que persigue el citado texto convencional, esto es: 1º) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita y; 2º) velar por el cumplimiento de los derechos de custodia y de visita establecidos en el Estado de origen del menor (art. 1). Supeditar la importancia de un objetivo a otro carecería de sentido porque si bien es cierto que la consecución de este último, depende de las concretas medidas que cada Estado contratante pueda adoptar, –cuestión esta no desarrollada por

¹¹ Así, por ejemplo, la Convención europea sobre el ejercicio de los Derechos del niño, de 25 de enero de 1996 dispone en su art. 13: “*In order to prevent or resolve disputes or to avoid proceedings before a judicial authority affecting children, Parties shall encourage the provision of mediation or other processes to resolve disputes and the use of such processes to reach agreement in appropriate cases to be determined by Parties*” (Vid. Texto de dicha convención en: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun>). De igual forma, se contempla la mediación como mecanismo alternativo de regulación de conflictos en el art. 55 e) del Reg. (CE) 2201/2003, en sede de responsabilidad parental. Por su parte, la Conferencia de La Haya acoge expresamente la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos en su más recientes Convenios sobre Derecho de familia, entre ellos: a) Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 31 b) ; b) Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre Protección Internacional de Adultos (art. 31); c) Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (art. 6 (2) d) y art. 34 (2) i). El texto de todos estos Convenios puede consultarse en la página oficial de La Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>.

el Convenio-, no lo es menos que el primero, opera como un mecanismo preventivo para la consecución del segundo. En cualquier caso, ambos objetivos se funden en una misma finalidad: *salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores*¹². Algo que explica que el Convenio de La Haya se centre principalmente en la regulación de los mecanismos que hagan posible la restitución del menor. En este sentido, y de un tiempo a esta parte, se ha venido afirmando que el Convenio de La Haya atajaba el problema de la sustracción internacional de menores mediante la adopción de medidas *ex post*. Y efectivamente, así era. Pero, indudablemente y como se verá más adelante, esta visión ha cambiado radicalmente en las últimas décadas como consecuencia del fomento de la mediación en el propio contexto del Convenio de La Haya de 1980.

11. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 no presenta carácter universal, es *un Convenio inter partes*, y ello es así, entre otras razones, debido a su carácter fáctico. Para que el Convenio de La Haya resulte aplicable es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos.

- a) *Requisitos subjetivos*: El Convenio se aplica a los menores de 16 años con residencia habitual en un Estado contratante en el momento de su sustracción ilegal, con independencia de la nacionalidad y de la filiación del menor (art. 4).
- b) *Estado al que es trasladado el menor*: El Convenio sólo se aplica si el menor de 16 años tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a otro Estado parte en el que dicho menor no tiene dicha residencia habitual.
- c) *El traslado debe ser ilícito*: Según el art. 3, el traslado o retención del menor se consideran ilícitos cuando infringen el derecho de custodia atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, siempre que la custodia se ejerza «efectivamente». Ese derecho de custodia puede venir atribuido: a) por el Derecho del Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado o retención; b) por una decisión judicial o administrativa recaída en el Estado de origen, dictada por los jueces de este país o por los tribunales de terceros Estados reconocida o no en el país de residencia habitual del menor; c) por un acuerdo que tenga efecto legal en el Estado de origen y concluido entre los padres del menor.
- d) *Debe haberse infringido un derecho de custodia*. El Convenio de La Haya persigue el restablecimiento del derecho de custodia. Éste comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (art. 5). Para restablecer este derecho de custodia, el Convenio prevé la «acción directa de retorno del menor».

12. El funcionamiento del Convenio descansa sobre las siguientes reglas básicas:

- a) *Establecimiento de un órgano de enlace entre los Estados: las Autoridades Centrales*. Cada Estado contratante designa sus Autoridades Centrales (art. 6) Éstas se encargan de localizar a los menores en los Estados partes, de garantizar su devolución al Estado de origen o de la «organización efectiva» del derecho de visita. Para ello, puede colaborar con otras Autoridades Centrales, suministrar información sobre la situación del menor, abrir un procedimiento administrativo o judicial para asegurar su restitución o garantizar el derecho de visita así como facilitar una solución amigable (art. 7)¹³.

¹² Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, pp. 4 y 5. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>).

¹³ En España, la Autoridad Central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, órgano dependiente del Ministerio de Justicia. Vid. A BORRÁS RODRÍGUEZ, “El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España” *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 63-79; E. PIAS GARCÍA, “Funcionamiento de la Autoridad Central española en la aplicación de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores”, en M^o D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional...*, *op. cit.*, pp. 73-87.

- b) *Solicitud de repatriación del menor.* Toda persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. Tal solicitud debe contener indicaciones sobre la identidad de todas las partes afectadas, los motivos que llevan a reclamar el retorno del menor y las informaciones disponibles sobre el lugar de residencia de éste (art. 8).
- c) *Cooperación entre Autoridades Centrales.* Si la Autoridad Central que recibe la solicitud tiene razones para pensar que el menor se encuentra en otro Estado contratante, ha de transmitir la demanda directamente y sin demora a la Autoridad Central de dicho Estado parte e informar a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al demandante (art. 9).
- d) *Acción directa de restitución del menor.* La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor tiene la obligación de adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor (Art. 10). En caso de que no se consiga, el Convenio crea una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor. Aunque las cuestiones procedimentales quedan al margen de la regulación convencional, -cuestión esta que compete a los Estados contratantes-, se establecen unas directrices básicas que han regir el procedimiento: a') las autoridades judiciales o administrativas deben de actuar con *urgencia* y; b') deben adoptar una decisión en el *plazo de seis semanas* a partir de la fecha de iniciación del proceso (art. 11)¹⁴.

13. La acción de restitución internacional del menor prevista por el Convenio no tiene por objeto decidir sobre quién debe tener la custodia del mismo sino si el menor debe ser o no restituido. En este sentido, el Convenio establece ciertas causas para denegar el retorno del menor. A tal efecto, deben distinguirse dos supuestos que giran en torno al tiempo transcurrido desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del mismo:

14. a) Menos de un año desde el traslado. En este caso, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la restitución inmediata del menor (art. 12). Sin embargo, existen ciertas causas que permiten no ordenar dicha restitución. Tales causas son las siguientes: 1ª) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor (art. 13. párr. 1 a); 2ª) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13. párr. 1. b); 3ª) Menor que se opone a su restitución (art. 13. párr. 2); 4ª) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20).

15. b) Más de un año. Si ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (Art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12.2)¹⁵.

¹⁴ Los aspectos procesales para la restitución del menor quedan al margen del Convenio de La Haya de 1980. Corresponde a cada uno de los Estados parte del Convenio la regulación de los mismos. En España, se destinan a tal fin los arts. 1.901-1909 LEC 1881, redactados por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Conviene tener en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria persigue entre otros objetivos actualizar el procedimiento existente para el retorno de menores en casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Con tal fin, se modifica el art. 525. 1 LEC 2000 (Disp. Final Tercera. Tres) y se introducen en la LEC 2000, tres arts. nuevos: art. 778 bis, art. 778 ter y art. 778 quarter (Disp. Final Tercera. Ocho a Diez). El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria puede consultarse en: <http://www.mjusticia.gob.es>.

¹⁵ Sobre las causas de denegación de restitución del menor en el Convenio de La Haya, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "Protección de menores", *op. cit.*, pp. 460-477.

III. La mediación familiar internacional

1. Aspectos generales

16. La mediación como mecanismo alternativo de la resolución de conflictos presenta diversas ventajas: a) permite reducir el trabajo de los órganos jurisdiccionales; b) favorece la resolución de conflictos de forma más económica y rápida y; c) en el ámbito del Derecho de familia, puede llegar a ser más satisfactoria para las partes desde un punto de vista personal, en tanto que favorece la conservación de las relaciones familiares.

17. Estas ventajas adquieren un valor añadido ante la complejidad de los problemas que suscitan los conflictos derivados de las relaciones familiares internacionales. Normalmente, se trata de resolver controversias derivadas de la ruptura o la separación de una pareja mixta, cuyos miembros viven en Estados diferentes, en algunos casos, no comparten las mismas creencias religiosas y, además, tienen hijos en común. En este tipo de litigios, los procedimientos judiciales suelen ser más costosos, más lentos y la complejidad de los problemas jurídicos mayor. En estos casos, subyacen con relativa frecuencia «*conflictos de civilizaciones*», de difícil solución por parte de los tribunales nacionales. En este contexto, la mediación aparece como un mecanismo idóneo de resolución de conflictos. En la mediación, un tercero imparcial, neutral y cualificado ayuda a las partes a restablecer la comunicación y a encontrar por ellas mismas los acuerdos que tengan en cuenta las necesidades de cada uno y en especial aquéllas de los hijos¹⁶. Este mecanismo, dada su flexibilidad, permite además a las personas en conflicto centrarse en aquellas cuestiones que realmente consideran importantes para llegar a un acuerdo y que, en la mayoría de las ocasiones, no pueden ser tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales, -tales como, el idioma que han de aprender los menores o la religión que han de profesar los mismos-. En los casos de secuestro internacional de menores, la mediación está llamada a desempeñar un importante papel: ayudar a los progenitores a alcanzar un acuerdo respecto a la restitución inmediata del menor al Estado donde residía habitualmente antes de producirse el traslado ilícito o retención, así como crear un ambiente proclive a la toma de decisiones amistosas en torno a la responsabilidad parental del niño¹⁷.

18. Todo ello explica que en las últimas décadas se haya venido fomentando por parte de diversas organizaciones internacionales y regionales la utilización de la mediación familiar internacional, especialmente en el ámbito del secuestro internacional de menores.

2. El fomento de la mediación familiar internacional en Europa: la UE y el Consejo de Europa

19. El primer impulso otorgado por parte de la UE a la utilización de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones familiares internacionales,

¹⁶ Vid. G. PALAO MORENO, “Mediación y Derecho internacional privado”, en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ/M. DOLORES ADAM MUÑOZ/NOÉ CORNAGO PRIETO (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 649-674, esp. pp. 650-654; ID., “La Mediación Familiar Internacional”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, 2003, pp. 61-88, esp. 69-72.

¹⁷ Sobre la mediación en los casos de secuestro internacional de menores, vid.: C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, www.riedpa.com, 2011-1; F. CALVO BABÍO, “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en M. GONZALO QUIROGA (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006, pp. 165-178; A. DEVERS, “Comment développer les solutions amiables?”, en H. FUCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, pp. 436-448; D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, Ramonville Saint-Agne, 2007; ID., “La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers?”, en H. FUCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruselas, 2004, pp. 325-335; F. MONEGER, “La médiation dans le cadre des enlèvements d'enfants”, en H. FUCHIRON (dir.), *Les enlèvements d'enfant à travers les frontières*, Bruselas, 2004, pp. 317-322; P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “EL empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA/J.-J. FORNER DELAYGUA (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niños*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, pp. 367-384.

hay que situarlo en la Cumbre de Viena de diciembre de 1998, donde fue adoptado el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁸.

20. Pocos meses antes se había adoptado en el seno del Consejo de Europa la novedosa e importante Recomendación nº R (98)/1 del Comité de Ministros, de 21 de enero de 1998 sobre la mediación familiar cuyo principal objetivo era establecer un marco común sobre la mediación familiar para todos los Estados miembros¹⁹.

21. En octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se vuelve a plasmar la posibilidad de comenzar a utilizar métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE. En consecuencia, se elaboró el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*, iniciándose con ello una auténtica política comunitaria de fomento de los ADR, en especial de la mediación²⁰. Fruto de todo ello fue la promulgación de la Directiva 2008/52/CE, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹.

22. Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, la actuación más significativa de la UE en orden a impulsar la mediación familiar fue la inclusión de la misma en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 el 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000²². El art. 55 e) Reg. (CE) 2201/2003 contempla la utilización de la mediación en los casos de secuestro internacional de menores, supuestos estos en los que la mediación familiar resulta un mecanismo especialmente útil, como se verá más adelante²³.

¹⁸ En el apartado 41 b) del mencionado Plan de Acción se disponía la conveniencia de estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los conflictos, especialmente en los supuestos de “conflictos internacionales”. *Vid. DOCE C19*, e 23 de enero de 1999.

¹⁹ El texto de dicha Recomendación puede consultarse en la página *web* del Consejo de Europa (<http://www.coe.int>).

²⁰ Documento COM (2002) 196 final.

²¹ *Vid.* M^a P. DIAGO DIAGO, “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, pp. 265-298; A. YBARRA BORES, “Mediación familiar internacional y Unión Europea: últimos avances”, en M. DI FILIPO/B. CAMPUZANO DÍAZ/A. RODRÍGUEZ BENOT/ M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, pp.223-236.

²² Según el Considerando 25, Reg. (CE) 2201/2003: “*La autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental. Con este fin las autoridades centrales deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*”. Por su parte, el art. 55 e) dispone que: “*A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de daos personales para: (...) e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

²³ *Vid.* C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, 2010; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en M^a D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, 2004, pp. 89-114; r. espinosa calabui, *Custodia y vista de menores en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, 2007; M. HERRANZ BALLESTEROS, “International Child Abduction in the European Union: the Solutions Incorporated by the Council Regulation”, *Revue Général d l’Université d’Ottawa.*, nº 34, 2004, pp. 354-355; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008; P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores”, en E. LLAMAS POMBO (coord), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Madrid, 2009, pp.499-542; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores en el Reglamento 2201/2003”, en A. QUINONES ESCÁMEZ/P. ORTUÑO MUÑOZ/F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales protección del menor en el marco europeo. (Jornadas de cooperación Europea, celebradas en Madrid, los días 25, 26 y 27 de octubre 2004)*, 2005, pp. 103 y ss; *Id.*, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003”, *InDret*, noviembre 2004, nº 250.

23. Un año antes, el Consejo de Europa adoptaba una importante Resolución en este ámbito: la Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002 en la que se promovía la mediación como medio de prevenir el secuestro internacional de menores y como medio para resolver los conflictos familiares²⁴.

3. La Conferencia de La Haya y la mediación familiar internacional

24. El trabajo de la Conferencia de La Haya en las últimas décadas refleja la creciente importancia de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el marco del Derecho de familia internacional. Los Convenios de La Haya más recientes contemplan la mediación y procedimientos análogos como medio de alcanzar soluciones adecuadas a los conflictos familiares transfronterizos. El primer instrumento internacional que se refirió a los métodos alternativos de solución de conflictos fue precisamente: el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Posteriormente, se han adoptado otros Convenios en el ámbito del Derecho de familia internacional que hacen referencia expresa a la mediación: a) Convenio de La Haya; de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 31 b); b) Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos (art. 31) y; c) Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (art. 6.2. d) y art. 34.2. i)²⁵.

25. No obstante, la Conferencia de La Haya ha centrado principalmente su trabajo en la mediación en casos de sustracción internacional de menores en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. A fin de reforzar dicho instrumento internacional, se han puesto en marcha en los últimos años interesantes iniciativas tanto por parte de la Conferencia de La Haya como de organizaciones no gubernamentales.

26. La Conferencia de La Haya consciente de la necesidad de mejorar la mediación en este ámbito, ha intensificado sus trabajos en los últimos años. En 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de la Haya de 1980²⁶. Al año siguiente, se realizó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, cuyo objeto era analizar futuras líneas de trabajo en este ámbito, entre ellas: *el posible desarrollo de un instrumento internacional en la materia*²⁷.

27. En abril de 2008 se acordó elaborar una Guía de Buenas Prácticas en materia de Mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. Los trabajos comenzaron en 2009. La Guía se aprobó en 2011 y se publicó al año siguiente²⁸.

²⁴ Vid. Punto 5. II y punto 7 de la Resolución mencionada. El texto puede ser consultado en: <http://assembly.coe.int>.

²⁵ Vid. P. DIAGO DIAGO, "Aproximación a la mediación...", *loc. cit.*, pp. 268-269; D. GANACIA, *La médiation familiale...*, *op. cit.* pp. 80-83; D. NGABONZIZA, "La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle des Conventions de La Haye"; en S. DETRICK/P. VLAARDINGERBROEK, *Globalization of Child Law. The role of the Hague Convention*, The Hague/Boston/London, 1999, pp. 65-75.

²⁶ Vid. S. VIGERS, *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980*, Documento Preliminar N° 5 de octubre de 2006, a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 30 de octubre-9 de noviembre de 2006). Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.

²⁷ Vid. Conclusiones de la Comisión Especial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia en: <http://www.hcch.net>, ("Trabajo en curso" y "Asuntos Generales"; Recomendación n° 3). Vid., de igual forma: *Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia*, elaborado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 20 de marzo de 2007 y que fue presentado al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en abril de 2007 en: <http://www.hcch.net>, ("Trabajo en curso", "Asuntos Generales").

²⁸ Vid. HCCH, *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, La Haya, 2012. (Texto disponible en: <http://www.hcch.net>). Esta Guía es la quinta desarrollada en sustento del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980. Las cuatro

28. De igual forma, debe prestarse especial atención a la actividad que la Conferencia de La Haya viene desarrollando en los últimos años, a efectos de promoción de la mediación y del desarrollo de estructuras de mediación en conflictos familiares transfronterizos en el *Proceso de Malta*. Este proyecto tiene por objeto promover el diálogo entre las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 y los Estados no parte en el mismo, cuyas leyes además, se basan en el Derecho islámico (*Shariah*) o están influenciadas por éste. El Proceso de Malta se dirige, por tanto, a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, visitas y sustracción de menores especialmente difíciles debido a la inaplicabilidad del Convenio²⁹.

29. Por otro lado, hay que destacar el éxito de los programas de mediación para casos de sustracción internacional de niños específicamente diseñados por parte de organizaciones no gubernamentales. Cabe resaltar, entre ellos, los proyectos desarrollados a tal efecto por REUNITE, en el Reino Unido; MiKK e. V. (*Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten*), en Alemania; e IKO (*Centrum Internationale Kinderontvoering*), en Países Bajos³⁰.

IV. La mediación en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

30. El principal objetivo del Convenio de La Haya de 1980 es velar por el interés superior del niño. Por ello, ante un caso de secuestro internacional, urge la inmediata restitución del mismo al Estado donde residía habitualmente antes de producirse el traslado o retención ilícitos por parte de uno de los progenitores. Para conseguirlo, el Convenio de La Haya instaura un mecanismo de cooperación entre Estados así como una acción directa de retorno del menor. De ahí, deriva el éxito del Convenio.

Guías publicadas previamente por la HCCH son: 1ª) *Práctica de las Autoridades Centrales, Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Jordan Publishing, 2003; 2ª) *Medidas de Aplicación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Jordan Publishing, 2003; 3ª) *Medidas de Prevención. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Jordan Publishing, 2005; 4ª) *Medidas de Ejecución. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Jordan Publishing, 2010. Las Guías de Buenas Prácticas también se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en: www.hcch.net, (Sección Sustracción de niños, Guías de Buenas Prácticas).

Asimismo, cabe destacar otro trabajo de especial importancia, elaborado por la HCCH: *Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas sobre el Contacto Transfronterizo relativo a los niños*, Jordan Publishing, 2008. Éstos se relacionan tanto con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores como con el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños.

²⁹ Para avanzar respecto a esta cuestión, se han llevado a cabo tres Conferencias en Malta en 2004, 2006 y 2009. En este mismo contexto, se han elaborado con la asistencia de la Oficina Permanente: *Los Principios para el establecimiento de Estructuras de Mediación en el contexto del Proceso de Malta*, noviembre de 2010 *Vid.*, sobre el Proceso de Malta y todos los trabajos desarrollados en este ámbito: www.hcch.net, (Sección Sustracción de Niños, *Cross-Border Family*).

A comienzos de 2011, algunos Estados iniciaron el proceso de implementación de los Principios en sus jurisdicciones y designaron un «Punto de Contacto Central» a efectos de la mediación internacional en materia de familia. Entre estos Estados se encuentran Alemania, Australia, Estados Unidos, Francia y Pakistán. Para más información sobre los «Puntos de Contacto», *vid.*: www.hcch.net, (Sección Sustracción de Niños y *Cross-Border Family*).

³⁰ En el Reino Unido, la organización no gubernamental *reunite International Child Abduction Centre* (conocida como, *reunite*), viene ofreciendo desde hace más de diez años, servicios de mediación especializados en casos de sustracción internacional de niños. *Vid.* El Informe realizado por dicha organización en octubre de 2006: *Mediation in International Parental Child Abduction. The reunite Mediation Pilot Scheme*. (Texto disponible en: <http://www.reunite.org>.) En Alemania, la organización sin ánimo de lucro MiKK e V, fundada en 2008 por las asociaciones alemanas BAFM y BM, continúa el trabajo de estas últimas en materia de mediación en controversias internacionales que afectan a padres e hijos, incluyendo la mediación especializada en casos de sustracción en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Actualmente, dicha organización ofrece servicios de mediación bajo cuatro programas de co-mediación binacional: 1) *Proyecto germano-francés*, que continúa el trabajo del programa de mediación franco-germano organizado y financiado por los Ministerios de Justicia de Francia y Alemania (2003-2006); b) *Proyecto germano-británico* en cooperación con *reunite*, iniciado en 2003; 3) *Proyecto germano-estadounidense*, comenzado en el año 2004 y; 4) *Proyecto germano-polaco*, que viene funcionando desde 2007. Actualmente se encuentra en proceso de preparación un quinto Programa que involucra a mediadores españoles y alemanes, *vid.* <http://www.mikk-ev.de>. En los Países Bajos, la organización no gubernamental, IKO, ofrece desde el 1 de noviembre de 2009, servicios de mediación especializados en los casos de sustracción internacional de menores en el contexto del Convenio de La Haya, a través de su Oficina de Mediación, *vid.*, <http://www.kinderontvoering.org>.

31. El Convenio de La Haya de 1980 también presenta inconvenientes que, sin embargo, pueden ser superados reforzando el empleo de la mediación en este ámbito³¹. Dichos inconvenientes son los siguientes:

32. a) El Convenio de La Haya no presenta carácter universal, es un Convenio *inter partes*. Por tanto, si el menor es trasladado por uno de los progenitores a un tercer Estado, no se podrán aplicar los mecanismos previstos por el Convenio para conseguir la restitución inmediata del menor al país de su residencia habitual. En tales supuestos, resulta difícil encontrar una solución, especialmente si el niño ha sido trasladado a un país islámico. Y ello es así porque en estos Estados no sólo no se retorna al menor sino que además no se garantiza el derecho de visita del otro progenitor. El derecho fundamental del niño a estar en contacto con ambos progenitores queda totalmente vulnerado.

Una posible forma de solucionar este problema sería la conclusión de Convenios bilaterales con mecanismos similares a los establecidos en el Convenio de La Haya de 1980. Pero, se dan casos en los que incluso existiendo tales Convenios, no se están aplicando. Así sucede con el Convenio hispano-marroquí³². En este contexto, cabe afirmar que la única solución viene dada por la mediación internacional.

33. b) El Convenio de La Haya de 1980 gira en torno al «caso tipo» de secuestro internacional de menores: aquél que tiene lugar cuando el menor es trasladado o retenido por el progenitor que ejerce el derecho de visita. El Convenio de La Haya de 1980, consecuentemente, se centra en garantizar el derecho de custodia, dejando a los Estados parte la regulación o aplicación de los mecanismos que estimen oportunos para proteger el derecho de visita cuando éste haya sido vulnerado (art. 21).

Pero, tal y como ha quedado señalado en páginas anteriores, el «caso tipo» de secuestro internacional de menores, se ha visto a día de hoy superado por la propia realidad social. En los últimos años, han aumentado vertiginosamente los supuestos en los que el progenitor infractor es quien ejerce el derecho de custodia. De nuevo aquí, la mediación está llamada a desempeñar un importante papel, en tanto que puede llegar a complementar al Convenio de La Haya en aquellos aspectos que el mismo no contempla.

34. c) El Convenio de La Haya de 1980 presenta un carácter fáctico, tal y como se ha señalado más arriba. Las cuestiones de fondo en torno al derecho de custodia y al derecho de visita tendrán que ser resueltas por los tribunales estatales una vez haya tenido lugar el retorno del menor al país de su residencia habitual. En este sentido, el Convenio de La Haya establece una norma de competencia judicial negativa.

El Convenio de La Haya no evita con ello el denominado «*nacionalismo judicial*»³³, propio y típico en estos casos. Pero, si se refuerza la mediación, dicho problema puede solventarse, evitando con ello los segundos e incluso terceros secuestros.

³¹ Sobre la mediación en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980, *vid.*: T. BUCK, *An Evaluation of the Long-Term Effectiveness of Mediation in Cases of International Parental Child Abduction*, June 2012 (disponible en <http://hdl.handle.net>); C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La mediación...”, *loc. cit.*, pp. 1-35; F. CALVO BABÍO, “La mediación...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 165-178; A. DEVERS, “Comment développer...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 436-448; D. GANANCIA, *La médiation familiale...*, *op. cit., passim.*; ID., “La médiation familiale...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 325-335; F. MONEGER, “La médiation...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 317-322; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “El empleo de la mediación...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 367-384; M. C. SEOANE DE CHIOLDI, “New trends in networks and co-operation among Central Authority; mediation as an alternative means for the solution of controversies and the role of the Central Authority in its application in international return and Access procedures”, *International Family Law*, March 2012 (special issue); S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases: The Hague Convention*, Oxford, 2011; ID., *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio e La Haya*, Documento Preliminar nº 5, de 5 de octubre de 2006 (disponible en: <http://www.hcch.net>).

³² Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997. BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997. Vid. F. CALVO BABÍO, “La mediación...”, *loc. cit., op. cit.*, p. 170.

³³ Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado.

35. Con este telón de fondo, cabe afirmar que la mediación constituye un mecanismo muy útil para completar al Convenio de La Haya de 1980 y ayudar a la consecución de sus objetivos.

36. En los casos de sustracción internacional de menores, la mediación puede desempeñar dos funciones: 1) una función preventiva antes de producirse el secuestro: la mediación puede servir para que los progenitores, cuya pareja está en crisis, puedan manifestar sus objeciones respecto a la responsabilidad parental del menor, alcanzar un acuerdo y evitar con ello, un traslado o retención ilícitos; 2) si se ha producido el secuestro, la mediación puede servir para resolver la situación de manera amistosa. Es en este contexto, donde se sitúa la mediación en el Convenio de La Haya, quedando configurada como una medida a adoptar por las Autoridades Centrales (art. 7 y art. 10).

37. La mediación puede constituir un mecanismo muy útil para solucionar los casos de sustracción internacional de menores. La mediación, en tales casos sirve, para: a) evitar procedimientos judiciales contenciosos en ambos países; b) evitar una segunda o tercera sustracción; c) evitar retrasos en solucionar la situación y; d) conseguir que los padres conserven las relaciones familiares³⁴.

38. Pero, en los casos de secuestro internacional de menores, la mediación presenta también importantes inconvenientes que deben ser superados si se desea que ésta constituya un mecanismo óptimo de resolución de controversias³⁵. Entre las diversas cuestiones que deben quedar garantizadas en el procedimiento de mediación, cabe destacar las siguientes:

39. a) Aceptación y alcance del acuerdo de mediación: Debe informarse a las partes que el recurso a la mediación no supone consentir el traslado o retención, - causa ésta de denegación de restitución por parte de los tribunales donde se encuentra el menor (art. 13) y que no incide en el procedimiento de restitución.

El principal objeto del acuerdo de mediación, en el contexto del Convenio de La Haya, es conseguir que las partes alcancen una solución amistosa en torno al retorno o no del menor. Si la situación así lo permite, los progenitores pueden decidir sobre otras cuestiones fácticas (colegio donde debe ir el menor, idioma que debe aprender, religión que ha de profesar, etc...), y jurídicas (responsabilidad parental).

En cualquier caso, debe comprobarse que las legislaciones de ambos Estados admiten la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae el mismo. Y ello, con vistas a asegurar la ejecutoriedad del mismo en los dos países con los que presenta vinculación-.

40. b) Plazos: Uno de los principales inconvenientes que puede derivarse del empleo de la mediación en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 es que sea utilizada como una táctica dilatoria por parte de uno de los progenitores. Una vez iniciado el procedimiento de restitución ante los tribunales del Estado donde se encuentra el menor, cabe denegar la restitución del mismo si queda demostrado que éste ha quedado integrado en su nuevo entorno (art. 12.2 Convenio de La Haya).

Para evitarlo, en muchos Estados solo se contempla la mediación una vez iniciado el procedimiento de restitución. En cualquier caso, los expertos consideran que la mediación debería ser anterior a todo procedimiento judicial. Si bien es cierto han de adoptarse determinadas cautelas, como por ejem-

³⁴ Vid. F. F. CALVO BABÍO, "La mediación...", *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ Existen importantes diferencias entre la mediación familiar nacional y la mediación familiar internacional. Esta última es mucho más compleja y exige que los mediadores tengan una formación más amplia. La presencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, diferentes culturas e idiomas hacen la mediación mucho más difícil en estos casos. De igual forma, el riesgo de que el acuerdo de mediación alcanzado por las partes no tenga efecto jurídico en las jurisdicciones involucradas es mucho mayor. Las partes pueden desconocer, además, las consecuencias jurídicas que pueden derivar de un cambio de residencia habitual del niño que ellas mismas han consentido, algo que puede afectar a la competencia judicial internacional y al derecho aplicable respecto del derecho de custodia y de visita, y puede afectar a los derechos y obligaciones de las partes. En particular, los casos de sustracción internacional de menores se caracterizan por los altos niveles de tensión entre las partes y por presentar otras dificultades añadidas como: la posible existencia de un procedimiento penal abierto en el Estado de residencia del menor contra el progenitor sustractor, cuestiones de Derecho de extranjería (visado) así como, en algunos casos, violencia de género.

plo: a) establecer restricciones temporales a la duración del procedimiento de mediación y/o; b) que tras un intento fallido para mediar, el procedimiento de restitución del menor se inicie de manera inmediata.

También es posible que se recurra a la mediación, una vez se ha iniciado el procedimiento de restitución. En este caso, se pueden desarrollar ambos mecanismos de forma simultánea, o bien puede suspenderse el procedimiento de restitución.

41. c) Tipo de mediación. La decisión de utilizar la mediación directa o indirecta, o una combinación de ambas, dependerá de las circunstancias del caso, *-ad ex:* los costes relacionados con la ubicación geográfica, la existencia de acusaciones de violencia de género, etc...-.

Dada la alta complejidad de los casos de sustracción internacional de menores, la co-mediación resulta muy beneficiosa, en tanto que incrementa las posibilidades de alcanzar un acuerdo. No obstante, presenta inconvenientes: resulta más costosa que la mediación simple y puede existir el riesgo de que los mediadores no hayan co-mediado antes, necesitarían por tanto tiempo para ajustarse a la dinámica particular de este tipo de mediación.

Una forma especial de co-mediación muy recomendable cuando su empleo sea posible, —algo que dependerá de los servicios de mediación que ofrezcan por sí o por terceros las Autoridades Centrales—, es: la mediación bicultural bilingüe. Este tipo de mediación responde a las necesidades específicas de competencia intercultural y de aptitudes idiomáticas al mediar entre partes de distintos Estados de origen con distintas lenguas maternas. Conforme a este modelo, la mediación debe estar a cargo de dos mediadores con experiencia en materia de familia: uno del Estado de origen y contexto cultural de cada una de las partes. En algunos casos de mediación binacional, se tratan de equilibrar también el género y la experiencia profesional de los mediadores. La co-mediación queda a cargo de una mediadora y de un mediador, uno con formación jurídica y otro con formación socio-psicológica.

42. d) Audiencia del menor Se deberá tener en cuenta, siempre que así sea posible, atendiendo a la edad y grado de madurez, la opinión del menor. Ésta cumple una doble función: a) ayuda a conocer el contexto familiar y; b) permite saber su propia voluntad.

Este extremo es de vital importancia en tanto que la opinión del menor puede llegar a constituir en sede del procedimiento de restitución, causa de rechazo del retorno (art. 13 Convenio de La Haya). Evidentemente, si se recurre a la mediación, la opinión del menor debe ser tenida en cuenta pero la responsabilidad última de la decisión sobre el retorno recae en los progenitores.

V. Los «ODR» (*Online Dispute Resolution*) en los casos de secuestro internacional de menores

1. Los «ODR»: Aspectos generales

43. Los «ODR» (*Online Dispute Resolution*) son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de la tecnología de la información y de la comunicación, especialmente Internet. Los «ODR» engloban no sólo los «ADR» (*Alternative Dispute Resolution*) sino todo tipo de mecanismo de resolución de conflictos, incluido el proceso judicial³⁶.

³⁶ Sobre los ODR, en general, *vid.*: R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La resolución Alternativa de Disputas en Línea”, en L. GARCÍA VILLALUENGA/J. TOMILLO URNINA/E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo II, Madrid, 2010, pp.169-182; C. MACHO GÓMEZ, *La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el comercio internacional*, Tesis doctoral, Santander, 2013, pp. 167-173; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (ODR)”, *RADNT*, 2011, pp. 17-33; J. HÖRNLE, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, 2009; E. KATS/J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001; G. KAUFMANN-KOHLER/T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004; J. M. NOLAN-HALEY/H. ABRAMSON/P.K. CHEW, *Internacional Conflict Resolution: Consensual ADR Processes*, Minnesota, 2005; C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002; M. SANZ PARRILLA, “El uso de medios electrónicos en la mediación”, en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 444-448.

44. Los «ODR» se desarrollan de forma completamente virtual. No obstante, pueden configurarse también de manera híbrida mediante la celebración de una o varias sesiones presenciales, llevándose a cabo las etapas básicas del procedimiento (presentación de escritos, notificaciones, deliberaciones y resultados) mediante el uso de la tecnología, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia o la videoconferencia. Instrumentos estos que quedan integrados en la plataforma interactiva creada al efecto

45. En el caso de la mediación, se crean diferentes espacios dentro de la correspondiente plataforma, dotados con las herramientas de comunicación anteriormente citadas. Normalmente existe un espacio para poder llevar a cabo el «caucus» (técnica propia de la mediación en virtud de la cual el mediador se comunica con cada una de las partes por separado): uno para la relación entre el tercero y cada una de las partes, otro espacio común para todos los participantes y un apartado para el archivo de documentos³⁷.

46. Generalmente, la tecnología se complementa con el tercero. Pero también existen métodos en los que ésta reemplaza y hace las veces de este último. De ahí que se hable de los «ODR» como la «cuarta parte»³⁸. Así sucede en la negociación *Blind Bidding*³⁹, *Assisted Negotiation*⁴⁰ y, en los denominados, *Solution Set Databases*⁴¹.

47. Los «ODR» han surgido y se han visto impulsados en el mismo ámbito que los conflictos que tratan de resolver: aquéllos derivados de las transacciones celebradas vía Internet⁴². No obstante, los «ODR» están resultando ser de gran utilidad para solventar conflictos surgidos de relaciones jurídicas celebradas de forma presencial en el ámbito no sólo comercial sino también familiar. Ello es así por las ventajas que se derivan de estos métodos de resolución de conflictos en línea: a) reducción considerable de gastos implícitos a la solución de una controversia (gastos de desplazamiento, gestión de la información, reducción del número de personas que intervienen, al ser sustituidas en ciertas funciones por la tecnología; b) favorece y facilita la participación de todos los participantes, especialmente cuando esto se encuentran en distintos países, diferentes zonas horarias, c) el tercero, cuando interviene, y sobre todo las partes tienen tiempo para reflexionar e incluso para poder consultar a otra u otras personas, reduciéndose con ello la eventual hostilidad que pudiera existir⁴³.

48. Los «ODR» también adolecen de ciertos inconvenientes, tales como: a) la falta de comunicación no verbal de los encuentros digitales, si bien esta debilidad puede mitigarse con el uso de la

³⁷ La configuración de la plataforma difiere en función del método de arreglo de diferencias utilizado.

³⁸ Vid. E. KATS/J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution...*, op. cit., pp. 93-94.

³⁹ Este mecanismo se utiliza cuando el conflicto versa sobre un desacuerdo en torno a una cantidad de dinero. En este caso, las partes realizan diferentes ofertas, desconociendo aquellas realizadas por la parte contraria. Una vez que dichas propuestas se encuentran dentro de un mismo rango, el programa informático resuelve la controversia fijando la cantidad, que será el montante medio dentro de la horquilla donde las ofertas coincidieron. Este método fue diseñado por *CyberSettle* (www.cybersettle.com.)

⁴⁰ En este mecanismo el *software* es utilizado para reformular los argumentos de las partes y proporcionar propuestas de solución del conflicto. El programa tras conocer las posiciones y reacciones de los participantes ante las distintas propuestas, puede llegar a dar una solución óptima de la disputa basada en las preferencias de las partes.

⁴¹ En este caso, se trata de programas encargados de realizar un conjunto de preguntas a las partes en torno a la disputa que las enfrenta. Una vez obtenida la información, el software da una lista de posibles soluciones, de manera que las partes, a través del intercambio de información, eligen una de ellas como arreglo a su controversia.

⁴² Vid. T. SCHULTZ, "The Roles of Dispute Settlement and ODR", en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 133-155; E. RUBIO TORRANO, "Resolución por vía informática de controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico", *Aranzadi Civ.-Merc.*, núm. 5/2012, pp. 1-3.

⁴³ Vid. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, "La resolución Alternativa...", loc.cit., op.cit., pp. 174-175; H.J. BROWN/A.L. MARRIOT, *ADR Principles and Practice*, London, 1999, p. 385; J. HÖRNLE, *Cross-Border Internet...*, op. cit., pp. 86-89; J. M. NOLAN-HALEY/H. ABRAMSON/P.K. CHEW, *Internacional Conflict Resolution...*, op. cit., p. 232; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, op. cit., pp. 61-80.

propia tecnología: caso de las videoconferencias o del uso de métodos híbridos presencial-virtual; b) la insuficiente implicación de las partes en la resolución del conflicto como consecuencia de la comunicación asincrónica⁴⁴.

2. La mediación *online* en los casos de secuestro internacional de menores

49. En los casos de sustracción internacional de menores, la distancia geográfica plantea desafíos especiales para la mediación. Concertar una reunión en persona para una o varias sesiones de mediación puede ser costoso y requerir mucho tiempo. En este contexto el empleo de las nuevas tecnologías puede resultar muy útil⁴⁵.

50. Cuando la presencia física de ambas partes en una sesión de mediación no fuera apropiada o factible, debería de acudir a la mediación indirecta y a la larga distancia.

51. Los mediadores que reciben una solicitud de mediación en el marco de un caso de sustracción de menores deben ponderar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto, dos factores: a) la factibilidad de las sesiones de mediación en persona y; b) el lugar apropiado de dichas sesiones.

52. Frecuentemente, las sesiones de mediación en los casos de sustracción internacional de menores tienen lugar en el país al que el niño ha sido trasladado⁴⁶. De ello se derivan dos ventajas: a) la posibilidad de concertar un encuentro entre el progenitor perjudicado y el niño, algo que podría tener un efecto positivo en la mediación; b) simplificar el vínculo entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial previsto en el Convenio de La Haya de 1980. Pero, de tal elección también se derivan inconvenientes: a) elegir como sede el Estado al que el niño ha sido trasladado puede interpretarse como una «*injusticia adicional*» para el progenitor perjudicado, que podría pensar que su acuerdo de intento de mediación, -en lugar de seguir el proceso de restitución en virtud del Convenio de La Haya-, ya supone una concesión; b) dicha elección, conlleva al mismo tiempo unos costes: gastos de traslado; c) deben quedar solventadas las cuestiones de inmigración, que permitan al progenitor perjudicado entrar y permanecer en el Estado en que se encuentra el menor, si bien es cierto esta cuestión legal debe quedar resuelta de igual forma, en caso de que se inicie el procedimiento de restitución previsto por el Convenio de La Haya.

53. También cabría la posibilidad de llevar a cabo la mediación en el país desde el cual el niño fue trasladado de forma ilícita. En cualquier caso, tal opción presenta dificultades añadidas, tales como: a) la posibilidad de que esté pendiente un proceso penal contra el progenitor sustractor; b) que dicho progenitor se muestre reticente a dejar al niño al cuidado de un tercero durante su ausencia.

54. En circunstancias excepcionales, se podría llevar a cabo la sesión o sesiones de mediación en persona en un tercer Estado neutral. Los principales inconvenientes de tal decisión serían los gastos de viaje y las cuestiones de visado.

55. Será el mediador o los mediadores los que en función de las circunstancias del caso concreto, determinen cual es la opción posible y más apropiada para poder alcanzar una solución amigable. Cuando la sesión de mediación en persona no sea apropiada o posible, puede optarse por la mediación a larga distancia o mediación *online*. Puede suceder así, en aquellos casos en los que hay acusaciones de

⁴⁴ Vid. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La resolución alternativa...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp.172-173.

⁴⁵ Vid. E. CUNHA, “The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a universal Mediation Model for International Child Abduction Cases”, *Connecticut Journal of Int'l Law*, 2008, pp. 155-179; M. A. KUCINSKI, “The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases”, *Journal of Dispute Resolution*, 2010, pp. 297-325, esp. pp. 312-324.

⁴⁶ Vid. S. KIESEWETER/C.C: PAUL, “Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines”, en S. KIESEWETER/C.C. PAUL (eds.), *Cross-Border Family Mediation – International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Frankfurt am Main, 2011, pp. 46 y 47.

violencia doméstica y una de las partes declarara su deseo de someterse a mediación pero su imposibilidad de estar en la misma sala con el otro progenitor. La mediación *online* también puede resultar muy útil cuando el progenitor perjudicado no puede viajar al Estado donde se encuentra el menor, bien por razones económicas, bien por razones de visado. Con la ayuda de la tecnología moderna, las reuniones virtuales en persona pueden ser relativamente fáciles de organizar.

56. Sin embargo, la mediación a larga distancia plantea desafíos específicos, entre ellos: 1º) la forma de garantizar la confidencialidad y; 2º) la forma de desarrollar la propia sesión de mediación a fin de evitar toda duda en cuanto a la neutralidad de la mediación.

57. Para determinar si los «ODR», pueden ser un procedimiento efectivo en casos de sustracción internacional de menores, se tienen que analizar las ventajas e inconvenientes propios de los mismos en este contexto particular. Así, cabe afirmar que: a) En muchas ocasiones, los progenitores, dado el alto componente emocional de este tipo de conflictos, prefieren no tener un encuentro en persona, especialmente si hay acusaciones de violencia de género; b) Los beneficios de una mediación *online* solo serán efectivos si el mediador ha sido entrenado a tal efecto, y los progenitores están habituados al uso de las nuevas tecnologías, caso contrario el procedimiento será mucho más lento; c) Las comunicaciones *online* son totalmente diferentes a aquéllas que tienen lugar en persona. No se puede ignorar que la mediación *online* tiene lugar frente a la pantalla de un ordenador. En los casos de sustracción de menores, es particularmente relevante trabajar hacia una relación positiva entre los progenitores. En este sentido, el papel del mediador puede quedar limitado por el uso de los «ODR» en tanto que resulta más difícil mantener el control efectivo sobre las dos partes. No es sencillo hablar a los progenitores de forma simultánea, o cambiar el tono negativo de una expresión, al menos si se utiliza como medio de comunicación los e-mails; d) Los mensajes de ordenador o de teléfono quedan guardados, hecho que de no llegarse a una solución podría poner en peligro la confidencialidad propia de la mediación.

58. En algunos Estados como Australia, los servicios de «ODR» en el ámbito del Derecho de familia, se han desarrollado rápidamente en los últimos años. Junto al uso de la tecnología, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia o la videoconferencia, se están empleado programas informáticos o NSS (*Negotiation Support System*) dirigidos a ayudar a las partes a alcanzar una solución amistosa de sus diferencias. Programas que están resultando ser muy útiles en la resolución de conflictos familiares⁴⁷.

VI. Conclusiones

59. Los casos de secuestro internacional de menores han incrementado vertiginosamente en los últimos años como consecuencia de la globalización. Este importante problema ha sido tenido en cuenta por distintos organismos internacionales que han elaborado instrumentos internacionales para poder ofrecer una solución al respecto. De todos ellos, el más efectivo en la práctica es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre determinados aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Ello es así porque dicho instrumento internacional no entra a resolver cuestiones de fondo relativas al derecho de custodia y al derecho de visita. En su lugar, establece un mecanismo de cooperación entre autoridades de los distintos Estados contratantes y una acción directa de restitución inmediata del menor al lugar donde residía habitualmente antes de producirse el traslado o retención ilícitos.

60. El propio Convenio de La Haya, consciente de la utilidad que puede reportar la mediación para alcanzar soluciones amistosas a los conflictos derivados de las relaciones familiares internaciona-

⁴⁷ Vid. E. WILSON-EVERED/D. MACFARLANE/J. ZELEZNIKOW, *Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia*, (texto disponible *online*: http://www.odrandconsumers2010.org/wp-content/uploads/2010/06/3.2-Wilson_Towards_Online-1.pdf).

les, estable la obligación de los Estados de hacer todo lo posible para facilitar y potenciar su empleo (art. 7 y 10). Pero, para que la mediación pueda funcionar satisfactoriamente en este ámbito resulta necesario que se ofrezcan determinadas garantías que afectan al mismo procedimiento, tales como: la accesibilidad y el alcance del acuerdo de mediación, los tipos de mediación (simple o co-mediación, directa o indirecta) o la ejecutoriedad del acuerdo en las jurisdicciones conectadas con el caso concreto.

61. Si se consigue ofrecer tales garantías, la mediación no sólo puede ser un mecanismo idóneo de resolución de conflictos en casos de secuestro internacional de menores, sino que además puede servir para superar los inconvenientes que el propio Convenio de La Haya presenta.

62. En los casos de secuestro internacional de menores, en los que existe una distancia geográfica entre los progenitores, el uso de las nuevas tecnologías en los métodos alternativos de resolución de conflictos puede resultar de una gran utilidad. Pero, de nuevo en este contexto, deben adoptarse ciertas cautelas especialmente por lo que concierne a la *confidencialidad* y a la *neutralidad* de la mediación.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA?*

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 08.09.2014 / Aceptado: 16.09.2014

Resumen: El denominado “turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”, no deja de ser un tipo de “turismo sanitario”, al que sin embargo se anudan importantes consecuencias legales: la determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida (TRA). Así sucede especialmente con los contratos de “gestación por sustitución”, regulados de forma muy dispar en los diversos Estados. El problema jurídico surge cuando la filiación de los nacidos mediante dicha técnica se determina conforme al Derecho del Estado de destino, al que se desplazan los ciudadanos de otros países en busca de leyes más permisivas, y se pretende reconocer la misma en un país en el que tal filiación no es admitida. Este trabajo trata de exponer cómo ha sido tratada esta delicada cuestión por parte de los tribunales y autoridades públicas españolas, especialmente a partir de Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009. Desde entonces hasta ahora, se han producido importantes novedades jurisprudenciales, principalmente, las STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. Francia* y Asunto *Labassee c. Francia*, que a buen seguro provocaran una reacción por parte del ordenamiento jurídico español, en el que la gestación por sustitución no está permitida (art.10 LTRHA).

Palabras clave: Turismo procreativo internacional. “*Cross-Border Reproductive Care*”. Técnicas de reproducción asistida. Gestación por sustitución. Certificaciones registrales extranjeras. Filiación. Derecho internacional privado. Reconocimiento de decisiones extranjeras. *Forum Shopping*. Fraude de Ley.

Abstract: The so-called “international procreative tourism” or “*Cross-Border Reproductive Care*” continues to be a type of “medical tourism”, which nevertheless significant legal consequences are tied: the establishment of parentage of children born through reproductive technologies assisted (TRA). This is especially true of “surrogate motherhood” very unevenly regulated in the various states. The problem arises when the legal parentage of children born through this technique that determined under the law of the State of destination, to which the citizens of other countries are moving in search of more permissive laws, and seeks to recognize the same in a country that such affiliation is not supported. This paper attempts to explain how it has been treated this sensitive issue by the Spanish courts and public authorities, especially following the important DGRN Resolution of 18 February 2009. From then until now, there have been significant jurisprudence mainly the ECHR Judgments of June 26, 2014, *Mennesson vs. France* and *Labassee vs. France* which will surely provoke a reaction from the Spanish legal system, in which surrogate motherhood is not permitted (art. 10 LTRHA)..

Key Words: Cross-Border Reproductive Care (CBRC). International fertility tourism. International reproductive tourism. Assisted reproductive technologies (ART’s). Gamete donation. Surrogate mothers. Conflicts of Laws. Recognition and Enforcement of Foreign Decisions. Foreign Birth Certificates. Legal Parentage. *Forum Shopping*.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I del MICINN, Ref. DER2012-32735, “El replanteamiento del principio de autonomía en el ámbito sanitario y sus límites; en particular, libertad de decisión y objeción de conciencia”, cuya IP es la Prof. Dra. María Luisa Arcos Vieira.

Sumario: I. Introducción. “Turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”. II. La gestación por sustitución. 1. Concepto y clases. 2. Regulación en Derecho español. III. Determinación en el Derecho español de la filiación del sujeto nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. 1. Introducción. 2. Filiación determinada en el extranjero: acceso al Registro Civil español. A) Regulación en DIPr español. B). El mecanismo del reconocimiento de los documentos públicos extranjeros. a) Consideraciones generales. b) Las certificaciones registrales extranjeras de nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: Resolución DGRN de 8 de febrero de 2009. 3. Filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español. A) Aspectos conceptuales. B) El art. 10 Ley 14/2006: una norma imperativa. C) Filiación determinada en el extranjero y orden público internacional español. IV. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. V. Permisos de maternidad o paternidad y gestación por sustitución. 1. Jurisdicción social y orden público internacional atenuado. 2. Jurisprudencia del TJUE. VI. La gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. France*. 1. Hechos. 2. El interés superior del menor y el respeto al derecho a su vida privada. VII. Conclusiones.

I. Introducción. “Turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”

1. En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global, propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como “*Cross-Border Reproductive Care*” (CBRC). En términos generales, puede decirse que este fenómeno tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida (en adelante, TRA), bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual)¹.

2. Dentro de la UE, España, –junto con Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suiza y Eslovenia–, se perfila como un país de destino para acceder a las TRA. Varias son las razones: a) la legislación española en materia de reproducción humana asistida es muy permisiva, admite casi todas las técnicas médicas posibles, excepto la gestación por sustitución y la selección del sexo del nacido; b)

¹ Vid. J. COHEN, “Le tourisme procréatif: un pis-aller”, *Gynécologie, Obstétrique & Fertilité*, 2006, vol. 34, núm. 10, pp. 881-882; L. CULLEY/N. HUDSON/F. RAPPORT/E. BLYTH/W. NORTON/A. A. PACEY, “Crossing Borders for Fertility Treatment: motivations, destinations and outcomes of UK fertility travelers”, *Human Reproduction*, 2011, <http://humrep.oxfordjournals.org/content/early/2011/06/22/humrep.der191.full.pdf+html>; T. DAVIES, “Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the Regulator”, *Fertility & Sterility*, 2010 Jan, 94 (1), pp. 20-22; M. C. INHORN/P. PATRIZIO, “Rethinking Reproductive «Tourism» as Reproductive «Exile»”, *Fertility & Sterility*, 92 (3), 2009, pp. 904-906; M. C. INHORN/P. SHRIVASTAV/P. PATRIZIO, “Assisted Reproductive Technologies and Fertility «Tourism»: Examples from Global Dubai and the Ivy League”, *Medical Anthropology: Cross-Cultural Studies in Health and Illness*, vol. 31, Issue 3, 2012, pp. 249-265; M. C. INHORN, “Globalization and gametes: reproductive «tourism», Islamic bioethics, and Middle Eastern modernity”, *Anthropology & Medicine*, vol. 18, No. 1, April, 2011, pp. 87-117 (version on line: <http://www.marciainhorn.com/uploads/inhorn-article-Anthropology-and-Medicine.pdf>); G. PENNING, “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337-341; G. PENNING/G. DE WERT/ F. SHENFIELD/J. COHEN/B. TARLATZIS/P. DEVROY, “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, 2008, vol. 23, núm. 10, pp. 2182-2184; F. SHENFIELD/J. DE MOUZON/G. PENNING/A.P. FERRARETTI/A. NYBOE ANDERSEN/ G. DE WERT/V. GOOSSENS/THE ESHRE TASKFORCE ON CROSS BORDER REPRODUCTION CARE, “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, 2010, vol. 25, n° 6, pp. 1361-1368: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/6/1361.full.pdf+html>; R.F. STORROW, “The Proportionality Problem in Cross-Border Reproductive Care”, en I. G. COHEN (ed.), *The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues*, Oxford University Press, 2013, pp. 125-47; *Id.*, “Assisted Reproduction on Treacherous Terrain: The Legal Hazards of Cross-Border Reproductive Travel”, *Reproductive BioMedicine Online*, 2011, Nov., 23n(5), pp. 538-545; *Id.*, “The Pluralism Problem in Cross-Border Reproductive Care”, *Human Reproduction*, 2010 Dec., 25 (12), pp. 2939-2943; W. VAN HOOFF/G. PENNING, “Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity”, *Eur. J. Health Law*, 2012, Apr. 19 (2), pp. 187-200.

los costes de acceso a las TRA suelen ser inferiores a otros países de nuestro entorno; c) existen menos listas de espera y; d) la calidad de los centros clínicos que se dedican a esta práctica es muy alta. En cualquier caso, nuestro país se ha convertido en el destino por excelencia cuando se trata de acceder a las TRA con óvulos donados, especialmente por parte de ciudadanos procedentes de Reino Unido, -donde la donación de óvulos no es anónima-, e Italia, -país donde está prohibida la fecundación heteróloga-. A ello, se suma la compensación económica que reciben las mujeres por donar sus óvulos, porque si bien es cierto que en España, al igual que en todos los ordenamientos europeos que admiten la fecundación heteróloga, está prohibida la comercialización de gametos, no lo es menos que se admite compensar los gastos razonables de tal donación. Ello explica que, en la práctica, los centros médicos españoles paguen alrededor de una media de 900 euros en los casos de donación de óvulos, frente a los 60 euros que se perciben por la donación de esperma².

3. No obstante, la ineficacia civil de los contratos de gestación por sustitución en Derecho español, así como la prohibición de donación de gametos con fines de comercialización, no sólo hacen más “atractivos” otros países fuera de la UE como lugar de destino, -tales como, EE.UU, y otros Estados emergentes en este ámbito como India, Rusia y Ucrania, donde estas prácticas si están permitidas-, sino que han convertido a España en país de origen en el marco del “turismo procreativo internacional”.

4. El “turismo procreativo internacional” plantea interesantes cuestiones desde el punto de vista médico, ético, social, antropológico y jurídico. Preocupan, esencialmente, los siguientes aspectos: a) solo es una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente; b) resulta imposible realizar un control global en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos para garantizar la salud de la madre y el futuro niño; c) aumenta el riesgo de explotación de aquellas mujeres con escasos recursos económicos; d) hace tambalear la autoridad de la ley estatal, hasta el extremo que tal práctica se ha llegado a calificar como acto de “desobediencia civil”; e) refleja una realidad incontestable: la reproducción humana se ha convertido en objeto de comercio, haciendo surgir un verdadero “Baby Business”. El debate no se ha hecho esperar, existiendo opiniones divergentes que comprenden desde aquéllas que postulan por una prohibición total de este tipo de fenómeno hasta otras que defienden la armonización internacional que haga posible el deseo de ser padres, o yendo más lejos, el ejercicio de un derecho: el derecho a la procreación, como parte integrante de los derechos reproductivos, entendidos como un compendio de derechos humanos³.

5. Si bien es cierto que el Derecho está llamado a ofrecer soluciones en este contexto, algo que resulta innegable, no lo es menos que el verdadero reto jurídico en la actualidad surge cuando las personas que se desplazan hacia otro país para acceder a una determinada TRA, buscan crear además un vínculo de filiación conforme al Derecho del Estado de destino. Vínculo que en el Estado de origen, al no estar permitida esa concreta TRA, no se establecería legalmente. En tales casos, el denominado turismo procreativo da un salto cualitativo y cuantitativo, en tanto que no sólo se trata de acceder a las TRA sino además crear una relación jurídica, -determinación de la filiación-, totalmente válida conforme al Derecho del Estado receptor que afecta a un tercero con individualidad jurídica propia: el nacido. Resulta necesario deslindar, sin desconocer por ello o negar la relación de causalidad: a) el acceso a las TRA a nivel internacional, a día de hoy carente de toda regulación y; b) los efectos jurídico privados derivados de la mismas, en esencia: el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnicas. A día de hoy, la gestación por sustitución constituye un paradigma de los problemas jurídicos que, a nivel internacional, suscita este tipo de situaciones⁴.

² Vid. E. FARNÓS AMORÓS, “European Society of Human Reproduction and Embriology”. 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 junio, 2010”, *InDret* 3/2010 (on line).

³ Vid. E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012 (on line), p. 22.

⁴ Vid. S. ALLAN, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, (May 30, 2014), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2431142>; K. BRUGER, “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”, 35 *Fordham Int'l L.J.*, 665 (211-2012); R. COOK/S. D. SCLATER/W. F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, 2003; Y. ERGAS, “Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the regulation of International

II. La gestación por sustitución

1. Concepto y clases

6. La gestación por sustitución, también denominada “maternidad subrogada”, “alquiler de útero”, “maternidad portadora” o, despectivamente, “vientre de alquiler”, puede definirse como un contrato, oneroso o gratuito, en virtud del cual una mujer aporta la gestación, o también su óvulo, -según los casos-, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes o padres de intención, que podrán aportar, o no según los casos, sus gametos⁵.

7. En la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) *Maternidad subrogada tradicional, plena o total (traditional surrogacy)*: en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quién aporta su material genético para llevar a cabo la gestación. b) *Maternidad subrogada gestacional o parcial (gestational surrogacy)*: la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan⁶.

8. Si bien es cierto que todas las TRA generan planteamientos no solo jurídicos sino también éticos y morales, no lo es menos que la gestación por sustitución origina debates viscerales. La razón es

Commercial Surrogacy”, 27 *Emory Int'l L. Rev.* 117 (2013), <http://law.emory.edu/eilr/documents/volumes/27/1/articles/ergas.pdf>; C. FENTON-GLYNN, “Review Article Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014-1, pp. 157-169; C.P. FINDREGAN, “International Fertility Tourism. The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements”, 36 *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, pp. 527 y ss.; B. HALE, “Regulation of International Surrogacy arrangements: Do we regulate the Market, or Fix The Real Problems”, 36, *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, pp. 501 y ss.; M. HENAGHAN, “International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping”, *Australian Journal of Adoption*, vol. 7, n° 3 (2013), disponible en: <http://www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/viewArticle/3188>; T. ISTEREVYCH, *International Surrogacy Arrangements: The Problem of Recognition of Legal Parenthood*, Hungary, 2013; C. LIMON, “Surrogacy and Parenthood: An overview of the research on the between Surrogacy and Adoption”, *Australian Journal of Adoption*, vol. 7, n° 3, (2013), disponible en: <http://www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/viewArticle/3197>; T. LIN, “Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangement”, 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 545 (2012-2013); C. MAYER, “Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterfällen”, *RabelsZ*, 2014, vol. 78, n° 3, pp. 551-591; S. MOHAPATRA, “Stateless Babies & Adoption Scans: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30, Iss. 2 (2012), pp. 412-450; S. MORTAZAVI, “It Takes a Village To Make a Child. Creating a Guidelines or International Surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290, (disponible on line: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>); L. A. H. RAMSKOLD M.P. POSNER, “Commercial Surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates”, *Journal of Medical Ethics*, 2013, vol. 39, pp. 397-402; K. TRIMMINGS/P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013; *Id.*, “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, *Journal of Private International Law*, vol.7, 2011-3, pp. 62-647; J. STOLL, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in Comparative Context*, Uppsala, 2103 (disponible en: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:649875/FULLTEXT01.pdf>); J. TOBIN, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *ICLQ*, vol. 63, 2014-2, pp. 317-352.

⁵ Vid. J. M. CAMACHO, *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009, <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada no alquiler de vientres*, Barcelona, 2012; *Id.*, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012 (on line); M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del BioDerecho”, *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005, pp. 275-292; A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; *Id.*, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1 y 2.

⁶ Partiendo de estas dos modalidades, se pueden distinguir los siguientes supuestos: a) la pareja comitente aporte el material genético, -tanto óvulo como esperma- y la madre subrogada recibe en su útero el embrión con el fin de gestarlo; b) la mujer comitente aporta el óvulo fecundado por donante anónimo de esperma; c) la madre gestante aporta el óvulo que es fecundado con esperma de la pareja de ésta, del padre comitente o por donación de un tercero y; d) el material genético no es de ninguno de los comitentes, es aportado por personas ajenas, limitándose la madre subrogada a ceder su útero para gestar el embrión. Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “Gestación por sustitución...”, pp. 1 y 2.

simple. Dicha técnica rompe con una máxima de Derecho romano, arraigada en gran parte de los ordenamientos jurídicos: *mater semper certa est*, en virtud de la cual la maternidad se atribuye por el hecho del parto. En la actualidad, y como consecuencia de la inmersión de la tecnología médica en el ámbito de la reproducción asistida, la mencionada regla deja de ser un hecho cierto. La aceptación de la gestación por sustitución, consecuentemente, no es pacífica.

9. En contra de dicha técnica se esgrimen, en esencia, los siguientes argumentos: a) Las personas están fuera del comercio, por tanto, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, de celebrarse un contrato de esta índole, éste sería nulo de pleno derecho por atentar contra la dignidad del ser humano; b) La gestación por sustitución supone una explotación de la mujer, en tanto que fomenta la utilización del cuerpo de la misma como “incubadora humana”. Esta práctica constituye una forma de manipulación el cuerpo femenino que cosifica a la mujer, algo inadmisibles en una sociedad democrática; c) La ruptura del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación puede provocar perjuicios al niño; d) Se cosifica al hijo, convirtiéndolo en objeto de comercio; e) Plantea problemas de difícil solución, como por ejemplo, en caso de aborto. Puede suponer un fraude a las normas de adopción, e incluso puede generar prácticas indeseadas como la compraventa de niños y la supresión de identidad.

10. Pero, frente a estos argumentos se alzan otros, a favor de la gestación por sustitución, principalmente: a) Es una manifestación del derecho a procrear, implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad; b) Si la mujer gestante emite su consentimiento de forma voluntaria y libre, no cabe hablar de explotación. Decir lo contrario, supondría privar a la mujer de su derecho a la privacidad y autodeterminación; c) Respeto los principios de igualdad y no discriminación en tanto que esta práctica es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio; d) No atenta contra la salud física u psíquica de la madre; e) No viola el interés superior del niño en tanto que éste nace en una familia que lo desea y no hubiese existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución⁷.

11. Con este telón de fondo, no ha de sorprender que la gestación por sustitución reciba distinto tratamiento por parte de las legislaciones estatales. En ciertos Estados, se admite de forma amplia esta figura, -tal es el caso de ciertos *States* de EEUU, Ucrania, India y Rusia-. Otros, la aceptan bajo ciertos requisitos y condiciones, -*ad ex.*: Grecia, Israel y Reino Unido-. Un tercer grupo de Estados, en el que se integra España, no la admiten. Y finalmente, hay Estados que carecen de toda legislación al respecto.

2. Regulación en Derecho español

12. En España, tal y como se acaba de indicar, se rechaza la gestación por sustitución. En concreto, el art. 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), en idénticos términos que la anterior Ley 35/1988 de Técnicas de reproducción Asistida, declara “*nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*” (art. 10.1 LTRHA). A continuación añade que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2 LTRHA). Y, eso sí, deja “*a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*” (art. 10.3 LTRHA)⁸.

⁷ Vid. E. LAMM, “Gestación por sustitución...”, pp. 5-10.

⁸ Vid., *ad ex.*: M. P. FERRER VANRELL, “Comentario jurídico al artículo 10”, en F. LLEDÓ YAGÜE (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, 2007, pp. 159-166; C. L. GARCÍA PÉREZ, “Artículo 10 Gestación por sustitución”, en J. A. COBACHO GÓMEZ/J. J. INIESTA DELGADO, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Pamplona, 2007, pp. 353-394; F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, 2012; J. M. MARTÍNEZ PEREDA/J. M. MASSIGOGUE BENEJUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, 1994; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002.

13. No obstante, cabe advertir que en Derecho español no se prohíbe el contrato de gestación por sustitución. Así se desprende de las sanciones previstas por el legislador en tales casos. A efectos civiles, dicho contrato se considera nulo de pleno derecho, y por tanto ineficaz, debiéndose determinar la filiación del nacido mediante esta técnica a través de las reglas generales. Llama la atención, por otro lado, que la LTRHA no prevea entre las normas relativas a las infracciones y sanciones contenidas en las misma (arts. 24 a 27 LTRHA), la realización de la gestación por sustitución⁹. Y finalmente, a efectos penales, si bien es cierto que los arts. 220-222 del Código Penal, regulan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, no lo es menos que la gestación por sustitución solo podría ser punible si las conductas de la mujer subrogada y de la mujer comitente, pudieran subsumirse en el tipo previsto por tales normas. En cualquier caso, si así fuese debe recordarse que la ley penal queda regida por el principio de territorialidad, por tanto, sólo alcanzaría a los contratos de gestación por sustitución celebrados en España¹⁰.

14. Tal y como se desprende del art. 10 LTRHA, el legislador español descarta cualquier otro título de determinación de la filiación materna diferente al parto. El origen del material biológico es irrelevante para el Derecho español, al menos para la determinación de la maternidad. Como complemento a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, es madre quien pare. En este contexto, el parto deviene un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, tan potenciada sin embargo en otros ámbitos de la misma ley.

15. Ahora bien, la reforma operada en la LTRHA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo, introduce una importante excepción a dicha regla, en tanto que establece la

⁹ Bien es cierto que de tal práctica, se pudiera derivar una responsabilidad administrativa pero, del centro o clínica privada en la que se llevase a cabo, así como de los facultativos que directamente participaran y de los directores de los centros o servicios por las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de ellos (art. 25 LTRHA). No obstante, para la Ley, la infracción por parte de los centros o facultativos de la prohibición que contiene el art. 10 LTRHA solo merece la calificación de “infracción leve” (así se deduce del art. 26 LTRHA).

¹⁰ El Título XII del Código Penal recoge los delitos contra las relaciones familiares, y concretamente los arts. 220 a 222 regulan los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad o condición del menor. El art. 220.1 establece que: “1. La suposición de parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año”. También el art. 221.1 CP advierte que “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”. Añade el art. 221.2 CP que “con la misma pena será castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. Mientras que el art. 222 CP recoge un tipo agravado por las condiciones especiales que ocupan, aplicable especialmente a los facultativos, entendiéndose por tales, tal y como el mismo precepto aclara: “médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”. Si se tiene en cuenta que en los preceptos transcritos uno de los bienes jurídicos protegidos es el estado civil de las personas el contrato de gestación por sustitución podría, aunque no sin discusión, desembocar en un delito de suposición de parto y consiguiente alteración del estado civil tanto de la maternidad como de la filiación materna (art. 220.2 CP), lo que determinaría la responsabilidad penal de los comitentes y de la madre gestante, a la que podría sumarse la del tipo agravado del art. 222 CP en los facultativos que intervienen a cambio de precio.

No obstante, cierto sector de la doctrina considera que la suposición de parto clásica consiste en la ficción de haber dado a luz un hijo vivo: ficción de embarazo hasta el alumbramiento y entrega del nacido con la intención de alterar el estado civil. Con este tipo se trata de evitar la alteración del estado civil con fines económicos sucesorios. En cambio, la gestación del óvulo fecundado de otra persona varía la aplicabilidad del precepto en tanto que la conducta deja de tener un fin prioritariamente económico para dar paso al deseo de ser madre. *Vid.* J. I. BENÍTEZ ORTÚZAR, “Delitos relativos a la reproducción asistida”, en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derecho reproductivo y técnicas de reproducción asistida*, Granada, 1998, pp. 153-236, esp. pp. 174 y 175; M^a DEL MAR CARRASCO ANDRINO, “Protección Penal de la filiación”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología en línea*, 2010, núm. 12-06, p. 06:1-06:30, disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

posibilidad de que sean tenidas como madres de un hijo, dos mujeres casadas entre sí, *-doble maternidad por naturaleza-* (art. 7.3 LTRHA). El principio *mater semper certa est*, solo resulta aplicable en tales casos a una de las madres. La cónyuge de la mujer que da a luz deviene madre legal, no por el hecho del parto, sino por la manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo. Algo que entra en contradicción con: a) el ligamen de la maternidad con el parto; b) el valor atribuido al consentimiento en la LTRHA que para producir efectos sobre la filiación debe referirse a la práctica de una concreta TRA; c) con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código Civil, al que remite la propia LTRHA para determinar la filiación de los nacidos a través de TRA (art. 7), a excepción de las normas especiales establecidas en los arts. 8 a 10 LTRHA¹¹.

16. Por otro lado, la regulación ofrecida por el legislador español a la gestación por sustitución deja completamente desprotegido al hijo nacido por tal técnica. Entre otras razones, porque atribuyendo la maternidad a la madre gestante, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, se desconocen los derechos del hijo, que se verá obligado a depender del cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la maternidad por parte de una mujer que no tenía intención de ser madre¹².

III. Determinación en el Derecho español de la filiación del sujeto nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución

1. Introducción

17. En Derecho español, la polémica en torno a la inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución comienza con la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹³. Hasta entonces, todo parecía presagiar, lejos de la realidad, que nadie en nuestro país había recurrido a este tipo de técnica de reproducción humana asistida fuera de nuestras fronteras¹⁴. En cualquier caso, y gracias a los medios de comunicación, ya en el año 2003, tuvimos

¹¹ En cualquier caso, llama la atención las contradicciones en las que incurre la LTRHA cuando afronta la regulación de la determinación de la filiación de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida. El legislador español renunció a establecer una tercera clase de filiación, junto a la filiación natural y la filiación adoptiva, y optó por una remisión a las normas generales del Cc., en materia de filiación natural, basadas en la verdad biológica, introduciendo unas reglas especiales en los arts. 8 a 10 LTRHA. Estas últimas normas acogen criterios innovadores a efectos de determinación de la filiación, entre ellos, la autonomía de la voluntad de los “progenitores” o el anonimato de los donantes de gametos. Criterios estos que chocan con la solución tradicional y conservadora, acogida en el supuesto de la gestación por sustitución, especialmente cuando la madre subrogada no es la madre biológica. Vid. J. ALMAGRO NOSETE, “Matrimonio de mujeres y reproducción asistida”, *Diario La Ley*, núm. 7853, 8 de mayo de 2012 (versión on line).

¹² Vid. R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37, esp. pp. 35-37.

¹³ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

¹⁴ Vid., *ad ex.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, en C. PELLISÉ (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, 2014, pp. 61-74; ID., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. J. FORNER I DELAYGUA/C. GONZÁLEZ BEILFUSS/R. VIÑAS FARRÉ, (coord.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borràs*, Madrid, 2013, pp. 77-90; ID., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm., 7863, 22 de mayo de 2012 (versión on line); M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2009, versión on line; C. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009, BIB 2009/411; A.-L. LUIS CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 294-319; ID., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, 2011, vol. 3, nº 1, pp. 247-262; G. CAMARERO GONZÁLEZ, “Notas sobre la Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna; M. L. DE LA IGLESIA MONJE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los

conocimiento del primer supuesto en este país de gestación por sustitución que en ningún momento, y de forma paradójica, suscitó duda jurídica alguna. Nos referimos al caso de una conocida aristócrata española de avanzada edad que viajó a EEUU para asistir al parto de sus gemelas. Todos los medios de comunicación de tirada nacional, se hicieron eco de la noticia. En el Registro civil del Consulado de España de Los Ángeles, no se impidió ni denegó la inscripción de las nacidas ni la filiación de las mismas.

18. Desde entonces, el recurso a la gestación por sustitución fuera de las fronteras de España se ha generalizado. A pesar de ser una práctica “prohibida” en nuestro Estado, las autoridades españolas no ponían ningún impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnica. Pero, todo ello cambió en noviembre de 2008 cuando un auto del encargado del Registro civil del Consulado de España en Los Ángeles, denegó a dos ciudadanos españoles varones, casados en España en 2005, la inscripción del nacimiento de sus hijos gemelos nacidos en San Diego, en octubre de 2008¹⁵.

19. Por Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN ordenó proceder a la inscripción de nacimiento y filiación de los menores, tal y como constaba en la certificación registral extranjera aportada.

hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, mayo 2011, pp. 1611-1797; M^o R. DÍAZ ROMERO, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 14 de diciembre de 2010 (versión *on line*); E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret*, enero 2010, versión *on line*; M. GUZMÁN ZAPATER, “El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre 2010 n^o 34, versión *on line*; M. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá V*, 2012, pp. 365-3; 81; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012 (versión *on line*); A. MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el derecho internacional privado”, *RCDI*, núm. 731, mayo 2012, pp. 1363-1391; L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre n^o 34, versión *on line*; *Id.*, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2009 n^o 27, versión *on line*; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 465-516; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, julio 2009, versión *on line*; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html; E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010\2505; A. SALAS CARCELLER, “El Registro civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010\2946; L. B. SCOTT, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>; A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53; 2011, pp. 67 y ss; *Id.*, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012 (versión *on line*); *Id.*; “La gestación por encargo desde el Análisis Económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 80, 2013 (versión *on line*); *Id.*, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, (versión *on line*); J. R. DE VERDA Y BEAMONDE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre 2010 (versión *on line*).

¹⁵ Los hechos que motivaron tal decisión fueron como siguen: Dos ciudadanos varones españoles solicitaron, mediante la presentación del oportuno escrito en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, la inscripción de nacimiento de sus hijos nacidos en San Diego (EEUU) en octubre de 2008. Adjuntaban: los certificados de nacimiento de los menores, los certificados de nacimiento de los promotores y el Libro de Familia de los interesados, que habían contraído matrimonio en Valencia, en octubre de 2005. El encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de noviembre de 2008, deniega lo solicitado, con invocación del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Notificados los interesados, interponen recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Dicha Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada en sede judicial por Sentencia JPI de Valencia, de 15 de septiembre 2010¹⁶. Esta decisión fue objeto de recurso de apelación ante la AP de Valencia que, por Sentencia de 23 noviembre 2011¹⁷, desestimó el mismo y confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, la STS, de 6 de febrero de 2014, ha zanjado la cuestión confirmando la decisión de los tribunales inferiores¹⁸.

20. Y cuando, en España, todo parecía indicar que se había alcanzado una solución vía judicial, muy discutida y discutible desde el punto de vista jurídico, el TEDH dicta dos Sentencias, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. Francia*¹⁹ y Asunto *Labassee c. Francia*²⁰, que además de desdecir a los tribunales españoles, obliga a plantearse el tratamiento de este delicado problema desde otra perspectiva: el respeto a los derechos humanos y a la protección del interés superior del menor.

21. En esta cronología de los hechos y del Derecho, tal y como está teniendo lugar en nuestro país, faltan por resaltar dos datos importantes: a) la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que, por sí misma, merece un análisis jurídico aparte²¹; b) la incorporación de la figura de la gestación por sustitución al ordenamiento jurídico español, a través de la jurisprudencia del orden social, –permisos de maternidad y/o paternidad–.

22. Estos son todos los ingredientes jurídicos con los que cuenta el Derecho español a día de hoy para poder hacer frente a la inscripción de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución.

2. Filiación determinada en el extranjero: acceso al Registro Civil español

A) Regulación en DIPr español.

23. Cuando la filiación consta en un Registro extranjero y se pretende que conste también, en el mismo sentido, en el Registro civil español, son aplicables: el art. 23 LRC, art. 81 RRC, art. 86 RRC, art. 88 RRC y art. 323 LEC. Tal y como se desprende de tales preceptos, para que una certificación registral extranjera de nacimiento y/o filiación, -como cualquier otro documento público-, pueda acceder al Registro civil español debe cumplir las siguientes exigencias: a) El documento extranjero ha de ser “público”, esto es, debe de haber sido autorizado por una autoridad extranjera. Debe tratarse de un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio” (art. 323.2º. LEC); b) El documento debe haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por autoridad española en la materia; c) El documento público extranjero debe venir acompañado de legalización (art. 88 RRC) y de traducción (art. 86 RRC) y; d) El acto o *negotium* contenido en el documento ha de ser válido. Al Registro solo acceden documentos en los que constan actos válidos. Este control de legalidad del acto contenido en el documento, se deduce del art. 23 LRC y art. 81 RRC. Pero, ¿conforme a qué ley debe comprobarse la validez de dicho acto?.

¹⁶ Aranzadi *WestLaw*, AC\2010\1707.

¹⁷ Aranzadi *WestLaw*, AC\2011\1561.

¹⁸ Vid. Texto de la Sentencia en el siguiente enlace web: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

¹⁹ Vid. Texto de la Sentencia en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>. Para un comentario de esta Sentencia, vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, “Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11, Diario La Ley, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014 (versión on line).

²⁰ Vid. Texto de la Sentencia en el siguiente enlace <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>

²¹ *BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

24. A diferencia de lo que dispone el art. 36 RH en relación con el Registro de la Propiedad, precepto que exige un control de legalidad conforme a las normas de Derecho Internacional Privado, el art. 81 RRC no es nada claro, y el art. 23 LRC alude a la Ley española. Varias tesis doctrinales han surgido en este sentido:

- (a') Tesis *legeforista*: Consistente en aplicar directamente el Derecho material español. Dicha tesis, pese a la literalidad del art. 23 LRC único argumento que la sustenta, debe ser descartada *a radice*, en tanto que implica un desconocimiento pleno no sólo de la especificidad de las situaciones privadas internacionales en particular, sino del Derecho internacional privado en su conjunto.
- (b') Tesis *conflictual extranjera*: Según ésta, la autoridad española ha de comprobar la legalidad del acto que contiene el documento, teniendo en cuenta la misma ley que aplicó la autoridad extranjera. De esta forma, se evitarían las situaciones claudicantes. Pero, el principio de exclusividad del DIPr impide, salvo que el legislador disponga lo contrario, aplicar las normas de conflicto de otro Estado.
- (c') Tesis *conflictual del foro*: En virtud del principio de exclusividad del DIPr, la legalidad del acto que contiene el documento solo podrá efectuarse mediante la aplicación de las normas de conflicto del foro. El principal inconveniente de esta tesis es manifiesto: el control de legalidad de un mismo acto puede quedar sujeto a la aplicación de dos leyes distintas como consecuencia de la disparidad en los puntos de conexión de la norma de conflicto, extranjera y del foro. Con el riesgo implícito de provocar con ello, situaciones claudicantes. En España, es la tesis que ha seguido la DGRN, hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009, y cuenta por otra parte con el respaldo mayoritario de la doctrina. Algo que vendría a explicar las durísimas críticas vertidas sobre la citada Resolución.

25. Ahora bien, con anterioridad a la Resolución de 18 de febrero de 2009, cierto sector de la doctrina española, siguiendo las más modernas corrientes doctrinales, venía propugnando, y sigue haciéndolo, una forma distinta de efectuar el control de legalidad material de los documentos públicos extranjeros: el mecanismo del reconocimiento, hasta este momento reservado a las decisiones judiciales²².

26. Si bien es cierto que los antecedentes de esta corriente se pueden identificar con las diversas variantes de la noción de los derechos adquiridos, la emergencia de esta metodología con fuerte dimensión unilateralista, tiene actualmente rasgos propios y específicos, vinculados principalmente a la reestructuración de los sistemas de derecho contemporáneo, en torno a la protección de la persona y los derechos humanos.

B) El mecanismo del reconocimiento de los documentos públicos extranjeros

a) Consideraciones generales

27. Dos son en lo esencial los factores que han provocado una reflexión, no carente de controversia sobre la cuestión de saber si los actos en los que intervienen una autoridad pública no judicial deben quedar sometidos al método del reconocimiento de eficacia o, por el contrario continuar sometidos al procedimiento de la norma de conflicto. De un lado, la globalización y con ella la mayor movilidad de las personas, implica una exigencia de coherencia internacional de las relaciones privadas. De otro, la norma de conflicto clásica deviene por razones técnicas totalmente inadecuada para alcanzar tal fin, –reconocimiento y continuidad de las relaciones privadas creadas en otro Estado–.

28. En el contexto internacional actual, resultado de la globalización y de la mejora de las comunicaciones, el sujeto adquiere mayor autonomía, más libertad en relación al modelo estatal esen-

²² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado...”, pp. 297-305.

cialmente heterónomo. De ahí que las situaciones privadas internacionales,—objeto de regulación del Derecho internacional privado—, requieran ahora más que nunca de una existencia coherente más allá de las fronteras y que el Derecho estatal se convierta cada vez más en una excepción de la imperatividad, traducida ésta en normas de competencia judicial internacional de carácter exclusivo, límites a la autonomía de la voluntad, normas de extensión y orden público internacional²³.

29. La función del método del reconocimiento es de confirmación y recepción y su objeto: la relación privada concreta, existente y efectiva. Tal método excluye por tanto el empleo de la norma de conflicto cuya función es de localización. Hacer lo contrario, sería completamente inapropiado en tanto que conduciría a negar la existencia de una relación jurídica ya creada en el extranjero y la posibilidad de que una misma relación pueda ser localizada *a priori* en otro Estado. Se estaría atribuyendo con ello a la norma de conflicto una función que no es la propia, atentando con ello al principio de la armonía internacional de soluciones.

30. Bien es cierto que este nuevo planteamiento metodológico, más acorde con el actual contexto político y social, se encuentra en construcción, discutiéndose a día de hoy cuestiones tan básicas al igual que importantes como su ámbito de aplicación —actos o relaciones a los que alcanza— así como las condiciones y efectos derivados del mismo. Pero hay algo que no cabe negar: dicho método no sólo comienza a ser acogido por el derecho positivo²⁴ sino que también está siendo utilizado, en materia familiar y personal, por la jurisprudencia del TJUE²⁵ y el TEDH²⁶, aunque con distintos fundamentos jurídicos en ambos casos.

b) Las certificaciones registrales extranjeras de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

31. La DGRN, en la Resolución de 18 de febrero de 2009, acoge el mecanismo del reconocimiento de la certificación registral extranjera. La DGRN considera que la filiación determinada en un Registro civil extranjero no es un mero hecho. Cuando una autoridad pública extranjera inscribe, en un Registro Público el nacimiento de un menor con su correspondiente filiación, no solo hace constar hechos sino que además los califica jurídicamente. En consecuencia, la filiación determinada en un Registro civil extranjero constituye una auténtica decisión acordada por una autoridad pública extranjera.

32. De ahí que, la DGRN deje a un lado la norma de conflicto del foro y proceda a controlar los siguientes extremos: a) Que la autoridad extranjera sea internacionalmente competente; b) Que se hayan respetado los derechos de defensa en el Estado de origen y; c) Que no sea contraria al orden público internacional español.

33. El mecanismo del reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ha sido acogido por el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014, que además despeja una duda importante en torno a la interpretación del art. 23 LRC. La remisión a la “ley española” ha de entenderse efectuada al orden público internacional español²⁷.

²³ Vid. N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306.

²⁴ Así, por ejemplo, el art. 9 del Convenio de La Haya de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios; art. 11 de la Convención de La Haya de 1985 sobre el *trust* y su reconocimiento.

²⁵ En materia de nombre y apellidos, *vid.* STJCE, de 2.10.2003, C-148/02, As. *García Abelló* y la STJCE de 14.10.2008, As. *Grunkin-Paul*.

²⁶ El Asunto *Menesson c. Francia* y el Asunto *Labasse c. Francia*, son un claro y reciente ejemplo.

²⁷ FJ 3º. 3.

3. Filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución y orden público internacional español

34. El recurso al *orden público internacional español* para determinar la eficacia de los contratos de gestación por sustitución que han sido celebrados en el extranjero, ha suscitado opiniones contradictorias entre la doctrina y entre las autoridades españolas. Pero, además, ha hecho surgir cierta confusión en torno a esta figura. De ahí que, pasemos a realizar una pequeña exposición del concepto y características de esta figura antes de proceder, a exponer las posiciones encontradas al respecto.

A) Aspectos conceptuales

35. El orden público internacional constituye el “conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada”²⁸. Muchos de estos principios se encuentran recogidos en la Constitución y en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que recogen derechos humanos y derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950²⁹.

Puede suceder que cuando se trata de reconocer efectos en España a una decisión extranjera que resuelve o constata la existencia de una situación jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares, ésta pueda causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la sociedad española. En tal caso, el rechazo del reconocimiento es más que aconsejable. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés público que está por encima del beneficio que dicho reconocimiento pudiera reportar a los particulares.

36. El orden público internacional presenta las siguientes características: 1ª) Opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado. Ello significa que debe intervenir solo y exclusivamente si con ello se defiende una “necesidad social imperiosa”³⁰. 2ª) Por otro lado, el orden público ha de ser “actual”, esto es, deben tenerse presentes los principios básicos del Derecho español en el momento en que se pretende dotar de eficacia a una decisión extranjera. 3ª) Cabe otorgar un reconocimiento y/ o exequatur parcial en el caso de que sólo determinados pronunciamientos contenidos en la decisión extranjera resulten contrarios al orden público internacional español. 4ª) El orden público internacional español solo debe intervenir cuando la decisión extranjera se refiere a situaciones suficientemente vinculadas con España. 5ª) El hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiera aplicado el juez español, no supone vulneración alguna a orden público internacional español. 6ª) La interpretación e intervención del orden público internacional español es siempre restrictiva. De ahí que para que el orden público español puede operar la decisión extranjera debe comportar una contradicción manifiesta y flagrante con los principios que lo integran. *Debe conducir a un resultado inadmisibles en el caso concreto, por lo que los datos del supuesto en cuestión son siempre relevantes*³¹.

²⁸ Vid. STC 54/1989 de 23 de febrero de 1989.

²⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado español*, 15ª ed., Granada, 204, pp. 693-696.

³⁰ Vid. STEDH, de 3 de mayo de 2011, Asunto *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*. El TEDH ha indicado en este asunto que la negativa fundada en el “orden público internacional griego” a dar efectos en Grecia a la adopción, perfectamente legal, llevada a cabo por autoridades de EEUU, por el motivo de que el adoptante ostentaba la cualidad de monje y que las tradiciones y normas religiosas seguidas en Grecia prohíben que los monjes cristianos adopten a otras personas, constituye una aplicación arbitraria y desproporcionada. Dicha prohibición no forma parte de la legislación oficial griega y además, su observancia no constituye un eje cardinal de la cohesión jurídica de la sociedad griega. Ello resulta contrario al art. 6.1 CEDH 1950, y de ello se deriva también una vulneración de la “vida privada y familiar” del adoptado (art. 8 CEDH). Los tribunales del Estado requerido no pueden “ignorar a situación jurídica creada válidamente en el extranjero y que correspondía a una vida familiar con arreglo al art. 8 CEDH”, pues ello supone “rechazar el reconocimiento de los lazos familiares que ya existían de facto y prescindir de un examen de la situación”.

³¹ Vid. en relación a estas dos últimas características, STEDH de 28 de junio de 2007, Asunto *Wagner et J.M.W.L. c. Luxemburgo*. Los hechos que dieron lugar a este asunto son como siguen: las autoridades de Luxemburgo denegaron el exequatur de una sentencia peruana de adopción plena constituida en favor de una mujer soltera luxemburguesa, y ello porque las autoridades

37. No debe confundirse el orden público internacional con otras figuras:

- 1º) *Normas simplemente imperativas*: Son leyes o normas de Derecho Privado que no admiten derogación por pactos privados de los particulares. El orden público internacional no se identifica con el orden público interno. Si así fuera, las normas de conflicto sólo podrían operar cuando condujeran a la aplicación de Leyes cuyo contenido resultara ser igual o similar al Derecho español.
- 2º) *Normas internacionalmente imperativas*: Son normas que se aplican a ciertos casos a través de normas de extensión.
- 3º) *Leyes territoriales*: Son las leyes que se aplican a los hechos verificados en el territorio de un Estado y que son, frecuentemente, normas de Derecho Público. Así por ejemplo, las normas penales y administrativas se aplican a los hechos ocurridos en España (art. 8 Cc), pero nada tienen que ver con el orden público internacional³².

B) El art. 10 de la Ley 14/2006: una norma imperativa

38. Algunos tribunales españoles al igual que un nutrido sector de la doctrina, en su mayoría civilistas, defienden que la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ha de quedar resuelta mediante la *aplicación directa* del art. 10 LTRHA. Consideran que el mencionado precepto es una “*norma material imperativa*” o “*ley de policía*” en tanto que defiende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. De ahí que el art. 10 LTRHA deba aplicarse de forma obligatoria a todo supuesto, nacional o internacional, que se suscite ante tribunales y autoridades españolas³³.

39. También consideran que en estos casos se está ante un “*fraude de Ley general*”, en tanto que los españoles que se trasladan al extranjero, lo hacen con el único objetivo de evadir la aplicación del art. 10 LTRHA y lograr una concreta filiación del menor a su favor³⁴. Por tanto, dicho fraude de Ley

peruanas no habían aplicado la norma de conflicto de Luxemburgo en esta materia, norma que señala como Ley aplicable a las condiciones para adoptar, la Ley nacional del adoptante (Ley de Luxemburgo). Esta Ley solo admite la adopción plena en favor de personas casadas entre sí. El TEDH estimó que el rechazo del exequatur de la sentencia peruana produjo una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar (art. 8 CEDH) y del principio de no discriminación (art. 14 CEDH), ya que consideró que este rechazo del exequatur a través del control de la Ley aplicada por el tribunal de origen había provocado una desproporcionada injerencia en la vida familiar del adoptante y que no se habían considerado las circunstancias del caso concreto.

³² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado español*, 15ª ed., Granada, 204, p. 530.

³³ Vid., *ad ex.*: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009, BIB 2009/411; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, enero 2010, versión *on line*; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012 (versión *on line*); A. SALAS CARCELLER, “El Registro civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (Tribuna), *WestLaw*, BIB 2010/2946; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html; A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011 (versión *on line*); *Id.*, “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y ss; *Id.*, “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012 (versión *on line*); *Id.*, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, (versión *on line*)

³⁴ La situación descrita más que con un “fraude de ley” (art. 6.4 Cc) se corresponde con lo que en DIPr. se conoce como *Forum Shopping*, consecuencia del principio de exclusividad y de relatividad. El *Forum Shopping* tiene lugar cuando los sujetos de una relación jurídica privada nacional, la internacionalizan con vistas a encontrar la jurisdicción que más les conviene y conseguir con ello, en la mayoría de las ocasiones, una solución más beneficiosa.

debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 LTRHA, pues “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 Cc). En consecuencia, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al hijo. Para el Derecho español, los padres de intención no son los padres legales del nacido. Tampoco consideran vulnerado el interés superior del menor, al existir en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos legales para que el mismo pueda determinar su filiación³⁵.

40. Ahora bien, para que el art. 10 LTRHA pudiera aplicarse directamente, sin recurrir a la norma de conflicto española (art. 9.4 Cc) para determinar la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, debería ser una norma internacionalmente imperativa. Pero, no lo es. Para ello, el legislador debería de haber establecido un ámbito de aplicación en el espacio de este art. 10 LTRHA. Dicho precepto no es una norma de extensión. Pero incluso, en el supuesto de que el mandato del legislador fuera implícito, por ser considerado como “una norma de policía” o “una norma materialmente imperativa”, su observancia se debería considerar crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado. Circunstancias éstas que no concurren en esta norma. Más bien, al contrario. Tal y como se indicaba con anterioridad, esta disposición deja desprotegido al hijo nacido mediante gestación por sustitución en Derecho español. Siendo esto así, difícilmente podría considerarse que la misma resulta esencial para salvaguardar la organización política y social de España.

41. El art. 10 LTRHA es simplemente una norma imperativa. Por tanto, sólo podrá aplicarse cuando el Derecho español rijan la cuestión en virtud del art. 9.4 Cc y además, se plantee la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en sede de Derecho aplicable, no de reconocimiento de efectos de la certificación extranjera en la que ya consta una filiación determinada.

C) Filiación determinada en el extranjero mediante certificación registral y orden público internacional español

a) Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

42. La DGRN, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, considera que la certificación registral californiana en la que se constata la paternidad en favor de dos varones, no vulneraba el orden público internacional. Y ello, por las siguientes razones: a) En Derecho español, se admite la filiación en favor de dos hombres en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 CE), si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales; b) En Derecho español, es posible que la filiación se inscriba en favor de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA), razón por la cual no puede afirmarse que el orden público internacional español impone que la filiación natural de un sujeto deba constar a favor de dos personas de distinto sexo. Hay que añadir que el precepto mencionado excepciona el principio *mater semper certa est*, en tanto que permite atribuir la maternidad a una mujer que no ha parido. Incluso puede ser que incluso ambas mujeres no sean las madres biológicas, en cuyo caso en poco se diferencia este supuesto con el de la doble paternidad natural en los casos de gestación por sustitución; c) El “interés superior del menor” (art. 3 CNYDN de 20 de noviembre de 1989) puede aconsejar la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura

³⁵ *Vid.*, entre otros: M^a JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381, esp. p. 379 (versión *on line*: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/13801/inscripcion_jimenez_AFDUA_2012.pdf?sequence=1); A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 octubre 2013, (versión *on line*).

en el Registro civil extranjero³⁶. En caso de rechazar la inscripción de esta filiación en el Registro Civil español, podrían producirse diversos resultados negativos para el menor: a) Los hijos podrían quedar privados de una filiación, o de la filiación en relación con el sujeto que es su padre genético; b) La filiación de estos sujetos y sus padres cambiaría cada vez que los menores cruzaran la frontera; c) Los hijos se verían privados de un derecho fundamental (art. 7 CNYDN): vivir con las personas que realmente los quieren como hijos, pero no figuran legalmente como padres (FJ 5°).

b) Jurisdicción civil y orden público internacional

43. Los tribunales españoles del orden civil consideran de forma unánime que la certificación registral extranjera en la que conste la filiación de un menor mediante gestación por sustitución infringe el orden público internacional español, si bien utilizan para ello distintos argumentos.

44. La SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 estima que se vulneran principios tales como la indisponibilidad de la persona (“*la persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, el niño no puede ser objeto de transacción*”) así como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la integridad moral (art. 15 CE), la protección integral por parte de los poderes públicos de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 CE). Además, considera el mismo tribunal que el art. 10 LTRHA es una norma de policía (FJ 2°) Y niega la posibilidad de aplicar la figura del orden público atenuado, en tanto que la filiación es causa directa del contrato de gestación por sustitución (FJ 4°).

45. El interés superior del menor no queda vulnerado tampoco, según la AP Valencia, porque el propio ordenamiento jurídico ofrece cauces para que los menores puedan ver determinada su filiación (art. 3 CNUDN). El propio art. 10 LTRHA protege dicho interés en tanto que pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio de los hombres, y tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH, y ello por dos motivos: de un lado, la denegación de la inscripción de nacimiento no impide desarrollar una vida familiar *de facto*, y de otro, los menores pueden ejercer su derecho a una identidad única, “*pues estos tienen la que resulta de la certificación californiana*” (FJ5°).

46. Para el TS español: a) “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los

³⁶ Sobre el “interés superior del menor”, vid., ad ex., en Derecho español: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado”, *BIMJ*, 1996, núm. 1766, pp. 7-30; A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Art. 9.6”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 259-282; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, 1993 y *RJC*, 1994, pp. 919-970; *Id.*, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1287-1308; *Id.*, “La evolución de la protección del niño en Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA/J.J. FORNER I DELAYGUA (dirs), *La protección de los niños en Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, 2010, pp. 11-37; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en *Id.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, pp. 387-477, esp. pp. 387-390; A. DURÁN AYAGO, “La protección de menores en la Era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coords), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 213-236; J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 338-360; S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, 2003; M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya*, Valladolid, 2004; E. PATRICIA GONZÁLEZ, “El interés del menor como criterio superior: Una perspectiva integral”, <http://www.monografias.com/trabajos41/interes-del-menor/interes-del-menor.shtml>; J. A. PÉREZ BEVÍA/S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coords), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 463-493; E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 101-114; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 465-498; M. VARGAS GÓMEZ URRUTÍA, *La protección internacional de los derechos del niño*, México, 1999.

valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección de la infancia” (Sentencia de 6 de febrero de 2014, FJ 3º. 10); b) No cabe disociar el contrato de la filiación, en tanto que ésta es una consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución; c) Denegar la inscripción de nacimiento y filiación a favor de dos varones no resulta discriminatorio (art. 7.3 LTRHA). La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio (FJ 4º); d) Finalmente, respecto al interés superior del menor el TS procede a realizar una ponderación con otros bienes jurídicos en juego: proteger la dignidad e integridad de la mujer gestante, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación y evitar la explotación de las mujeres, llegando a la conclusión de que estos últimos han de prevalecer (FJ 8º).

47. Según el TS, los menores no ven vulnerado el derecho a una identidad única, porque no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos (FJ 4º. 9). Y “tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH. Según el TS la denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según la propia jurisprudencia del TEDH, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro c. Luxemburgo: (i) está prevista en la ley, pues ésta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal y como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes de transcendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” (FJ 4º. 10).

48. La denegación de la inscripción de nacimiento y filiación, según el propio TS, puede causar inconvenientes a los menores, pero no por ello quedarían desprotegidos. Más bien al contrario, la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de la legislación española. Concretamente, el art. 10 LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. De igual forma, figuras como el acogimiento y la adopción permitirían la integración real de los menores en el núcleo familiar (FJ 4º. 11).

c) Filiación determinada en un Estado miembro de la UE y orden público internacional

49. Un problema específico puede surgir en el ámbito de la UE. Como se indicaba al inicio de este trabajo, determinados Estados miembros admiten la gestación por sustitución (caso de Reino Unido y Grecia, por ejemplo). De tal forma, puede darse el caso de una filiación determinada en alguno de estos países, en los que el nacido se considere hijo, no de la mujer que dio a luz, sino de los comitentes o padres de intención. Por tanto, el nacido será considerado hijo de unas determinadas personas con arreglo al Derecho de dicho país extranjero, y de otras diferentes con arreglo al Derecho español. En tales supuestos, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 21 TFUE) en tanto que cada vez que cruzara la frontera, cambiaría su filiación, produciéndose con ello riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación del sujeto, que pueden causarle graves inconvenientes tanto de orden profesional como privado. En tales casos, y aplicando la jurisprudencia del TJUE ya existente en materia de nombre y apellidos, los Estados miembros deberían de respetar la filiación determinada conforme al Derecho de otro Estado miembro, salvo que ello vulnera su orden público internacional, esto es, si dicho reconocimiento infringe los principios jurídicos fundamentales en los que dicho Estado basa la convivencia y la paz social³⁷.

³⁷ Vid. L. BRUNET/J. CARRUTHERS/K. DAVAKI/D. KING/C. MARZO/J. MCCANDLESS, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, (PE 474.403), Bruselas, 2013; P. LAGARDE, “La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé”, *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 511-520; V. TODOROVA, *Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for a EU action?*, (PE 432.738), Bruselas, 2010.

IV. La instrucción DGRN de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución

50. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución persigue como principal objetivo: “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor” y también proteger “otros intereses en los supuestos de gestación por sustitución”, entre ellos: “la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres” y “controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato”. Para garantizar la protección de dichos intereses la citada Instrucción establece los siguientes requisitos:

51. 1º) Exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deben presentar, junto con la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero. En consecuencia, tal y como indica a propia Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Con ello, se viene a decir que los títulos registrales extranjeros no son aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España, sino que es título determinante la resolución judicial extranjera.

52. 2º) Además, dicha resolución judicial extranjera, en caso de haber recaído en un procedimiento contencioso, debe haber obtenido previamente el *exequatur* en España, según los Convenios internacionales que pudieran resultar de aplicación o en su defecto, a través del art. 954 LEC 1881.

53. 3º) Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no resulta necesario el *exequatur*. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil procederá a efectuar un reconocimiento incidental, debiendo controlar los siguientes extremos: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se hubiere presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que se hubieren garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quién tenga reconocida facultad de revocación, o la hubiere ejercitado.

54. 4º) La necesidad de *exequatur* –resolución judicial recaída en procedimiento contencioso- o de reconocimiento incidental registral –resolución judicial recaída en procedimiento de jurisdicción voluntaria, es una decisión que se hace depender del buen criterio del Encargado del Registro civil.

55. Con este telón de fondo, no es de extrañar que la mencionada Instrucción de la DGRN sea objeto de severas críticas, entre ellas: 1º) La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución es contraria a la Ley. Los arts. 81 y 85 RRC admiten como título válido para la inscripción de la filiación en España, la presentación de un acta registral extranjera. Tales preceptos no exigen que se haya dictado una resolución judicial relativa a la gestación por sustitución. La Instrucción DGRN vulnera el RRC; 2º) Dicha exigencia, induce además a una “judicialización” de la función registral, en tanto que busca eximir de sus responsabilidades legales a los encargados de los Registros Civiles –en concreto, calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en supuestos de gestación por sustitución-. Esta judicialización resulta contraria a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un he-

cho relativo al estado civil de las personas (arts. 2 y 92 LRC); 3º) Tal exigencia obliga a los promotores de la inscripción de nacimiento y filiación a acudir obligatoriamente ante los tribunales extranjeros para acreditar la filiación del nacido, incluso cuando no se requiera la intervención judicial conforme al Derecho extranjero; 4º) Entre los extremos que, según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, a través del reconocimiento incidental, no se ha incluido el “orden público internacional”; 5º) Finalmente, llama la atención que la DGRN haya acogido el “sistema bilateralista” para controlar la competencia judicial internacional del juez de origen. Dicho sistema resulta artificial e imperialista, en tanto que supone, que todos los Estados del mundo han de compartir los mismos criterios de competencia judicial internacional previstos por el legislador español. Algo que explica que el propio TS, ya desde 1998, abandonara este criterio y se decantara por el “sistema de los contactos razonables” o “sistema de proximidad”. Según éste, debe considerarse que el tribunal extranjero es internacionalmente competente, si el litigio en cuestión presenta vínculos razonables con el país donde se desarrolló el proceso³⁸.

56. La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 ha tenido, sin embargo, la virtud de regularizar, aunque tal vez no a través de la mejor técnica jurídica, la situación de diversas familias españolas, cuyos hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, se encontraban en un limbo jurídico³⁹. Pero, también ha tenido el gran defecto de originar jurisprudencia contradictoria en el ámbito del procedimiento de *exequatur*⁴⁰.

V. Permiso de maternidad o paternidad y gestación por sustitución

1. Jurisdicción social y orden público internacional atenuado

57. Finalmente, debe resaltarse el tratamiento que la gestación por sustitución está recibiendo por parte de los tribunales españoles en el orden social⁴¹. Así se estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos mediante gestación por sustitución, pueden gozar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación, en virtud del art. 133 bis LGSS y del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Según dicho precepto: “*Se consideran equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (...)*”.

58. Los tribunales españoles del orden social estiman que la filiación por naturaleza derivada de gestación por sustitución y establecida por resolución extranjera resulta equiparable a las situaciones

³⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, 2013, pp. 316-319.

³⁹ Vid. Resolución DGRN núm. 48/2013, de 15 de abril, JUR\2013\327711; Resolución DGRN núm. 4/2011, de 22 de diciembre, JUR\2012\307190; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 30 de noviembre, JUR\2012\303071; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 12 de diciembre de 2011, JUR\2012\307191; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 30 de noviembre, JUR\2012\303072; Resolución DGRN núm. 5/2011, de 23 de septiembre de 2011, JUR\2012\168314; Resolución DGRN núm. 4/2011, de 23 de septiembre, JUR\2012\168313; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 23 de septiembre, JUR\2012\168312; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 27 de junio, JUR\2012\2012\151441, resolución DGRN núm. 3/2012\151439; Resolución DGRN núm. 2/2011, de 9 de junio, JUR\2012\151438; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 9 de junio, JUR\2012\151437; Resolución DGRN núm. 6/2011, de 6 de mayo, JUR\2012\147776; Resolución DGRN núm. 5/2011, de 6 de mayo, JUR\2012\114782; Resolución DGRN núm. 542011, de 6 de mayo, JUR\2012\110698; Resolución DGRN núm. 1/2011, de 3 de mayo, JUR\2012\107637.

⁴⁰ Vid. AJPI de Pozuelo de Alarcón, de 25 de junio de 2012; AAP Madrid, núm. 1341\2012 de 3 de diciembre, JUR\2013\15881.

⁴¹ Vid. STSJ Madrid, Social, 13 de marzo de 2013, *Aranzadi West Law*, JUR\2013\291496; STSJ Madrid, Social, 18 de octubre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\2503; TSJ Cataluña, Social, 23 de noviembre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2013\845; STSJ Asturias, Social, 20 de septiembre de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\2485; SJS Oviedo, 9 de abril de 2012, *Aranzadi West Law*, AS\2012\924.

mencionadas en la norma transcrita, sin que resulte preciso *exequetur* de la misma en España. Para ello, hacen uso de una figura conocida en el Derecho internacional privado, y utilizada por estos mismos tribunales en el caso de los matrimonios poligámicos: “el orden público internacional atenuado”.

59. Sustentan su posición sobre la base de los siguientes argumentos jurídicos:

60. a) En la legislación española, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin que se dé previamente una definición de maternidad, lo que hace remitirse al concepto general de “estado o cualidad de madre”, que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le equiparen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica. De ahí que el art. 133 ter LGSS se refiera a los beneficiarios de la prestación como “trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo...”. El RD antes mencionado, acogiendo la finalidad de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴², reformadora precisamente en este punto de la LGSS, tiene por objeto ampliar la protección social, mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, aspecto este último aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea.

61. b) Cabe distinguir dos situaciones en relación con la llegada de un hijo al núcleo familiar, generador del derecho a la prestación por maternidad o paternidad: a) El parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que solo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a y; b) la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva (art. 45. 1 d) y art. 48.4 ET).

62. c) En los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, carece de sentido invocar en esta sede el art. 10 Ley 14/2006 cuya finalidad es proteger la maternidad biológica, no la prestación de maternidad o paternidad, concebida en aras a la protección del menor. De lo contrario, el menor quedaría desprotegido ante la imposibilidad de que la “madre biológica” ejercitara tal derecho.

63. d) No conceder la prestación de maternidad o paternidad en tales supuestos, vulneraría el art. 14 CE. Dada la finalidad social de la prestación, que atiende al interés del menor, se estaría discriminando al hijo por haber nacido a través de gestación por sustitución. El derecho a la no discriminación en función de la filiación integra el orden público internacional español. La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres (art. 39 CE).

64. f) Razones para equiparar esta situación a la adopción o al acogimiento: la posición que ocupan los progenitores respecto del nacido, adoptado o acogido, es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos; existe identidad de razón desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico distinto a la adopción o al acogimiento pero idóneo por haberse inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. La solución opuesta sería contraria al espíritu de la LO 3/2007.

2. Jurisprudencia del TJUE

65. La reciente STSJ País Vasco, de 13 de mayo de 2014 merece un comentario aparte ya no tanto por apartarse de la doctrina asentada por los tribunales españoles del orden social, sino más bien

⁴² BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

por los argumentos jurídicos que emplea para ello⁴³. De un lado, fundamenta la denegación del permiso de maternidad en casos de gestación por sustitución en el extranjero en la STS, de 6 de febrero de 2014, en tanto que dicha resolución anula directamente la Resolución de 8 de febrero de 2009 de la DGRN, e indirectamente la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. De otro, “acata” la jurisprudencia del TJUE existente ya sobre esta materia. Y llama la atención porque un atento análisis de dicha jurisprudencia conduce a adoptar la solución contraria, esto es, a conceder en España, el permiso de maternidad o paternidad en los casos de gestación por sustitución, tal y como se venía haciendo hasta este momento.

66. Dos han sido los casos resueltos por el TJUE, en sendas Sentencias de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T y As. C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*⁴⁴.

67. En el primero de ellos, - Asunto C-167/12, C.D. y S.T-, los hechos fueron como siguen: la Sra. D. trabajaba como empleada desde el 7 de julio de 2001 en un hospital del Reino Unido. La Sra. D. celebró conforme a la *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008 un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. Su pareja facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella. La Sra. D. presentó una solicitud de permiso retribuido a su empleador, basada en el régimen aplicable en caso de adopción establecido por éste. En su escrito de 14 de marzo de 2011 el empleador comunicó a la Sra D. que el convenio de gestación por sustitución que había concluido no se ajustaba a las condiciones del referido régimen. Fue entonces, cuando la Sra. D. interpuso acción ante el *Employment Tribunal*, aduciendo motivos fundados en una discriminación por razón de sexo y/o del embarazo y la maternidad y vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH. Mientras se sustanciaba este procedimiento, nació el niño, y tras ejercitar la *parental order*, (art. 54, *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008), el tribunal competente otorgó a la pareja la patria potestad plena y permanente sobre el niño.

68. Ante tales hechos, el *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne*, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) si la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a disfrutar del permiso de maternidad previsto en el art. 8 de la misma, y ello en particular, en el caso de que la madre subrogante pueda amamantarlo tras su nacimiento o cuando lo amamanta efectivamente⁴⁵; 2) Si el artículo 14 de la Directiva 2006/54, puesto en relación con el art. 2, apartado 1 a) y b) y 2 c), debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, constituye una discriminación basada en el sexo⁴⁶.

69. En el Asunto C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*, los hechos son similares, si bien tienen lugar en Irlanda, país donde no se regula la gestación por sustitución. En este caso, la Sr. Z. trabajaba como profesora de educación secundaria en una escuela municipal gestionada por el *Board Management*, con arreglo a las condiciones laborales fijadas por el *Govermenet Department*, que le pagaba la retribución. La citada Sra. Z padecía de una rara afección consistente en que, a pesar de tener ovarios sanos y ser fértil, carecía de útero y no podía gestar un hijo. Durante el curso 2008/09, la Sra. Z. y su esposo decidieron recurrir a la gestación por sustitución, acudiendo a una agencia especializada de California (EEUU). El tratamiento de fecundación *in vitro* se llevó a cabo en Irlanda, mientras que la transferencia de óvulos a la madre gestante se efectuó en California. El 7 de abril de 2010, la Sra. Z viajó a California para estar presente en el nacimiento de

⁴³ STSJ País Vasco, de 13 de mayo de 2014, AS\2014\1228.

⁴⁴ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T, TJCE 2014\113; STJUE, de 18 de marzo de 2014 As. C-363/12, Z y *A Government Department and the Board of Management of a Community School*, TJCE 2014\112.

⁴⁵ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

⁴⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *DO L* 204, p. 23.

su bebé, una niña, que tuvo lugar el 28 de abril de 2010. La niña es hija genética de la Sra. Z. y de su marido, pues se concibió con sus gametos. Conforme al Derecho californiano, se considera a la Sra. Z. y a su marido como padres legales de la menor. El 18 de mayo de 2010, la Sra Z y su marido regresaron con su hija a Irlanda.

Las condiciones de trabajo de la Sra. Z. preveían el derecho a permisos retribuidos por maternidad y por adopción. Dado que la Sra. Z. no había estado embarazada ni podía dar a luz a un hijo, no podía reunir las condiciones exigidas para el permiso de maternidad. Pero, tampoco podía beneficiarse por la misma causa de un permiso por adopción. De ahí que, el 10 de febrero de 2010, la Sra Z. solicitara ante las autoridades competentes la concesión de un permiso equivalente a un permiso de adopción. Permiso que le fue denegado. Este hecho motivó que la Sr. Z presentara una demanda ante el *Equality Tribunal* alegando: discriminación por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad y negativa a la concesión de un permiso equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción.

70. El mencionado tribunal plantea ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) Si la Directiva 2006/54, en particular sus arts. 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o al permiso por adopción a una trabajadora, en sus calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución; 2) Si la Directiva 2000/78⁴⁷, interpretada en su caso a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁸, debe entenderse en el sentido de que constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción a una trabajadora incapacitada para gestar un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

71. Respecto a la primera cuestión prejudicial, que se plantea en el Asunto C-167/12, C.D. y S.T, -si una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución tiene derecho a disfrutar del permiso de maternidad previsto en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, en particular, en el caso de que la madre subrogante pueda amamantarlo tras su nacimiento o cuando lo amamanta efectivamente-, el TJUE recuerda que el objetivo de la Directiva 92/85 es promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia⁴⁹. En este contexto la Directiva 92/85 en su art. 8 establece que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad. Además, añade el alto Tribunal que “*el derecho al permiso de maternidad reconocido a favor de las trabajadoras embarazadas debe considerarse un medio de protección del Derecho social que reviste especial importancia*”⁵⁰. Este permiso encuentra su fundamento en la situación específica de vulnerabilidad en el que se encuentra la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, situación ésta que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad. Este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que se sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones⁵¹.

72. Por tanto, “la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en el art. 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado

⁴⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L303, p. 16.

⁴⁸ Aprobada en nombre de la Comunidad Europea por Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, DO 2010, L 23, p. 35.

⁴⁹ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T apartado 29.

⁵⁰ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 31 y 32.

⁵¹ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 33 y 34.

a luz a un niño⁵². De todo ello, cabe afirmar que “una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito del art. 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando pueda amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente” De ahí que, los Estados miembros no estén obligados en virtud de ese artículo a conferir a esa trabajadora un permiso de maternidad.

73. Ahora bien, el propio TJUE recuerda que la Directiva 92/85 es una norma de mínimos, esto es, tiene por objeto establecer unas exigencias mínimas en materia de protección de la trabajadora embarazada. Nada impide que los Estados miembros puedan aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño⁵³.

74. En ambos Asuntos, se plantea como cuestión prejudicial *si el hecho de denegar un permiso de maternidad a una madre subrogante constituye una discriminación basada en el sexo en el sentido de la Directiva 2006/44*. El TJUE estima que tal negativa podría constituir una *discriminación directa* por razón de sexo, en el sentido del art. 2.1 a) y b), si la razón esencial de esa negativa afecta exclusivamente a los trabajadores de uno de los sexos. Pero, tal y como se deduce de la legislación nacional aplicable un hombre que fuera padre mediante convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante, esto es, tampoco él tendría derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad⁵⁴. Por otro lado, para que exista *discriminación indirecta*, según jurisprudencia del propio Tribunal, la aplicación de una misma norma, aunque formulada de forma neutra, ha de perjudicar de hecho a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que del otro. Y en el caso, en cuestión, nada permite apreciar que la denegación de la concesión del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores⁵⁵. De ahí que, el TJUE concluya que “la negativa a conceder un permiso de maternidad a una madre subrogante (...) no constituye una discriminación directa o indirecta basada en el sexo en el sentido del art. 2. 1 a) y b) de la Directiva 2006/54”⁵⁶.

75. Por otro lado, el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad constituye una discriminación a efectos de la Directiva 2006/54 (art. 2. 2 c), pero una madre subrogante no puede, por definición, ser objeto de un trato menos favorable por razón del embarazo, ya que no ha estado en cinta⁵⁷.

76. Respecto al permiso retribuido equivalente a un permiso de adopción, la Directiva 2006/54 otorga libertad a los Estados miembros para conceder o no tal permiso, esto es, el permiso de adopción no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54 (art. 16 y Considerando 27). Ahora bien, si un Estado decide reconocer tales derechos, deben tomar todas las medidas necesarias para proteger a los trabajadores⁵⁸.

77. Finalmente, si la denegación de un permiso equivalente al de maternidad o adopción a una trabajadora incapacitada, constituye una discriminación por razón de discapacidad, en virtud de la Di-

⁵² STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 37.

⁵³ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 41 y 42.

⁵⁴ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 46 y 47; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 51 y 52.

⁵⁵ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartados 48 y 49; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 53 y 54.

⁵⁶ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 50; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartado 55.

⁵⁷ STJUE, de 18 de marzo de 2014, Asunto C-167/12, C.D. y S.T., apartado 52; STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 56 y 57.

⁵⁸ STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 62 y 63.

rectiva 2000/78, interpretada conforme a la Convención de la ONU, el TJUE estima que en el ámbito de la citada Directiva, el concepto de discapacidad “supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. Y en este sentido, “la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él”.⁵⁹

VI. La gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. France*

78. Tanto en el Asunto *Menesson* como en el Asunto *Labassee*, el TEDH ha de afrontar la espinosa cuestión relativa a la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Y lo hace de tal manera que pone en entredicho la solución ofrecida por los tribunales españoles del orden civil y obliga a replantearse en España el tratamiento de la misma.

1. Hechos

A) Asunto *Menesson c. France*

79. Los *Menesson*, un matrimonio de nacionalidad francesa y residencia en Francia, no podían tener hijos debido a la infertilidad de la mujer. Después de haber intentado la fecundación *in vitro* con sus propios gametos, decidieron recurrir a la fecundación *in vitro* con gametos del marido y óvulos de un donante, para fecundar el embrión fecundado en el útero de otra mujer. Para ello se trasladaron a California, donde este tipo de TRA está permitida por la ley, y celebraron un contrato de gestación por sustitución. Por sentencia de 14 de julio de 2000, el Tribunal Supremo de California, declaró la paternidad legal de los *Menesson* con el consentimiento de todas las partes implicadas (los padres de intención, la mujer subrogada y, en este caso, el marido de la misma). La sentencia también precisaba que en el acta de nacimiento los *Menesson*, debían figurar como padre y madre. El 25 de octubre de 2000, nacieron dos gemelas.

80. A principios de noviembre de 2000, el Sr. *Menesson* acudió al Consulado francés en los Ángeles solicitando la transcripción del acta de nacimiento y la inscripción de las hijas en su pasaporte para poder entrar con ellas en Francia. Los servicios consulares se opusieron a tal solicitud, al sospechar que estaban ante un caso de gestación por sustitución, prohibido por la legislación francesa –no se aportó la prueba física del parto de la esposa–.

81. La administración federal americana había expedido a las gemelas los pasaportes estadounidenses en los que los *Menesson*, figuraban como sus padres. Así fue como los cuatro pudieron entrar en Francia en noviembre de 2000. En mayo de 2001, el Ministerio Fiscal interpuso una acción penal fundada en el art. 227-12 CP relativa al delito de simulación de parto y alteración del estado civil. Ésta fue archivada tres años después, -el 30 de septiembre de 2004-, en virtud del principio de territorialidad de la ley penal. El 16 de mayo de 2003, el Ministerio Fiscal instó una acción civil ante el *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, sobre la base del art. 16 -7 y art. 16-9 CC francés que prohíbe la maternidad subrogada, al objeto de solicitar la transcripción de oficio de las actas de nacimiento en el Registro Civil francés, pero a los únicos efectos de interesar la anulación de la misma por contravenir el orden público, en particular: el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas. Por tanto, ni la Sentencia del Tribunal Supremo de California de 14 de julio de 2000 ni la certificación extranjera de nacimiento fundada en la misma, podían ser reconocidas en Francia. Por Sentencia de

⁵⁹ STJUE, de 28 de marzo de 2014, As. C-363/12, Z y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*, apartados 80 y 81.

13 de diciembre de 2005, el mencionado tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales. Con posterioridad, la *Cour d'Appel* de París, por sentencia de 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del Ministerio Fiscal⁶⁰. Y ello, sobre la base de que el ministerio público no se había opuesto al reconocimiento de la decisión californiana ni a los documentos públicos californianos relativos al estado civil sobre la base del art. 47 del CC, relativo a la transcripción en el Registro, sin necesidad del *exequatur*, de las actas relativas al estado civil extranjeras. De igual forma, invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del art. 3 del Convenio de NU sobre Derechos del Niño (1989)⁶¹.

82. Esta decisión fue recurrida por el Abogado General del tribunal de apelación en un recurso de casación en interés de ley, ante la *Cour de Cassation*, el 17 de diciembre de 2008. Pero, el alto tribunal se limita a resolver la cuestión relativa a la facultad del Ministerio Fiscal, considerando su demanda admitida, esto es, el Ministerio Fiscal tenía facultad para instar la anulación por motivos de orden público. La *Cour de Cassation* omite la referencia al interés superior del menor no tomando partido por las cuestiones de fondo, y reenvía la cuestión al tribunal de Apelación⁶².

83. Por sentencia de 18 de marzo de 2010, la *Cour d'Appel* de París, ordena anular la transcripción de las certificaciones de nacimiento y proceder a la transcripción de la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento anulada. Los argumentos sobre los que fundamenta su decisión el citado tribunal son los siguientes: 1º) las actas de nacimiento han sido establecidas sobre la base de una sentencia californiana que declara padres legales de las menores a los Srs. *Menesson*, por tanto, tales actas son indisociables de la decisión judicial, y su eficacia queda subordinada a la regularidad internacional de esta última; 2º) Para que una decisión judicial extranjera pueda ser reconocida en Francia es necesario que se cumplan tres condiciones: a) competencia indirecta el juez extranjero fundada en un vínculo del litigio con la jurisdicción de origen; b) conformidad con el orden público internacional francés y; c) ausencia de fraude de ley; 3º) los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en Francia, considerándose nulos de pleno derecho, por tanto sin necesidad de buscar si existe o no un fraude de ley, cabe afirmar que la sentencia californiana que valida indirectamente un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional; 4º) La invocación del interés superior del menor no puede permitir, hacer válido a posteriori un proceso cuya ilicitud está consagrada por el legislador francés, además, la ausencia de inscripción no tiene por efecto privar a los dos niñas de su estado civil americano e impugnar el vínculo de filiación que les ha sido reconocido por el derecho californiano.

84. Los *Menesson* recurrieron en casación haciendo valer, de una parte, el desconocimiento del interés del menor, en el sentido del art. 3.1 CNUDN-, y de su derecho a tener reconocida una filiación estable, y de otra, una vulneración del art. 8 CEDH en sí mismo considerado y en relación con el art. 14 de la misma Convención. Además sostienen que la sentencia extranjera que reconoce la filiación de un hijo respecto a una pareja que ha celebrado válidamente un contrato de gestación por sustitución con una mujer subrogada no es contrario al orden público internacional, que no puede confundirse con el orden público interno.

85. El 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* confirmó la sentencia de la *Cour d'Appel* considerando que la sentencia californiana de 14 de julio de 2000 era contraria a la concepción de orden público internacional, de manera que las actas de nacimiento que han sido establecidas en aplicación de

⁶⁰ *Cour d'Appel* Paris, 25. 10. 2007, notas de G. CUNIBERTI, *JDI*, 2008, pp. 145 y ss; J. HAUSER, "Personnes et droits de la famille", *RTDCiv*, n°1, pp. 93 y ss.

⁶¹ Considerar que la decisión que homologa el contrato de gestación por sustitución no produce efecto alguno conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna.

⁶² *Cour de Cassation* (1ª Ch. civ.), 17.12.2008, notas de D. SARCELET, "La gestation pour autrui à nouveau devant la Cour de Cassation. COnvention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère", *Recueil Dalloz*, 2009, núm, 5; P. LAGARDE, *RCDIP*, 2009, pp.

tal decisión, deben ser anuladas. Una tal anulación no vulnera ni el derecho a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 CEDH ni al interés superior del menor garantizado por el art. 3.1 CNYDN.

86. Según la *Cour de Cassation*, el contrato de gestación por sustitución es nulo en Francia por ser contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del principio de indisponibilidad del estado civil de las personas. Cuando el nacimiento es el resultado, en fraude de la ley francesa, de un convenio de gestación por sustitución lícito en el extranjero, está viciado de nulidad. En presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3.1 CNYDN, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 CEDH pueden ser invocados.

B) Asunto *Labassee c. France*

87. A grandes rasgos, el Asunto *Labassee* coincide con el supuesto de hecho del Asunto *Menesson*, algo que explica que haya sido resuelto de la misma manera por el TEDH. En este caso concreto, se trataba también de un matrimonio francés con residencia en Francia. Como consecuencia de un problema de infertilidad de la esposa, deciden celebrar un contrato de gestación por sustitución en EEUU (*Minnesota*). La paternidad legal de los *Labassee* queda establecida mediante resolución judicial americana. Nacida la niña, esta fue inscrita en el Registro civil de aquél país. Unos años más tarde, las autoridades francesas se niegan a inscribir el acta de nacimiento y filiación extranjera por considerarla contraria al orden público internacional francés. Es entonces cuando los *Labassee* intentan la inscripción de la filiación recurriendo a la figura de la posesión de estado.

88. Por sentencia de 6 de abril de 2011, la *Cour de Cassation* niega cualquier efecto que se pueda derivar del contrato de gestación por sustitución, por ser contrario al orden público internacional francés, incluida la posesión de estado y los efectos que pueda tener sobre el establecimiento de la filiación. Además, y según el citado tribunal, esta situación no priva al menor de la filiación materna y paterna que el Derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con sus padres de intención en Francia y no vulnera ni el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), ni el interés superior del menor garantizado por el art. 3.1 CNYDN.

2. El interés superior del menor y el respeto al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH)

89. Tanto en el Asunto *Menesson* como en el Asunto *Labassee*, los padres de intención no tenían la posibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en el extranjero en detrimento del interés del menor. En tal sentido, consideraban que se estaba vulnerando el derecho a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

90. El TEDH comienza recordando que para garantizar *el derecho al respeto a la vida familiar*, el art. 8 CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares “*de facto*”. Lo que importa a tal fin en este tipo de situaciones, es la realidad concreta de la relación de los interesados, algo que en el Asunto *Menesson* y en el Asunto *Labassee* se cumple a todas luces⁶³.

91. Respecto al *derecho a la vida privada*, el TEDH señala que *el derecho a la identidad* forma parte integral del mismo. Así sucede con la filiación con la que se inscribe cada individuo. El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. En este caso concreto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación⁶⁴.

92. Según los padres de intención, la negativa de las autoridades francesas de reconocer jurídicamente el vínculo familiar supone una injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar. Como en los

⁶³ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*, punto 45 y Asunto *Labassee c. France*, punto 37.

⁶⁴ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*, punto 46 y Asunto *Labassee c. France*, punto 38.

Asuntos *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg* y *Negropontis-Giannis c. Grèce*, se produce una injerencia por parte de la autoridades estatales en el ejercicio del derecho garantizado por el art. 8 CEDH⁶⁵.

93. Se trata de analizar, si tal injerencia está justificada. Algo que sucede cuando: a) está prevista por la ley y; b) se persiguen fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática para poder atenderlos (art. 8.2 CEDH). El término “necesidad” implica una injerencia fundada sobre una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcional al fin legítimo perseguido⁶⁶.

94. Según el TEDH, la injerencia de las autoridades francesas en tal caso está perfectamente prevista en la ley y es previsible para las partes⁶⁷. Los fines que se persiguen son legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los individuos. La negativa en Francia de reconocer un vínculo de filiación entre los hijos nacidos en el extranjero de una gestación por sustitución y los padres de intención tiene por objeto desalentar a los ciudadanos a recurrir fuera el territorio nacional a una técnica de procreación que está prohibida en su territorio con el fin de proteger al menor y a la madre gestante⁶⁸.

95. El margen de apreciación de los Estados para decidir lo que es “*necesario en un sociedad democrática*”, es muy amplio cuando sobre un determinado asunto no existe un consenso sobre el interés en juego y la forma de protegerlo, pero sobre todo cuando se derivan cuestiones morales o éticas delicadas del mismo. Pero por otro lado, cuando entra en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad del individuo, el margen de apreciación de los Estados, se restringe⁶⁹.

96. En el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. De un lado, no existe consenso entre los Estados sobre su regulación pero al mismo tiempo está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos que afecta a su filiación. Por tanto, en este caso concreto se ha de buscar un justo equilibrio entre los intereses de los Estados y aquellos de los individuos directamente afectados, y haciéndolo se debe tener en cuenta el *principio esencial del interés superior del menor*, según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer⁷⁰.

97. La *Cour de Cassation* haciendo uso del *orden público internacional* deniega la inscripción de las actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución por vulnerarse con ello principios esenciales del derecho francés, entre ellos el principio de indisponibilidad del estado civil. Hacer lo contrario, esto es, admitir la inscripción equivaldría a aceptar tácitamente que el derecho interno fuera derogado, poniéndose en entredicho la coherencia interna de la prohibición. Ahora bien, tal y como indica el TEDH, cuando se aplica la excepción de orden público internacional en tales supuestos, resulta necesario verificar si el juez estatal ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de establecer un *justo equilibrio* entre los intereses colectivos y los intereses de los afectados, especialmente: el interés superior del menor y el ejercicio de un derecho fundamental como es el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar⁷¹.

98. En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los demandantes a su vida familiar y de otra, el derecho de los hijos al respeto a su vida privada⁷².

⁶⁵ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 49 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 49-50.

⁶⁶ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 50 y Asunto *Labassee c. France*, punto 51.

⁶⁷ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 57 y 58 y Asunto *Labassee c. France*, punto 52.

⁶⁸ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 62 y Asunto *Labassee c. France*, punto 54.

⁶⁹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 77 a 80 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 56-58.

⁷⁰ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 81 y Asunto *Labassee c. France*, punto 60.

⁷¹ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 82-85 y Asunto *Labassee c. France*, punto 61-63

⁷² STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, punto 86 y Asunto *Labassee c. France*, punto 65.

99. En el primer supuesto, *-derecho de los demandantes a su vida familiar-*, el TEDH llega a la conclusión de que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de las menores, aunque implica una serie de consecuencias negativas para el día a día, no impide en ningún caso el establecimiento de una vida familiar⁷³.

100. Respecto al *derecho a la vida privada de las menores*, el TEDH recuerda que “*el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación*”. Denegando el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera, se admite la filiación de los menores conforme al derecho de otro Estado pero, paradójicamente, en el foro se impide la condición de hijos con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, –nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc.– Es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de ella, la que atenta contra la identidad de las personas, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido (art. 8 CEDH)⁷⁴.

VIII. Conclusiones

101. El denominado “turismo procreativo internacional”, “turismo reproductivo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*” se ha convertido en un fenómeno global en los últimos años. Muchos son los ciudadanos que escapando de las legislaciones restrictivas que en materia de TRA existen en sus Estados de origen, se trasladan a otros países con leyes más permisivas para poder ejercitar su “derechos procreativos” o “derechos reproductivos”, con vistas a crear una familia. La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina favorecen y, en cierta medida, fomentan el mismo.

102. Los principales problemas jurídicos surgen cuando además de acudir a otro Estado para acceder a una determinada TRA, aspecto éste común a todo “turismo sanitario”, se trata de determinar además la filiación de los nacidos mediante este tipo de técnicas conforme al Derecho del Estado receptor. Algo que sería imposible en el país de origen por estar prohibida o no regulada la TRA en cuestión. Este tipo de práctica, que no hace sino reflejar la imparable intromisión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares, encuentra en la gestación por sustitución su máximo exponente.

103. Precisamente, esta modalidad de TRA, -no permitida por la legislación española (art. 10 LTRHA)-, ha convertido a nuestro país en un Estado de origen de turismo reproductivo. Los problemas jurídicos no se han hecho esperar. La Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 afrontó por primera vez la delicada cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. La solución ofrecida no fue, en su momento, pacífica: en ella se ordenaba inscribir el nacimiento y filiación de dos menores nacidos en EEUU mediante esta TRA, tal y como constaba en la certificación registral extranjera, -doble paternidad biológica-. Para ello, la DGRN hizo uso de todo el arsenal metodológico de DIPr. a su alcance, con un único fin: proteger el interés superior del menor como principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, evitar las situaciones claudicantes y garantizar la continuidad de las relaciones privadas internacionales. La mencionada Resolución provocó una gran convulsión en la doctrina, tal vez porque el principio *mater semper certa est*, comenzaba a desquebrajarse. La Resolución DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal en sede judicial, llegando hasta el TS que, por Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha revocado la misma y ha ordenado anular la inscripción de los menores amparándose en “un orden público internacional”, mal entendido y peor aplicado. Opinión esta compartida por el voto particular con el que cuenta la misma decisión.

⁷³ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 87-94 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 71-73.

⁷⁴ STEDH, de 26 de junio de 2014, Asunto *Mennesson c. France*, puntos 96-100 y Asunto *Labassee c. France*, puntos 75-79.

104. Desde la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 hasta la STS de 6 de febrero de 2014, la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución ha sido objeto de un tratamiento jurídico contradictorio por parte de las autoridades públicas españolas, incluida la propia DGRN. En los últimos años, en sede judicial hemos asistido no sin cierta perplejidad, -por cuanto está en juego el principio de igualdad y no discriminación ante la ley (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica y la protección que los poderes públicos han de garantizar al menor (art. 39 CE)-, como se ofrecían soluciones distintas a un mismo problema. Así, en la jurisdicción civil se denegaba el reconocimiento de efectos a los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero por ser contrarios al orden público internacional español y se consideraba que no se vulneraba el interés superior del menor ni su derecho al respeto a la vida privada y familiar, en el orden social, los tribunales españoles partiendo del mismo interés superior del menor, y recurriendo a la figura del “orden público internacional atenuado”, concedían prestaciones de maternidad o paternidad a los padres de intención, que en algunos casos, ya figuraban como padres legales en el Registro civil español por aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Instrucción que también ha generado jurisprudencia contradictoria en sede de *exequatur*.

105. La situación que se acaba de describir, y de la que ha sido objeto este trabajo exige una reforma legislativa tanto a nivel nacional como internacional⁷⁵. Exigencia más acuciante tras la jurisprudencia del TEDH en el Asunto *Menesson c. France* y Asunto *Labassee c. Francia*. Mientras tanto, la solución no puede venir dada, como apunta el Ministerio de Justicia español, por un retorno a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, y no lo es, no solo por todas las críticas que han sido expuestas en este trabajo con mayor o menor acierto, sino además porque en sí misma es discriminatoria con los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: excluye los supuestos de determinación de la filiación *ex lege*, -caso por ejemplo, de Rusia, Ucrania o la India-.

106. Si tuviéramos que decantarnos por un tratamiento jurídico acorde con la más reciente jurisprudencia del TEDH en esta materia, mientras llega la tan deseada y ansiada reforma legislativa en España, este no podría ser otro sino el otorgado por la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 y por la doctrina asentada por los tribunales españoles del orden social. Ambos, acordes con la ponderación de intereses en juego, la protección del interés del menor, la continuidad de las relaciones privadas internacionales y la nueva función de cooperación que está llamado a desempeñar el Derecho internacional privado del Siglo XXI.

⁷⁵ La Conferencia de La Haya trabaja actualmente en la preparación de un convenio internacional sobre esta materia. *Vid.* http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178.

LAS PATENTES SOBRE ‘SECOND GENERATION PRODUCTS’ UTILIZADAS COMO ESTRATEGIA PARA DILATAR LA ENTRADA DE GENÉRICOS EN EL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA

MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ
Área de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela

Recibido: 14.04.2014 / Aceptado: 30.04.2014

Resumen: Constituye una práctica habitual en la industria farmacéutica por parte de las empresas innovadoras la utilización de patentes de segunda generación como un mecanismo para ampliar la posición comercial privilegiada otorgada por las patentes básicas (patentes de primera generación) sobre el principio activo del medicamento. El presente trabajo analiza la problemática surgida en torno a dicha estrategia competitiva. Después de examinar el concepto y la formación de la figura desde el punto de vista del Derecho de patentes, se observa la viabilidad de la aplicación del artículo 102 TFUE como mecanismo corrector de esta táctica anticompetitiva orientada a dilatar la entrada en el mercado de competidores productores de medicamentos genéricos.

Palabras clave: Patentes secundarias. Medicamentos genéricos. Prácticas anticompetitivas. Abuso de posición dominante.

Abstract: It is a common practice in the pharmaceutical industry by innovating firms the use of second generation patents as a mechanism to extend the privileged commercial position provided by the basic patent (first generation patent) on the active ingredient of the drug. This paper focuses on the problems arising around this competitive strategy. After examination of the concept and the formation of the figure from the perspective of patent law, the essay analyses the feasibility of application of Article 102 TFEU as a corrective mechanism of this anti-competitive tactic designed to delay generic products entry in the market.

Key Words: Secondary patents. Generic medicines. Anticompetitive practices. Abuse of dominant position.

Sumario: I. Preliminar. II. La estructura del mercado químico farmacéutico. 1. Las empresas productoras de genéricos. 2. Las empresas innovadoras: entramado de patentes. A) Primera generación de medicamentos. B) Segunda generación de medicamentos. III. Las patentes secundarias a la luz del Derecho de patentes. 1. Conceptualización de la figura y tipología. A) Nuevas formas cristalinas de medicamentos ya existentes (*BASF v. SmithKline Beecham*). B) Nuevas sales de medicamentos ya existentes (*Synthon v. SmithKline Beecham*). C) Simples enantiómeros de un medicamento existente (*Generics v. Lundbeck*). D) Nuevas formulaciones de medicamentos ya existentes (*Mayne Pharma v. Teva / Mayne Pharma v. Pharmacia*). E) Nuevos métodos de preparación de medicamentos existentes (*Mayne Pharma v. Debiopharm*). F) Combinación de medicamentos existentes (*Schering-Plough v. Norbrook*). G) Productos metabólicos de medicamentos existentes (*Merrel Dow v. Norton*). 2. Calidad de las patentes secundarias ('*weak patents*'). A) La aplicación rigurosa de los requisitos de novedad y actividad inventiva. B) Supuestos especiales en cuanto al cumplimiento de los requisitos de patentabilidad. a) Solicitud de patentes divisionarias. b) Reivindicaciones de segundas y ulteriores indicaciones terapéuticas (reivindicaciones de tipo "suizo"). IV. Efectos derivados de la constitución del entramado de patentes secundarias: los competidores y el consumidor.

1. Implicaciones en el Derecho de la competencia. A) Ampliación del monopolio legal mediante la concesión de patentes secundarias. B) Maximización de la protección de la patente frente a terceros. Protección por capas. 2. Implicaciones en Derecho de consumo. Los perjuicios para los consumidores. V. El Derecho de defensa de la Competencia como mecanismo corrector. La aplicación del artículo 102 TFUE. 1. Determinación de la posición dominante. A) Existencia de una posición de dominio *a priori* otorgada por la titularidad de patentes sobre medicamentos estrella. a) Noción de mercado relevante. b) Cuota de mercado. c) Barreras de entrada. 2. Determinación del abuso: la presentación de solicitudes de patentes secundarias como conducta abusiva *per se*. A) Objetividad en la apreciación del abuso de posición dominante. B) Indicios indicativos de abuso en el propio hecho de la solicitud de patentes secundarias. a) Actuación deliberada y constante. b) Mala fe en las actuaciones. c) Efecto potencial contrario a la competencia. d) Abuso de derecho.

I. Preliminar

1. El sistema de patentes desempeña un papel muy importante dentro de la sociedad moderna. Ciertamente, las patentes constituyen un mecanismo de fomento de la investigación y, una vez concedidas, funcionan como un instrumento de difusión y explotación eficiente de la tecnología patentada. En contrapartida a ese esfuerzo por innovar, las patentes proporcionan a los inventores un derecho de exclusiva limitado, que les garantiza el derecho a excluir a todos aquellos que se encuentren dentro del alcance de protección de la patente. Precisamente, dentro del sector químico-farmacéutico la necesidad de premiar la innovación cobra mayor relevancia, debido a los elevados costes que supone el proceso de innovación dentro de este sector económico. No obstante, la concesión de un derecho de exclusiva respecto de ciertos productos farmacéuticos, puede suponer, más que un incentivo y una recompensa a la innovación, un refuerzo excesivo del monopolio legal constituido al amparo del derecho de exclusiva.

2. Cada vez con mayor frecuencia, las empresas farmacéuticas innovadoras, ante la eminente pérdida de hegemonía en el mercado producida por la caducidad de sus derechos de patente, acostumbran a poner en funcionamiento una amplia variedad de estrategias competitivas orientadas a dilatar la entrada de productos genéricos en el mercado, particularmente cuando se trata de *blockbusters*, esto es, medicamentos que durante la vigencia de la patente han disfrutado de un gran éxito comercial. Posiblemente, las estrategias más utilizadas son aquellas consistentes en extender al máximo posible el ciclo vital de los llamados ‘*follow-on products*’, conocidas en terminología anglosajona como *life cycle strategies*. Estas tácticas comerciales suelen culminar con la introducción en el mercado de los llamados ‘*second generation products*’ o medicamentos de segunda generación. El resultado producido es una perpetuación del monopolio legal de la patente base (‘*evergreening*’), que permite mantener alejados del mercado a los competidores fabricantes de genéricos.

3. La solicitud de patentes secundarias encaminadas a bloquear la entrada de competidores de genéricos es una práctica cada día más frecuente. El incremento de esta clase de maniobras desvirtúa el propio sistema de patentes, pues los derechos exclusivos se utilizan para finalidades completamente distintas para las que fueron creados: el incentivo de la innovación dentro del sector farmacéutico. Esta situación, si cabe, se ve mayormente agravada ante la inexistencia de un régimen europeo que dote a las patentes europeas de un efecto unitario en todos los Estados Miembros. La corrección de estas figuras dependerá de la legislación interna de cada Estado en el que la patente despliegue sus efectos, lo que propiciará la fragmentación de las soluciones jurisprudenciales y normativas muy dependiendo del territorio nacional de que se trate.

4. Existen, además, otros inconvenientes que fomentan la aparición de entramados de patentes secundarias orientados a frenar la entrada de competidores en el mercado. En gran medida, muchos de ellos provienen de la propia actividad desarrollada por las Oficinas de Patentes europeas que evalúan de forma muy permisiva el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad de las solicitudes de patentes. Precisamente, la primera corrección de esta estrategia anticompetitiva debería venir dada por una aplicación más estricta de los requisitos de patentabilidad. Ello serviría, además, para evitar la saturación de patentes débiles que sufre el actual sistema de patentes, que en nada contribuyen a incentivar la innovación.

5. Asimismo, la corrección de esta problemática por la vía del Derecho de patentes, debe complementarse con la aplicación del Derecho de la competencia, ya que la propia solicitud de patentes secundarias débiles puede constituir una práctica abusiva cuando se realiza con una finalidad obstaculizadora de la competencia. Ciertamente es que el artículo 102 del TFUE es a día de hoy el único instrumento aplicable para dar solución a estos supuestos. No obstante, cuando el abuso, y el consiguiente menoscabo del principio de libre competencia, lo constituye el hecho de la propia solicitud del derecho de patente, la utilización de este artículo resulta problemática, dado que se requiere la existencia de una posición de dominio *a priori* para poder castigar la conducta por abuso de posición dominante; posición que no tiene que porqué existir necesariamente. Surge la necesidad, entonces, de aplicar este precepto ‘con calzador’ para evitar que la conducta abusiva no quede impune. Siendo así, es probable que en muchos casos, a la hora de corregir este tipo de abusos competenciales, el empleo de la figura de abuso de posición dominante no resulte lo suficientemente adecuado y ajustado a la pretensión del artículo 102 TFUE. En otras palabras, puede suceder que este tipo de abuso concreto no tenga un encaje perfecto dentro de lo dispuesto por este precepto.

6. Concretamente, nos referimos a aquellos casos en los que se patente abusivamente, sin que el solicitante de la patente goce de una posición de dominio previa, con lo que no sería de aplicación este precepto. En estos supuestos concretos, se estaría cometiendo un abuso competencial y, en cambio, no existiría base legal que permitiese su corrección. Existe, por lo tanto, un vacío legal. La legislación, actual en materia de defensa de la competencia no colma todas las necesidades ni los supuestos en los que puede producirse abusos competenciales, con independencia de que exista o no una posición de dominio previa. En concreto, el abuso constituido por el propio hecho fraudulento de la solicitud de patente, con el objetivo de bloquear la entrada de competidores en el mercado, no tiene un encaje legal exacto dentro del artículo 102 TFUE. Por ello, resultaría conveniente legislar en torno a la creación de un tipo legal específico que corrigiese esta categoría concreta de abusos.

7. De todo lo anteriormente expuesto se deduce la evidente necesidad de aplicación conjunta del Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de Patentes para corregir problemática generada en torno a la figura de las patentes secundarias. Mientras que el Derecho de patentes analiza el fenómeno internamente, el Derecho de la competencia, por su parte, lo hace sobre la base de los efectos que la figura proyecta externamente (en el mercado). Desechar cualquiera de las dos vías supondría realizar un análisis sectorial e incompleto, teniendo en cuenta que se trata supuestos jurídicos a caballo entre ambas disciplinas. Para ello, es necesario disponer de recursos legales concretos que aporten una solución específica a la problemática de los abusos cometidos con ocasión de la solicitud de patentes débiles encaminadas a bloquear la entrada de competidores en el mercado.

8. Partiendo de esta base, el presente trabajo tiene como finalidad analizar los principales problemas surgidos en torno a la figura de las patentes secundarias. Tras una breve exposición sobre las principales características del fenómeno desde la óptica del Derecho de patentes, se pasa a un análisis de la figura desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. Concretamente, se analiza la viabilidad de aplicación del 102 TFUE para los casos en los que el abuso lo constituye el propio hecho de la presentación de solicitudes de patentes secundarias.

II. Estructura del mercado químico-farmacéutico

1. Las empresas productoras de genéricos

9. Dentro del ámbito de la industria farmacéutica, las empresas productoras de medicamentos genéricos desempeñan un papel de enorme relevancia en lo referente al fomento de la innovación dentro del sector. Los medicamentos genéricos ayudan a salvaguardar la continuidad de los sistemas sanitarios, además de favorecer y fomentar la competencia, promoviendo el abaratamiento de costes y, consecuen-

temente, dando acceso a los pacientes a nuevos tratamientos sanitarios a los que no tendrían acceso de no ser por la reducción de costes de los productos genéricos.

10. El modelo de negocio de las empresas productoras de genéricos se basa en imitar productos farmacéuticos ya existentes, respecto de los cuales, los derechos de exclusiva que los protegen se encuentran próximos a caducar¹. Así, un medicamento genérico es un producto bioequivalente en términos de eficacia, seguridad y calidad al medicamento original². Constituye un producto médico que posee la misma composición cuantitativa y cualitativamente del principio activo y en la misma forma médica que el medicamento de referencia. Es más, de cumplirse dichas circunstancias, se requerirá autorización administrativa para la comercialización del medicamento genérico que pruebe su seguridad y eficacia mediante los correspondientes ensayos clínicos³.

11. Con ello, la puesta en el mercado de los medicamentos genéricos posibilita que las empresas de genéricos puedan, en cierto modo, ‘acaparar’ la comercialización de dichos productos de una forma rentable, garantizando un suministro estable de los mismos a los pacientes⁴.

12. En la medida en la que las empresas innovadoras perpetúen su monopolio una vez que hayan caducado los derechos de exclusiva, se estará restringiendo y obstaculizando la competencia a las productoras de genéricos. Esta acción imposibilita su entrada inmediata en el mercado en el momento justo en el que les correspondería hacerlo, que no es otro que aquel en el que se produce la caducidad del derecho de patente o del certificado complementario de protección⁵. No obstante, en algunas ocasiones las compañías de genéricos podrían intentar la entrada en el mercado antes de la caducidad de la patente (o CCP) cuando consideren que dichos derechos no son válidos o cuando crean haber encontrado una fórmula para poner el medicamento genérico en el mercado sin infringir el derecho de exclusiva⁶.

2. Las empresas innovadoras: entramado de patentes

13. Debido a la particular configuración del mercado químico-farmacéutico, las compañías farmacéuticas innovadoras se ven en la necesidad de tener que introducir constantemente nuevos productos en el mercado con la intención de que éstos puedan ser cubiertos bajo la protección de un derecho de exclusiva. En ocasiones, esas innovaciones son radicalmente nuevas. Sin embargo, en muchos otros casos constituyen simplemente una continuación de la ‘*follow-on innovation*’⁷, que se manifiestan en pequeñas mejoras incrementales sobre la patente inicial o patente base. Estos avances consisten, por ejemplo, en nuevas fórmulas de dosificación del medicamento o aspectos relacionados con la seguridad y eficiencia en su consumo⁸. Se trata, simplemente, de un proceso de innovación cumulativa en el que cada etapa del proceso se construye escalonadamente sobre las anteriores⁹.

¹ M. P. PHILLIP, *Intellectual Property Related...*, cit., p. 34.

² COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 36.

³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 7.

⁴ M. P. PHILLIP, *Intellectual Property Related...*, cit., p. 34.

⁵ En este sentido, la CE sospecha que ciertas compañías farmacéuticas innovadoras sustentan su modelo de mercado no en la innovación, sino en las tácticas comerciales, generando un conflicto entre la inversión en I+D y su actuación estratégica en el mercado. En este sentido *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 33 y ss.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 35.

⁷ Este proceso es lo que la U.S. Federal Trade Commission denomina como “*follow-on innovation*” en contraposición a la “*single-stage innovation*”. *Vid.* U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, October 2003, Chap. 1, pp. 36 y ss. [Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>. Consultado por última vez el 14.02.2012].

⁸ M. P. PHILLIP, *Intellectual Property Related Generic Defense Strategies in the European Pharmaceutical Market*, Nomos, Múnich, 2010, p. 58.

⁹ *Vid.* C. SHAPIRO “*The notion of “cumulative innovation”, each discovery building on many previous findings*” [C. SHAPIRO, «Navigating the Patent Thicket: cross licenses, patent pools, and standard setting» *Innovation Policy & Economy*, 2001, p. 119].

14. En ese afán por descubrir y desarrollar productos farmacéuticos novedosos, las empresas innovadoras invierten gran parte de sus beneficios en innovación y desarrollo; si bien es cierto que la mayoría de los ensayos clínicos que se efectúan en la búsqueda de nuevos productos farmacéuticos fracasan. Por ello, la rentabilidad que deben ofrecer los derechos de exclusiva concedidos para la protección de dichas innovaciones ha de ser lo suficientemente alta como para sufragar los mencionados costes de innovación. Con todo ello, debe tenerse en cuenta que, una vez que el nuevo medicamento se ha introducido en el tráfico comercial, las correspondientes autoridades administrativas establecerán limitaciones sobre el precio de dichos productos, dificultando aún más la retribución y compensación por los gastos en innovación.

15. Consecuentemente, las estrategias orientadas a retrasar la entrada de genéricos en el mercado tienen un peso destacado dentro del modelo de comercial de las empresas innovadoras¹⁰. De entre todas las estrategias orientadas a frenar la entrada de productos genéricos en el mercado, destacan aquellas que tienen como pretensión alargar el ciclo vital de la patente originaria o patente base que otorgó protección al medicamento inicial (*‘life cycle strategies’*¹¹). La puesta en marcha de estas tácticas competitivas da lugar a la existencia de los denominados medicamentos de primera, segunda y sucesivas generaciones, conformando un entramado de patentes.

16. Aunque *a priori* pueda parecer que la distinción entre fármacos de primera y fármacos de segunda generación no tiene apenas importancia, lo cierto es que sí la tiene. La distinción entre ambos permite y ayuda al correcto análisis y comprensión de los problemas suscitados en torno a la figura de las patentes secundarias; siendo de enorme relevancia tanto para el estudio de las cuestiones internas de Derecho de patentes, como para las relacionadas con el Derecho de defensa de la competencia.

A) Primera generación de medicamentos

17. La primera generación de productos farmacéuticos suele salir al mercado bajo la protección de una patente primaria o de una patente base. Las patentes primarias (*basic patents*) son aquellas protegen un producto o procedimiento en sí mismo considerado. Dentro del sector farmacéutico la patente base suele otorgar protección a un nuevo compuesto químico o biológico destinado al uso terapéutico en seres humanos, denominado “New Chemical Entity”, generalmente nuevas moléculas¹². A partir de este nuevo ente químico se obtienen nuevos principios activos, derivados de los cuales se desarrollarán productos farmacéuticos novedosos¹³.

18. Lo cierto es que dentro del sector farmacéutico, cada vez resulta más complicado para las compañías innovadoras encontrar nuevos productos farmacéuticos que puedan ser protegidos mediante un derecho de exclusiva¹⁴. Ante esta reducción de la cartera de productos en desarrollo, las empresas innovadoras centran gran parte de sus esfuerzos en la puesta en práctica de tácticas comerciales que les

¹⁰ M. P. PHILLIP, *Intellectual Property Related...*, cit., pp. 32 y ss.

¹¹ La Comisión Europea hace referencia a diferentes estrategias como *‘strategic patenting’*, *‘patent disputes and litigation’*, *‘patent settlements’*, *‘interventions before national regulatory authorities’* y, por supuesto, *‘life cycle strategies for follow-on products’*. Vid. *Pharmaceutical Sector Inquiry-Preliminary Report – Fact Sheet “Originator-Generic competition”*. [Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/2_Originator_Generic_competition.pdf. Consultado por última vez el 22.11.2013].

Además de estas, existen otro tipo de estrategias competitivas tendentes a bloquear la entrada de genéricos en el mercado como son, por ejemplo, la concesión de CCPs o la vinculación entre patente y autorización de comercialización (*patent linkage*), entre otras [Vid. en este sentido EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 26 y ss.].

¹² La Comisión Europea hace referencia a una NCE como *“a new chemical substance, duly authorised by the competent authority, that has not been previously available for therapeutic use in human beings”*. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre el Sector Farmacéutico*, de 8 de julio de 2009, p. 9. [Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf. Consultado por última vez el 10.10.2013].

¹³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 6, en relación con la definición de “Active Ingredient”.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 33.

permitan mantener esa ventaja comercial conferida por el derecho de exclusiva. La razón principal que justifica este tipo de comportamientos no es otra que la de mantener a las empresas fabricantes de genéricos alejadas del mercado durante el mayor tiempo posible. Estas maniobras comerciales provocan lo que se conoce como perpetuación de la patente base o *evergreening*¹⁵.

B) Segunda generación de medicamentos

19. Actualmente, la solicitud de patentes de segunda generación destaca como una estrategia de las más utilizadas con el propósito de prolongar la hegemonía comercial de las empresas innovadoras. Este tipo de patentes protegen características no-esenciales de la patente original. Se habla de mantener la hegemonía comercial puesto que, generalmente, las patentes originarias de las que derivan estas últimas recaían sobre los denominados medicamentos estrella o *‘blockbusters’*¹⁶.

20. Es habitual entre las compañías innovadoras que la perpetuación se desarrolle mediante la presentación de multitud de patentes de segunda generación sobre el mismo medicamento, con la esperanza de que al menos una de ellas sea concedida y con ello pueda prolongarse el monopolio. Este comportamiento suele desembocar en la creación de un amplio entramado de patentes secundarias agrupadas en torno a una patente base originaria.

III. Las patentes secundarias a la luz del Derecho de patentes

1. Conceptualización de la figura y tipología

21. Una patente secundaria es aquella que tiene como objeto la protección de las llamadas características no esenciales del medicamento. Cuando hablamos de características no esenciales nos referimos a polimorfos del principio activo; sales del fármaco activo; impurezas del medicamento ya divulgado; nuevas formas de dosificación o patentes de segunda indicación terapéutica, entre otras¹⁷. Las patentes secundarias son creadas y diseñadas para mantener a los competidores fuera del mercado, mediante la perpetuación de la patente básica, que suele recaer por ejemplo sobre una molécula concreta.

22. En este punto, debe hacerse una diferenciación entre lo que son pequeños cambios en el medicamento, relativos a características no-esenciales del mismo, de aquellos que hacen referencia a la verdadera innovación incremental. Nadie discute que la innovación a menudo consiste en pequeños cambios incrementales¹⁸. Si bien es cierto, habrá que valorar adecuadamente en cada caso concreto si realmente se trata de innovación incremental susceptible de ser patentada o si, por el contrario, solamente constituyen simples cambios químicos o de formulación, fácilmente realizables aplicando los estándares habituales de la industria farmacéutica¹⁹. En este sentido, la jurisprudencia europea, se ha ocupado de analizar diferentes tipos de patentes secundarias y la adecuación de las mismas al cumplimiento de

¹⁵ EUROPEAN GENERIC MEDICINE ASSOCIATION (EGA) / ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE SUSTANCIAS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS GENÉRICAS (AESEG), *Barreras de Entrada a los Medicamentos Genéricos en la Unión Europea*, p. 13 [Disponible en: http://www.aeseg.es/BarrerasInforme_ES_web.pdf. Consultado por última vez el 11.10.2013].

¹⁶ La Comisión Europea en el Informe Final sobre el Sector Farmacéutico define *‘blockbuster medicine’* como aquella que logra unos beneficios anuales por encima del billón de dólares a escala global. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 6

¹⁷ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 13 y 14.

¹⁸ La jurisprudencia se ha referido a ellas como *“Both these patents are what are sometimes called “second-tier” patents, in that they are concerned with improvements in formulation or in production method of a known active ingredient”*. [Mayne Pharma Ltd & Anor v. Debiopharm SA & Anor [2006] EWHC 1123 (Pat) (19 May 2006)]. En el mismo sentido, *vid.* EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 18.

¹⁹ Ejemplos de cambios ordinarios en el desarrollo de un medicamento pueden encontrarse por ejemplo dentro del campo de la farmacodinámica (disciplina que estudia los efectos producidos por un medicamento en el organismo dependiendo de la dosis administrada) o la farmacocinética (rama de la farmacología que estudia el comportamiento de un fármaco a través de su paso por el organismo, desde el momento en que es administrado hasta su total eliminación del cuerpo).

los requisitos de patentabilidad. Concretamente, los Tribunales ingleses han prestado especial atención a estas cuestiones²⁰.

A) Nuevas formas cristalinas de medicamentos ya existentes (BASF v. SmithKline Beechan)

23. Un mismo principio activo puede existir en más de una forma cristalina o un polimorfo²¹. Generalmente, se considera viable la concesión de una patente secundaria sobre un nuevo polimorfo de un ingrediente activo conocido, cuando la creación del mismo no se infiere de forma evidente del proceso de elaboración. No obstante, resulta complicado demostrar que el polimorfo es novedoso y que implica actividad inventiva²².

24. En la mayor parte de los casos, lo que ocurre es que el polimorfo originario era termodinámicamente menos estable que el nuevo. Puede suceder que en el curso natural del procedimiento previamente utilizado para hallar el primer polimorfo, surja inevitablemente la aparición del nuevo. La nueva forma aparece espontáneamente.

25. El asunto *BASF v. SmithKline Beecham* se consideró el nuevo polimorfo del principio activo prescribible para el tratamiento de la depresión había surgido como el resultado producido de la utilización de un método ya conocido, con lo que no podía atribuírsele la característica de la novedad²³. Este mismo razonamiento fue utilizado para negar la novedad de un polimorfo sobre el principio activo indicado para regular la presión sanguínea en el asunto *Les Laboratoires Servier v. Apotex*, recurrida en apelación²⁴. La declaración de invalidez por falta de novedad de la patente sobre el polimorfo no truncó la estrategia comercial de la empresa farmacéutica. *Servier* contaba con la titularidad de un amplio entramado de patentes secundarias²⁵.

B) Nuevas sales de medicamentos ya existentes (Synthon v. SmithKline Beecham)

26. Una nueva sal puede protegerse a través de una patente secundaria. Lo que a menudo sucede es que dicha sal no se había reivindicado en un momento inicial y con posterioridad se descubre que posee sorprendentes ventajas y avances. Obviamente, la concesión de una patente secundaria sobre dicha sal resultaría beneficiosa, en términos comerciales, ya que permitiría seguir obteniendo rendimiento económico del producto farmacéutico originario²⁶.

27. Un supuesto paradigmático de patente secundaria sobre una nueva sal es el caso *Synthon v. SmithKline*. *SmithKline* venía comercializando en el mercado una sal derivada del principio activo de la paroxetina, indicado para el tratamiento de trastornos depresivos. Posteriormente, *SmithKline* descubre una nueva sal mucho más estable y soluble y pretende patentarla. No obstante, la concesión de la patente secundaria sobre dicha sal no prosperó puesto que la farmacéutica *Synthon* había presentado con anterioridad una solicitud de patente sobre la misma sal²⁷. En este supuesto, la patente secundaria concedida

²⁰ El análisis de la jurisprudencia del Reino Unido permite diferenciar perfectamente los distintos tipos de patentes secundarias que pueden solicitarse, así como la problemática surgida en torno a las mismas, dado el amplio número de casos resueltos en la materia. Por ello, el presente apartado se elabora en base a las resoluciones de los Tribunales ingleses, aunque el conjunto del trabajo analice el fenómeno de las patentes secundarias desde la perspectiva general de la Unión Europea.

²¹ El polimorfismo es la capacidad que tienen los principios activos para adoptar diferentes configuraciones.

²² B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition and patent strategies in the pharmaceutical industry», *Jour. Intellect. Prop. L. & Prac.*, Vol. 3, No. 4, 2008, p. 227.

²³ *Vid. BASF Ag v Smithkline Beecham Plc* [2002] EWHC 1373 (Patents) (12 July 2002).

²⁴ *Vid. Les Laboratoires Servier & Anor v Apotex Inc & Ors* [2007] EWHC 1538 (Patents) (11 July 2007).

²⁵ Para comprobar la magnitud del entramado de patentes secundarias titularidad de *Servier* *vid.* EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 33, conjuntamente con *Les Laboratoires Servier & Anor v. Apotex Inc & Ors* [2007] EWHC 1538 (Patents) (11 July 2007).

²⁶ B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition...», cit., p. 227.

²⁷ *Synthon BV v. Smithkline Beecham Plc* [2005] UKHL 59 (20 October 2005).

sobre la nueva sal no sirvió para que la farmacéutica titular de la patente sobre el principio activo continuase extendiendo la vida legal de dicha patente base. El pretendido beneficio recayó en *Synthon* por haber logrado la concesión de una patente anterior sobre la sal.

C) Simples enantiómeros de un medicamento existente (*Generics v. Lundbeck*)

28. Se han dado casos en los que se ha obtenido una patente secundaria sobre un enantiómero de un medicamento ya existente²⁸. En el asunto *Generics v. Lundbeck* se denegó la patente sobre el procedimiento de elaboración de un enantiómero²⁹. El Tribunal consideró que dicho procedimiento de elaboración no podía ser patentado por falta de actividad inventiva. El hallazgo de dicho enantiómero resultaba evidente para un experto en la materia que pusiese en práctica procedimientos farmacológicos básicos³⁰.

D) Nuevas formulaciones de medicamentos existentes (*Mayne Pharma v. Teva / Mayne Pharma v. Pharmacia*)

29. Las patentes secundarias que protegen nuevas formulaciones de medicamentos ya existentes suelen ser declaradas inválidas por falta de actividad inventiva³¹. En el asunto *Mayne Pharma v. Teva*, *Mayne Pharma* demandó a *Teva* por infracción de una patente secundaria que protegía una nueva formulación de un medicamento para el tratamiento contra el cáncer. *Teva*, empresa comercializadora de productos genéricos, alegaba que la infracción no se había producido puesto que la patente sobre dicha formulación no era válida por carecer de actividad inventiva. Finalmente, el Tribunal declaró la invalidez de la patente acogiendo a dicho argumento³².

30. La empresa norteamericana *Mayne Pharma* se había visto envuelta anteriormente en otro proceso de infracción de patente, en este caso, contra la italiana *Pharmacia*³³. De forma contraria a lo que había sucedido en el asunto antes mencionado, para este supuesto, el Tribunal declaró la validez de una patente sobre una formulación de otro medicamento contra el cáncer, titularidad de *Pharmacia*; condenando a *Mayne Pharma* por infracción del derecho de exclusiva. *Mayne Pharma* utilizaba una formulación propia similar a la formulación patentada válidamente por *Pharmacia* y por lo tanto, infringía el derecho de exclusiva sobre esta última.

E) Nuevos métodos de preparación de medicamentos existentes (*Mayne Pharma v. Debiopharm*)

31. Una patente secundaria sobre un nuevo método de preparación de un medicamento puede ser perfectamente válida. No obstante, igual que en otros supuestos anteriormente analizados, los Tribunales son bastante reacios a declarar la validez de una patente de este tipo, en cuanto consideran que falta el requisito de la actividad inventiva. Se entiende que hallar un nuevo método de preparación de un medicamento es, en muchos casos, mero fruto de la rutina en la aplicación de procedimientos farmacológicos³⁴. Así sucedió en el caso de la patente titularidad de *Debiopharm* relativa a un nuevo método de preparación de un medicamento contra el cáncer, que consistía en provocar una reacción que equilibrase los niveles de pH y redujese la producción de impurezas del medicamento³⁵.

²⁸ Un enantiómero es una sustancia cuya estructura molecular es una imagen especular (como si se tratase de la imagen reflejada de un objeto en un espejo) de otra sustancia. Por ejemplo, una mano respecto a la otra.

²⁹ *Generics (UK) Ltd & Ors v. H Lundbeck A/S* [2007] EWHC 1040 (Pat) (04 May 2007).

³⁰ B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition...», cit., pp. 227 y 228.

³¹ Una formulación puede definirse como una sustancia farmacológica preparada según una fórmula determinada. *Vid.* B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition...», cit., p. 228.

³² *Mayne Pharma (USA) Inc & Anor v. Teva UK Ltd & Anor* [2005] EWHC 2141 (Pat) (12 October 2005).

³³ *Mayne Pharma PTY Ltd & Anor v. Pharmacia Italia SPA* [2005] EWCA Civ 137 (17 February 2005).

³⁴ B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition...», cit., p. 228.

³⁵ *Mayne Pharma Ltd & Anor v. Debiopharm SA & Anor* [2006] EWHC 1123 (Pat) (19 May 2006).

F) Combinación de medicamentos existentes (*Schering-Plough v. Norbrook*)

32. En el caso entre *Schering-Plough* y *Norbrook* la patente secundaria recaía sobre la combinación de dos productos farmacéuticos distintos. Se trataba de un medicamento de uso en animales que combinaba dos ingredientes activos distintos: por un lado, un agente antimicrobiano y por otro lado, un agente anti-inflamatorio. El resultado obtenido de la conjunción de ambos principios activos se utilizaba para tratar una serie de enfermedades infecciosas en los animales. Habiéndose apreciado la concurrencia de los requisitos de patentabilidad, se declaró la validez de la patente. El Tribunal consideró que la combinación de los dos principios activos no respondía a un simple desarrollo de procesos fármaco-químicos³⁶.

G) Productos metabólicos de medicamentos existentes (*Merrell Dow v. Norton*)

33. La farmacéutica *Merrel* era titular de una patente que protegía un antihistamínico: la terfenadina, indicado para el tratamiento de procesos alérgicos, cuya patente había expirado. Posteriormente, se descubrió que la mayor parte de los efectos producidos por el medicamento eran atribuibles al ácido metabólico que se formaba en el hígado de los pacientes a los que se les administraba el fármaco³⁷. Sobre dicho ácido metabólico *Merrell* obtuvo una patente secundaria. Acto seguido, la farmacéutica *Merrel* demandó a *Norton* por infracción de patente amparándose en la venta que ésta última había hecho de terfenadina. El Tribunal declaró que la comercialización de la terfenadina no implicaba infracción de la patente secundaria, por dos razones: primero porque sobre dicho principio activo ya no se protegía con derecho de exclusiva; y segundo, porque el ácido metabólico se formaba en el hígado de los pacientes como un resultado inevitable propio de los procesos metabólicos.

34. En realidad, la patente secundaria sobre el ácido metabólico constituía una patente sobre la segunda indicación terapéutica de la terfenadina³⁸. Así, la infracción de esta patente secundaria se hubiese infringido solamente en el caso de ventas que tuviesen por objeto la comercialización del ácido metabólico³⁹. En este caso, la patente secundaria sobre el ácido metabólico no sirvió como mecanismo para la pretendida ampliación del derecho de exclusiva que recaía sobre la patente original⁴⁰.

2. Calidad de las patentes secundarias (*‘weak patents’*)

35. Como puede deducirse de la casuística antes analizada, la mayoría de los problemas surgidos en relación con las patentes secundarias están conectados con el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad y, en consecuencia, con su validez. Ha de tenerse en cuenta que la mayor parte de las patentes de segunda generación cumplen de forma dudosa los requisitos de patentabilidad.

36. La calidad de las patentes secundarias (y en general de todas las patentes) se mide principalmente en relación con el alcance y la validez de sus reivindicaciones⁴¹. El parámetro más utilizado para medir dicha validez es el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad. Se dice de aquellas patentes que cumplen de forma dudosa con esos parámetros que son patentes débiles, más conocidas como

³⁶ *Schering-Plough Ltd v. Norbrook Laboratories Ltd* [2005] EWHC 2532 (Ch) (18 November 2005) cuando dice “*the skilled reader would not be taught by this that all the claimed combinations would display this effect*”.

³⁷ El metabolismo es el conjunto de todas las reacciones químicas que se producen en el interior de las células de un organismo. Derivados de esos procesos metabólicos químicos surgen las sustancias denominadas productos metabólicos.

³⁸ *Vid. infra* el apartado c.1.) relativo a las reivindicaciones de segundas y ulteriores indicaciones terapéuticas (reivindicaciones de tipo “suizo”).

³⁹ *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc v. HN Norton & Co Ltd* [1995] UKHL 14 (26 October 1995).

⁴⁰ B. WHITEHEAD / S. JACKSON / R. KEMPNER, «Managing generic competition...», cit., pp. 228 y 229.

⁴¹ Existen otros parámetros que pueden utilizarse como medidores de la calidad de las patentes como por ejemplo su valor económico en el mercado o la certeza y precisión con la que se formulen las solicitudes de patente [*Vid.* en este sentido, B. H. HALL / D., HARHOFF, «Post-Grant Reviews in the U.S. Patent System – Design Choices and Expected Impact», *Berkeley Tech. L. Jour.*, Vol. 19 (2004), p. 991.

‘*weak patents*’, en terminología anglosajona⁴². La falta de calidad se debe esencialmente a dos razones. Por un lado, a la baja calidad de las propias solicitudes, y por otro, a la valoración poco rigurosa de los requisitos de patentabilidad por parte de la Oficina Europea de Patentes.

37. En relación con el primero de estos dos argumentos, la baja calidad de las solicitudes, cabe afirmar que la calidad de las patentes debe asegurarse exigiendo a los solicitantes que presenten solicitudes en las que se refleje verdadera actividad inventiva (solicitudes de calidad). A menudo, las solicitudes presentadas carecen de cualquier mérito innovador. Debiera existir una obligación legal que hiciese posible exigir a los solicitantes un deber de franqueza y buena fe en la presentación de solicitudes; además de obligarles a divulgar toda la información por ellos conocida y que fuese relevante a efectos de examen de la patentabilidad de la invención⁴³. Hay que tener presente que para los examinadores suele ser especialmente complicado el análisis de solicitudes de patentes farmacéuticas: primero, por la complejidad de la materia y segundo, por la falta de conocimientos técnicos al nivel de profundidad que sería necesario⁴⁴.

38. En segundo lugar, en referencia al examen poco riguroso de los requisitos de patentabilidad, el problema nace ante la falta de recursos suficientes por parte de las oficinas de patentes para llevar a cabo dicho examen correctamente. El número de solicitudes de patentes presentadas ante la Oficina Europea de Patentes se ha visto incrementado de forma dramática en las últimas décadas. Esto se traduce en el escaso número de horas que el examinador puede dedicarle al análisis de cada solicitud de patente⁴⁵. Esta carencia podría corregirse aumentando el número de examinadores. Preservar la calidad de las patentes secundarias, y en general de todas las patentes, pasa por una aplicación estricta de los requisitos de patentabilidad, concretamente los de novedad y actividad inventiva.

A) La aplicación rigurosa de los requisitos de novedad y actividad inventiva

39. La apreciación del requisito de la novedad es esencial para la concesión de un nuevo derecho de exclusiva. Se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica actual⁴⁶. La apreciación del requisito de la novedad en las patentes secundarias es especialmente difícil de valorar. A menudo, las características presuntamente innovadoras, no son más que simples o meros descubrimientos, al tratarse de propiedades inherentes al propio medicamento. La aplicación de técnicas experimentales farmacológicas muy básicas revelará su carácter de características inherentes al propio fármaco; que claramente no son patentables, al no ser novedosas⁴⁷.

⁴² La noción de ‘*weak patent*’ contrasta con la de ‘*weak enforcement*’ relativa a las patentes que claramente son válidas. Haciendo referencia a la escasa calidad de estas patentes, la doctrina se refiere a las mismas como ‘*probabilistic patents*’ [J. FARREL / C. SHAPIRO, «How Strong are Weak Patents?», *American Economic Review*, 2008, p. 1347]; o con términos con connotaciones mucho más negativas como ‘*bad patents*’ [R. P. MERGES, «As many as six impossible patents before breakfast: property rights for business concepts and patent system reform», *Berk. Tech. L. Jour.*, Vol. 14, 1999, p. 581].

⁴³ Este deber de franqueza existe ya en los EE.UU. donde se le exige al solicitante que revele el estado de la técnica relevante para la concesión de la patente. No obstante, en ocasiones pueden sentirse desincentivados a hacerlo por razones estratégico-comerciales. De este modo, el solicitante podría instar la concesión de una nueva patente sobre algún aspecto tangencial, dado que el examinador no es consciente por completo del estado de la técnica. Ello le permitiría ampliar el bloqueo respecto de ese producto farmacéutico frente a sus competidores [S. W. GRAF, «Improving patent quality through identification of relevant prior art: approaches to increase information flow to the patent office», *Lewis & Clark L. Rev.*, Vol. 11, No. 2, 2007, pp. 502 y ss.].

⁴⁴ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 10.

⁴⁵ Fuera de nuestras fronteras, en los EE.UU, se ha calculado que cada examinador tiene una media de 24.9 horas para examinar cada patente. [Vid. FEDERAL TRADE COMMISSION, «To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy», October 2003, Chap. 5, p.5. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>. Consultado por última vez el 26.11.2013]. Sin embargo, este mismo problema existe también en la Oficina Europea de Patentes (OEP) [EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 9 y ss.].

⁴⁶ Vid. Artículo 54 CPE.

La OEP aplica la prueba de “problema-solución” a la hora de evaluar el requisito de la actividad inventiva, de tal modo que éste quedará acreditado si, ante un problema que necesita ser resultado, se le da solución a través de la invención.

⁴⁷ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 14 y ss.

40. Es importante añadir también que para los examinadores resulta realmente complicado examinar el requisito de la novedad de las patentes secundarias. Generalmente, es poco probable encontrar publicaciones anteriores que describan o anticipen los cambios incrementales sobre los que recae la patente secundaria. Probablemente nadie más estará investigando sobre esos cambios incrementales (o al menos, no los habrán publicado) a raíz de la existencia de la patente base que todavía continúa vigente sobre el fármaco inicial y ante el temor a una eventual demanda por infracción del derecho de exclusiva.

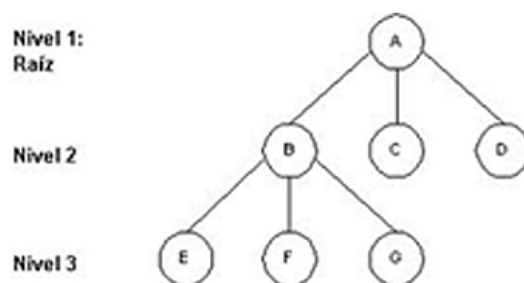
41. Por lo que se refiere al requisito de la actividad inventiva, una invención, para poder ser patentada, no puede ser evidente a la luz del estado de la técnica anterior para un experto en la materia⁴⁸. El requisito de la actividad inventiva en el campo de las patentes secundarias pretende evitar la concesión de un derecho de exclusiva a pequeños cambios en invenciones ya existentes. Se trata de valorar la falta de obviedad de una pretendida innovación. Lo cierto es que los examinadores, generalmente, no cuentan con los conocimientos técnicos necesarios y específicos en materia químico-farmacéutica como para valorar adecuadamente si esos pequeños cambios no son más que propiedades inherentes al propio fármaco⁴⁹.

B) Supuestos especiales en cuanto al cumplimiento de los requisitos de patentabilidad

42. Partiendo de la base de que todas las invenciones han de cumplir los requisitos de patentabilidad legalmente establecidos para poder ser protegidas mediante un derecho de exclusiva, existen algunos supuestos legales en los que el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad se lleva al límite. Estos casos pueden propiciar el otorgamiento de patentes secundarias débiles, agravando el problema. Son los supuestos de las solicitudes de patentes divisionarias y de las reivindicaciones de segundas y ulteriores indicaciones terapéuticas.

a) Solicitud de patentes divisionarias

43. Una solicitud de patente divisionaria es aquella solicitud de patente que contiene elementos del contenido de una solicitud de patente anterior (patente base)⁵⁰. Puede ser apreciada de oficio por la Oficina Europea de Patentes, como consecuencia de la falta de unidad de la invención; o solicitada a instancia de parte. En ambos casos, la solicitud de patente divisionaria debe hacerse necesariamente durante la fase de trámite de la patente base. Una vez solicitada, la solicitud de patente divisional puede ser de diversos niveles. Puede darse el caso de solicitudes divisionales secundarias, esto es, una solicitud de patente divisionaria secundaria (c), derivada de una solicitud de patente divisionaria de primer nivel (b), de una solicitud de patente base (a)⁵¹. En consecuencia, esta sucesión de solicitudes conectadas podría desencadenar en la existencia de un denso entramado de solicitudes de patentes divisionarias, o de patentes si finalmente se conceden todas ellas.



Fuente: MUNDO de Patentes y Marcas⁵²

⁴⁸ Vid. Artículo 56 CPE.

⁴⁹ Vid. *supra* el apartado III.1.B) relativo al análisis del requisito de la novedad. Cfr. EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 15.

⁵⁰ Vid. Artículo 76 CPE.

⁵¹ Vid. «¿Qué son y cuando se solicitan patentes europeas divisionarias?» [Disponible en: <http://www.patentes-y-marcas.com/blog/que-son-y-cuando-se-solicitan-patentes-europeas-divisionarias.html>. Consultado por última vez el 05.12.2013].

⁵² Disponible en: <http://www.patentes-y-marcas.com/blog/> Consultado por última vez el 05.12.2013.

44. En la actualidad, constituye una práctica habitual entre las farmacéuticas innovadoras la presentación de múltiples solicitudes divisorias prácticamente idénticas a la patente matriz. Esta práctica pone en duda en múltiples ocasiones el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad de dichas solicitudes divisionarias de patentes⁵³. Es una forma de mantener a las empresas productoras de genéricos alejadas del mercado por más tiempo. Ello se consigue generando un estado de incertidumbre: aunque la empresa de medicamentos genéricos consiguiese probar con éxito la invalidez de la patente matriz por falta de cumplimiento de los requisitos de patentabilidad, la empresa productora de genéricos seguiría sujeta al riesgo de que se concediese cualquiera de las solicitudes divisionales en tramitación, con un objeto esencialmente idéntico al de la patente base y que podría ejercitarse contra la empresa de genéricos⁵⁴. Como es bien sabido, la revocación de la patente matriz no está vinculada a la necesaria invalidez de las solicitudes de patentes divisionarias⁵⁵.

b) Reivindicaciones de segundas y posteriores indicaciones terapéuticas (reivindicaciones de tipo “suizo”)

45. Otro supuesto controvertido en relación con la aplicación de los requisitos de patentabilidad son las patentes concedidas con base a reivindicaciones de segundas y posteriores indicaciones terapéuticas.

46. El texto original del CPE ofrecía dudas acerca de la patentabilidad de la segunda indicación médica de un producto farmacéutico. No obstante, establecía una excepción de patentabilidad para la primera indicación terapéutica de un compuesto químico conocido⁵⁶. Pese a ello, frecuentemente surgía el problema de la patentabilidad de las segundas y posteriores indicaciones terapéuticas. No es poco habitual descubrir que un mismo compuesto químico puede poseer más de una indicación terapéutica.

47. Para dar respuesta a este tipo de situaciones, se venían articulando mecanismos que permitían patentar reivindicaciones de segundo y posteriores usos médicos, mediante las llamadas reivindicaciones de tipo “suizo”⁵⁷. Esencialmente consistían en la utilización de un determinado compuesto químico para la creación de un medicamento con una indicación terapéutica nueva, esto es, «*uso de la sustancia A para la fabricación de un fármaco para el tratamiento de la enfermedad B*»⁵⁸. Se justificaban por la siguiente razón: cuando el compuesto químico era novedoso en sí mismo, podía patentarse el compuesto propiamente dicho. Pero, en el momento en que dicho compuesto pierde la novedad, es la aparición de una nueva indicación terapéutica la que le confiere novedad y por ello debe ser patentada⁵⁹. Con este tipo

⁵³ Un ejemplo de esta práctica lo constituye la familia de patentes relativa al uso del alendronato para el tratamiento de la osteoporosis, titularidad de Merck & Co., Inc. En el año 2006, se concedió como patente base una patente europea que protegía un método para inhibir la absorción ósea (EP 998 292). Esta patente se recurrió con éxito ante la OEP y se revocó en varios países de la UE. Sin embargo, el titular de la patente presentó cuatro solicitudes de patentes divisionarias prácticamente idénticas a la patente matriz (algunas de ellas todavía pendientes de tramitación): la EP 1 175 904 concedida para la protección de un régimen de dosificación de 70 mg una vez por semana; la EP 1 132 088 y la EP 1 175 903, ambas también para métodos de inhibición de absorción ósea; y la EP 1 151 752 para la composición farmacológica de un método de inhibidor de la absorción ósea del alendronato.

⁵⁴ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 16.

⁵⁵ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?», *World Competition*, Vol. 32, No. 2009, pp. 176 y 168. Cfr. COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 193 y ss.

⁵⁶ *Vid.* Artículo 52, apartado 4 del CPE.

⁵⁷ La utilización de las “*Swiss-form claims*” se consolidó notablemente con la Decisión de la Alta Cámara de Recursos, de 5 de diciembre de 1984, en el caso *EISAI*. [*Vid.* en este sentido J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Organización Europea de Patentes: La Alta Cámara de Recursos confirma la patentabilidad de la segunda (o ulterior) indicación médica (“patente de segundo o posteriores usos”) tras la revisión del CPE de 2000 con muy relevantes aclaraciones» (Noticia), *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 30 (2009-2010), p. 1126.

⁵⁸ J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Organización Europea de Patentes...», cit. p. 1126.

⁵⁹ *Vid.* *Actavis UK Ltd v Merck & Co Inc* [2008] EWCA Civ 444 (21 May 2008) cuando dice «*Such a claim steers clear of two obstacles to patentability, namely the requirement of novelty and the ban on methods of treatment of the human body by therapy. It follows a statement of practice regarding “use claims” issued by the Swiss Federal Intellectual Property Office, [1984] OJ EPO 581. The generalised form of such a claim is “the use of compound X in the manufacture of a medicament for a specified (and new) therapeutic use”. Such claims are unnecessary when X is new, for then X can be patented in itself (...). But when X is old, a Swiss form of claim confers novelty and yet is not a claim to a method of treatment*».

de reivindicaciones se salvaba la letra del CPE, puesto que era irrelevante que el compuesto químico o sustancia fuesen novedosos, ya que no se reivindicaban, sino que se reivindicaba el su uso para una nueva indicación terapéutica⁶⁰.

48. En la práctica se han rozado en muchas ocasiones los límites a la utilización de este tipo de reivindicaciones. Se han concedido patentes para segundas y ulteriores indicaciones terapéuticas para la protección de determinados aspectos que no constituyan nuevas indicaciones, como por ejemplo distintos regímenes de dosificación o nuevos grupos de pacientes⁶¹. Constituyen simplemente fases en el desarrollo del trabajo rutinario realizado en la elaboración de un medicamento, como fruto de las propiedades farmacocinéticas del medicamento⁶². Pero en ningún caso son supuestos de verdadera innovación incremental⁶³.

49. La nueva regulación establecida por la revisión del CPE de 2000 introdujo importantes modificaciones en este sentido, admitiendo la patentabilidad de la segunda indicación médica⁶⁴. Con ello, desaparece el problema de las reivindicaciones de tipo suizo, aunque sigue existiendo el riesgo de conceder patentes sobre segundas indicaciones terapéuticas que no constituyan verdaderas innovaciones por ser fruto del desarrollo normal del proceso elaboración de un producto farmacéutico.

IV. Efectos derivados de la constitución del entramado de patentes secundarias: los competidores y el consumidor

50. La creación de *clusters* o marañas de patentes secundarias lleva aparejada la producción de determinadas consecuencias tanto en lo que a otros competidores se refiere, como en lo que afecta a la figura del consumidor⁶⁵. En lo que se refiere al resto de competidores en el mercado, la creación de entramados de patentes secundarias provoca la ampliación de la protección conferida a la patente base; así como, la maximización de la protección de la patente original frente a terceros estableciendo una protección “por capas”⁶⁶. Además, los efectos de estos entramados se despliegan también respecto de los consumidores, que se verán perjudicados indirectamente por la existencia de este tipo de prácticas.

⁶⁰ J. A. GÓMEZ SEGADE, «Organización Europea de Patentes...», cit. p. 1126.

⁶¹ *Vid. Actavis UK Ltd v Merck & Co Inc* [2008] EWCA Civ 444 (21 May 2008). En el mismo sentido, EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 17 y ss.

⁶² Respecto de la definición de farmacocinética *vid.* nota al pie nº 20.

⁶³ Un ejemplo de ello es la patente europea EP 724 444. El régimen de dosificación de 70mg de alendronato o de 5mg de finasterida para el tratamiento de la hiperplasia prostática benigna (próstata) está protegido por una patente para la primera indicación terapéutica. La dosificación de estos mismos compuestos químicos en la cantidad de 1mg se protege como segunda indicación terapéutica para el tratamiento de la calvicie masculina (EP 724 444).

⁶⁴ *Vid.* Artículo 54.5 CPE (2000).

⁶⁵ Las marañas de patentes son «conjuntos de patentes cada una de las cuales tiene por objeto un aspecto o fragmento mínimo de una determinada tecnología, de modo que la cola de unas enlaza con la cabeza de otras (...)» [M.J. BOTANA AGRA, «Consortios de patentes y defensa de la competencia (Apunte introductorio)» en J. A. GÓMEZ SEGADE / A. GARCÍA VIDAL (Eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 433.

En terminología anglosajona el fenómeno es denominado como ‘*patent thickets*’. Se definen como «*an overlapping set of patent rights requiring that those seeking to commercialize new technology obtain licenses from multiple patentees*». [C. SHAPIRO, «Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard –Setting», *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1 (2001), pp. 119-150.] La Comisión Europea acuña la denominación de ‘*patent cluster*’ para referirse a las marañas de patentes y los define como aquellos conjuntos superpuestos de patentes concedidas y solicitudes pendientes de concesión que rodean a la patente base. [COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 185 y ss].

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 188.

1. Implicaciones en el Derecho de la competencia

A) Ampliación del monopolio legal mediante la concesión de patentes secundarias

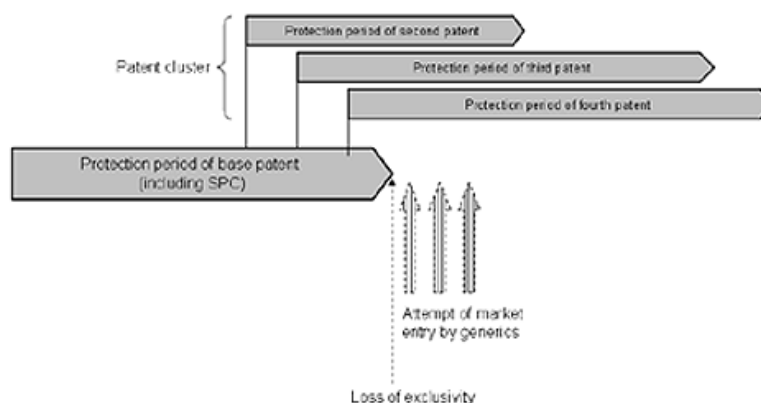
51. El efecto más inmediato de la creación de marañas de patentes secundarias es la ampliación del monopolio legal otorgado por la patente base (patentes de primera generación). Precisamente, la utilización de patentes segunda generación como medio para ampliar la posición comercial privilegiada otorgada por las patentes originarias sobre el principio activo del medicamento, es la finalidad perseguida por las empresas innovadoras con este tipo de prácticas.

52. Concretamente, esta táctica competitiva suele consistir en la presentación de multitud de solicitudes de patentes secundarias, con la esperanza de que alguna de ellas se conceda, creando, en la medida de lo posible, un *cluster* de patentes que dificulte la entrada de competidores en el mercado⁶⁷. Hay que reconocer que el actual estado de los sistemas de patentes favorece la creación de marañas de patentes. Como sucede en estos casos de solicitud de patentes secundarias, una regla inventiva hábilmente administrada a los efectos de su protección como patente, puede dar juego a que en la práctica se dilate su protección en el tiempo mediante la obtención de sucesivas patentes oportunamente distribuidas en el tiempo⁶⁸.

53. Generalmente, la utilización de patentes secundarias para este fin no suele ser una conducta aislada. La presentación de multitud de solicitudes patentes de segunda generación suele combinarse con otros instrumentos o estrategias a las que antes se hizo mención⁶⁹. La combinación de este tipo de mecanismos refuerza y asegura aún más, si cabe, la posibilidad de perpetuar la posición privilegiada de la que goza el titular de las patentes de primera generación.

54. No obstante, es importante advertir que la solicitud de patentes secundarias no tiene por qué hacerse siempre y en todo caso con finalidad anticompetitiva, sino que también caben aquellos supuestos en los que la patente de segunda generación se solicita con un propósito absolutamente legítimo; esto es, cuando la pretensión del solicitante de patentes secundarias es la de proteger la verdadera innovación incremental y no la de ampliar su monopolio legal para evitar la entrada de competidores en el mercado. Ahora bien, en uno u otro caso, la concesión de patentes secundarias conlleva, de forma inevitable, una prolongación temporal de la posición de privilegio otorgada en virtud de la patente base.

Figure 60. Patent clusters to prevent generics entering the market at loss of exclusivity



Fuente: Informe Final sobre el Sector Farmacéutico⁷⁰

⁶⁷ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 13.

⁶⁸ M.J. BOTANA AGRA, «Consortios de patentes y defensa...», cit. p. 433 *in fine*.

⁶⁹ *Vid. supra* nota al pie 11.

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 186. Téngase en cuenta que en este gráfico la pérdida de exclusividad se pone en relación con la caducidad del CCP.

55. La consecuencia directa de esta forma de actuar suele tener como resultado un amplio entramado de patentes que orientado en torno a un único medicamento. Generalmente, las patentes que conforman este entramado se encuentran interconectadas entre sí. Así, de producirse la infracción de una de las patentes que conforman el *cluster*, implicará, casi con total seguridad, que al mismo tiempo se produzca la infracción de otras de las patentes que integren la maraña. La Comisión Europea ha denominado a estos entramados de patentes como ‘familias de patentes’, precisamente haciendo referencia con esta denominación a esa interdependencia interna de las patentes que conforman el *portfolio* de patentes⁷¹. Esta situación genera un alto grado de litigiosidad, que favorece claramente a la compañía farmacéutica titular de la cartera de derechos exclusivos de patente. Ostentar la titularidad del conjunto de patentes primarias y secundarias relacionadas con un mismo medicamento, permitirá a la empresa innovadora vetar el acceso al mercado a cualquier competidor que intente innovar o comercializar cualquier producto farmacéutico dentro de ese sector concreto.

B) Maximización de la protección de la patente frente a terceros. Protección por capas

56. La creación de entramados de patentes secundarias supone, además de una ampliación temporal del monopolio de la patente base, una maximización del alcance de la patente, entendido en términos de oponibilidad del derecho frente a terceros⁷². Supone no solo un bloqueo a la entrada en el mercado de las compañías productoras de genéricos, sino también a otras compañías innovadoras que pretendan desarrollar los denominados ‘*me too products*’, medicamentos que estructuralmente son similares a los originalmente patentados pero que no infringen la patente original⁷³.

57. Se produce esta maximización de la protección de la patente por la propia composición y estructura de la maraña. Las patentes secundarias se articulan en relación con la patente base configurando una superposición en sucesivas capas de defensa. De este modo, resultará más complicado para las compañías de genéricos atacar judicialmente la maraña de patentes secundarias⁷⁴.

58. Este tipo de actuaciones suelen denominarse como ‘*bloquing/defensive patenting*’⁷⁵. Si bien es cierto que en ocasiones se considera que la expresión *defensive patents* se utiliza como sinónimo de *bloking patents*, conviene destacar que no son expresiones totalmente análogas. El término “*bloquing patents*” puede usarse de muy diversas formas. En el sentido más amplio, cualquier derecho de patente, por definición produce efectos de bloqueo: es un efecto propio de los derechos de exclusiva⁷⁶. El titular de un derecho de patente tiene la potestad de impedir el uso de su derecho exclusivo a otro titular de una patente relacionada con su tecnología y, en general, a cualquier tercero, salvo que cuenten con una autorización expresa que les habilite para el uso de la invención patentada⁷⁷. Ahora bien, el significado de ambos términos es prácticamente coincidente cuando se utilizan para referirse a la intencionalidad expresa de los titulares de patentes encaminada a restringir la libertad de actuación de los competidores en el mercado (“*freedom to operate*”)⁷⁸.

⁷¹ La Comisión Europea hace referencia a que las familias de patentes pueden llegar a estar formadas por alrededor de 1.300 patentes, entre patentes concedidas y solicitudes pendientes de concesión. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 188.

⁷² El Informe de la Comisión habla de diversas estrategias procesales tendentes a ampliar el ámbito de protección de la patente frente a terceros que suelen terminar en litigios por infracción de patentes o en acuerdos sobre patentes [COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 199 y ss.].

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 35.

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 184 y ss.

⁷⁵ M. P. PHILLIP, *Intellectual Property Related...*, cit., p. 49.

⁷⁶ G. VAN OVERWALLE, «Of thickets, blocks and gaps» en G. VAN OVERWALLE (Ed.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge, UK, 2009, p. 389.

⁷⁷ Cfr. Arts. 50 y 51 LP.

⁷⁸ La CE hace referencia a estas prácticas cuando dice “(...) *an originator company is intended to block the development of a new competing product rather than to protect an invention of its own*” [COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 380 y ss.]. Vid. en el mismo sentido PHILLIP, M. P., *Intellectual Property Related...*, cit., pp. 47 y ss.

59. En ese intento de restringir la libertad de los competidores para operar en el mercado creando diferentes capas de protección pueden diferenciarse dos finalidades distintas. En primer lugar, de forma directa, se pretende impedir que los competidores puedan introducir sus productos en el mercado libremente. Cada vez que intenten introducir un nuevo producto en el ámbito comercial, tendrán que hacer frente, casi de manera automática, a demandas por infracción de uno o varios derechos de patente. En segundo lugar, indirectamente, si el titular de la patente base protege por completo la periferia que rodea a su derecho con sucesivas patentes, los competidores verán considerablemente reducidas sus oportunidades de encontrar nuevas invenciones que no pertenezcan ya al estado de la técnica y hacerse, así, con patentes de su propia titularidad⁷⁹.

60. A todo ello hay que añadir el enorme grado de inseguridad jurídica e incerteza que esta situación provoca en los competidores; tanto a la hora de innovar como en el momento de comercializar sus productos, pues nunca tendrán la certeza de no estar infringiendo alguna de las patentes de la maraña. Contribuye a generar este estado de inseguridad el hecho de que, en muchos casos, las patentes que integran el entramado tienen la condición de patentes submarinas: patentes que pasan desapercibidas y que ordinariamente no son objeto directo de explotación, pero salen a la superficie cuando el producto o procedimiento comercializado alcanza un cierto éxito comercial para hacerlas valer frente a terceros como patentes defensivas y bloquear su entrada en el mercado⁸⁰.

61. En consecuencia, cuando hablamos de bloqueo, nos referimos, entonces, a una conducta activa llevada a cabo por el titular de la maraña de patentes. El bloqueo surge debido a que el titular del *cluster* busca activa e intencionadamente hallarse en esa situación que le proporciona una ventaja competitiva respecto de sus competidores. Existen, por lo tanto, dos partes claramente diferenciadas. El titular de la cartera de patentes secundarias, que suele actuar como la parte “dominante”; y por otra parte, los competidores, que desempeñan el papel de parte “subordinada”⁸¹. Es en este punto donde pueden producirse diversos roces con las normas del Derecho de la competencia, siempre y cuando concurren los requisitos legalmente establecidos por las normas de competencia para su aplicación. Concretamente, esta estrategia competitiva podría suponer un abuso injustificado de posición de dominio regulado bajo el artículo 102 TFUE⁸².

2. Implicaciones en Derecho de consumo. Los perjuicios para los consumidores

62. La ampliación del monopolio a través de los entramados de patentes secundarias provoca no sólo un perjuicio para los competidores. Igualmente, genera desventajas para los propios consumidores en dos sentidos. En primer lugar, mediante la concesión de patentes secundarias de baja calidad no se incentiva la innovación dentro del sector farmacéutico, entre otras razones, porque en la mayor parte de los casos, las patentes secundarias no suponen ni la más mínima innovación o mejora en relación con el medicamento original. La falta de incentivos a innovar afecta también a las empresas innovadoras competidoras. Estas cesarán sus empeños por buscar nuevas fórmulas comerciales dado que el entramado de patentes es tan denso que, casi con toda seguridad, se verían implicados en un proceso por infracción de patente teniendo que hacer frente a unos elevados costes procesales. Igualmente elevados son los costes para solicitar ante la Oficina Europea de Patentes que se revise la invención para declarar su invalidez. La falta de incentivos a la hora de innovar provoca que el abanico de medicamentos que se comercialicen sea mucho más limitado, lo que consecuentemente daña al interés del consumidor, pero también al interés público general⁸³.

⁷⁹ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 169.

⁸⁰ M.J. BOTANA AGRÁ, «Consortios de patentes y defensa...», cit. p. 433.

⁸¹ R. P. MERGES / R.P. NELSON, «On the Complex Economics of Patent Scope», *Colum. L. Rev.*, Vol. 90, No. 4, 1990, p. 860.

⁸² *Vid. infra* el epígrafe V, relativo a la corrección de la figura aplicando los instrumentos del Derecho de defensa de la competencia.

⁸³ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 185.

63. Por otro lado, en segundo lugar, el interés del consumidor se ve igualmente dañado en relación con la reducción de costes. Los medicamentos genéricos desempeñan un papel muy relevante para fomentar la innovación, pero también para salvaguardar la continuidad de los sistemas sanitarios en términos de sostenibilidad y accesibilidad. El uso de medicamentos genéricos provoca la bajada de costes y aumenta las posibilidades de acceso de los consumidores a un mayor número de tratamientos sanitarios a menor coste⁸⁴. En este sentido, al consumidor, y a la sociedad en general, le interesa el acceso inmediato de los medicamentos genéricos al mercado después de producida la caducidad de la patente que protegía el medicamento original.

64. Además de bloquear la entrada de genéricos en el mercado, las empresas innovadoras refuerzan su posición poniendo en funcionamiento otra serie de estrategias comerciales encaminadas a desviar la demanda del consumidor hacia sus productos cuando ya no pueden evitar por más tiempo la entrada de los genéricos en el mercado. En el momento en que el genérico está próximo a entrar en el mercado, las farmacéuticas innovadoras utilizan campañas de marketing para variar y orientar la demanda del consumidor hacia sus nuevos productos.

65. Aprovechando la concesión de las patentes secundarias, generalmente, el innovador lanzará una nueva forma del medicamento, como una nueva sal o un nuevo comprimido. A continuación, se realiza un amplio esfuerzo de marketing para hacer migrar la demanda de los consumidores desde el producto original (cubierto por la patente base que está próxima a caducar) al “nuevo” producto cubierto por la patente secundaria. Para cuando los genéricos entren en el mercado, los consumidores ya habrán desviado la atención hacia el nuevo producto de la empresa innovadora, mostrando desinterés por la adquisición del medicamento genérico substitutivo del producto farmacéutico original⁸⁵.

V. El Derecho de defensa de la competencia como mecanismo corrector. La aplicación del artículo 102 TFUE

66. Es evidente que la simple tenencia de una cartera de patentes primarias y secundarias no constituye en sí mismo un ataque contra el Derecho de defensa de la competencia. El problema se plantea cuando la solicitud de esas patentes se lleva a cabo con la intención de bloquear el juego de la libre competencia, frenando la entrada de competidores en el mercado. Cabe afirmar que en estos casos, los solicitantes de patentes secundarias buscan intencionadamente la producción de los efectos anteriormente expuestos: la ampliación del monopolio legal otorgado por la patente base y la concesión de patentes secundarias defensivas para mantener a los competidores alejados del mercado.

67. Es muy importante destacar que en estos casos, el abuso en sí mismo considerado viene dado por el hecho mismo de la solicitud de la patente⁸⁶. Las patentes secundarias se solicitan con el ánimo obstaculizador. Conviene recordar que la mayoría de ellas cumplen de forma poco o nada rigurosa los requisitos de patentabilidad, esto es, no protegen verdaderas invenciones.

68. Por lo tanto, la pregunta que cabe hacerse es si el artículo 102 TFUE puede servir para corregir los abusos cometidos a raíz de las estrategias encaminadas a dilatar la entrada de genéricos en el mercado, como por ejemplo, la creación de un entramado de patentes secundarias que pudiera dar lugar a una eventual posición de dominio⁸⁷. Se plantea en este punto la aplicación del artículo 102 TFUE, ya

⁸⁴ EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., p. 5.

⁸⁵ Un ejemplo llamativo de este tipo de prácticas es el supuesto de cambio del Fosamax® al Fosavance®, que es el mismo medicamento que el primero, pero con una pequeña cantidad añadida de Vitamina D [*Vid.* en este sentido EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 28 y 34 y 35].

⁸⁶ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 179.

⁸⁷ Excluimos la aplicación del artículo 101 TFUE puesto que se refiere a actos entre empresas (al menos dos) y en este caso hacemos referencia únicamente a los supuestos en los que la cartera de patentes pertenece a un único titular.

que no existe un tipo legal específico que se encargue de regular este supuesto concreto. No existe una norma de competencia que determine si el propio hecho de la solicitud de un derecho de exclusiva, puede constituir un abuso contrario al reparto general de la libre competencia en el mercado.

69. En todo caso, la aplicación del artículo 102 TFUE como mecanismo corrector de estos posibles comportamientos anticompetitivos, pasa inevitablemente por la necesidad de apreciar en la conducta, en primer lugar, la existencia de una posición de dominio por parte de la empresa titular de la maraña de patentes y, en segundo lugar, la comisión de un abuso amparado en esa posición dominante.

1. Determinación de la posición dominante

70. Ciertamente, la aplicación del artículo 102 TFUE debe ser muy restrictiva. Sobre todo cuando se utilice para corregir abusos que puedan venir dados de la propia existencia de un derecho de patente⁸⁸. Téngase en cuenta que es la propia legislación la que legitima que los titulares de patentes gocen de una cierta posición de dominio en el mercado desde el momento en que las invenciones se protegen con un derecho de exclusiva en favor de sus titulares⁸⁹. No obstante, de existir una posición de dominio, el abuso de esta posición ha de evaluarse en relación con el cumplimiento de ciertos parámetros económicos dentro y con referencia a un mercado real y efectivamente constituido⁹⁰. En este sentido, se entiende que una empresa se encuentra en posición de dominio cuando puede actuar en el mercado con independencia de sus competidores, sobre todo, en materia de libertad en la fijación de precios⁹¹. Se ha ampliado el concepto de posición de dominio también a aquellas situaciones en las que esa libertad en la fijación de precios, además de dañar directamente al competidor, indirectamente acaba también por perjudicar al consumidor⁹².

71. Sea cual fuere la persona perjudicada, en todo caso, para apreciar la existencia de una posición dominante es necesaria la existencia de un mercado real. Cuando lo que se pretende es castigar un posible abuso que viene dado por el propio hecho de la solicitud, el mercado todavía no se ha constituido, entre otras razones porque los productos o procedimientos farmacéuticos a los que la patente les otorgará protección en el futuro (una vez se conceda) todavía no se han puesto en circulación. Trátándose en este caso de solicitudes de patentes secundarias, este inconveniente podría salvarse si para determinar si la posición de dominio se atiende al mercado constituido en torno a la patente originaria. Puede que la posición de dominio se haya generado y establecido durante la vigencia de la patente base y que posteriormente se hayan solicitado las patentes secundarias con el objetivo de prologar esa posición de dominio comercial previamente adquirida.

⁸⁸ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 179.

⁸⁹ Advértase que la concesión de un derecho de exclusiva no tiene por qué conllevar necesariamente una posición de dominio en el mercado y, mucho menos, una posición de dominio abusiva. *Vid.* en este sentido F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado», pp. 137 y ss. en M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO / F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

⁹⁰ Afirma HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la posición de dominio no puede considerarse de forma abstracta, por lo que para determinar su existencia hay que comenzar por definir el concepto de mercado relevante, así como otros parámetros económicos. Pero en todo caso, se refiere a términos económicos dentro de un mercado real [F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso...», cit. pp.122 y ss.]

⁹¹ F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso...», cit. p.121.

⁹² El TJUE definió la posición de dominio haciendo referencia a estas dos vertientes como “*la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*” [STJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, «*United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 1978, pp. 207 y ss.]. En el mismo sentido, STJCE, de 9 de noviembre de 1983, asunto C-322/81, «*Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 1983, pp. 3461 y ss.]. *Cfr.* con el apartado IV. 2. relativo a los perjuicios producidos por estas prácticas en la figura del consumidor.

A) Existencia de una posición de dominio *a priori* otorgada por la titularidad de patentes sobre medicamentos estrella

72. Para corregir vía artículo 102 TFUE una eventual posición de dominio abusiva parece obvio afirmar que previamente ha de observarse que la empresa de que se trate goza de una posición de dominio en el mercado. Conviene analizar entonces si una empresa farmacéutica innovadora titular de una amplia cartera de patentes primarias y secundarias puede llegar a alcanzar esa situación; concretamente, cuando una de sus principales estrategias comerciales se basa en la solicitud de patentes secundarias que permitan alargar el ciclo vital de aquellas patentes base (próximas a caducar) que protegían los denominados ‘*blockbusters*’⁹³. Es más, la mera concesión de derechos de patente puede llevar implícitamente aparejada la existencia de una posición dominante, dada su naturaleza de derechos exclusivos, aunque tampoco necesariamente⁹⁴.

73. Teniendo esto presente, podría pensarse que la posición de dominio de este tipo de empresas vendría dada por la hegemonía comercial que ostentaban como consecuencia de la titularidad de las patentes primarias protectoras de los mencionados *blockbusters*. De hecho, los problemas relacionados con la entrada de genéricos en el mercado casi siempre se producen cuando el medicamento original goza de una posición comercial privilegiada; de ahí que se valore, entonces, la oportunidad de la aplicación del artículo 102 TFUE⁹⁵.

74. La valoración de la existencia de posición de dominio debe hacerse en el momento en que las patentes base no hayan expirado todavía. Asimismo, la conducta contraria a la competencia (el propio hecho de la solicitud de patentes secundarias), ha de evaluarse en el momento en que se haya cometido. Cuando se solicitan las patentes secundarias, la patente base todavía no ha expirado⁹⁶. Coinciden por lo tanto el momento en el que la empresa goza de posición dominante con el momento en el que se cometería el supuesto abuso.

75. El artículo 102 TFUE prohíbe que una empresa en situación de dominio busque la eliminación de competidores y refuerce así su posición en el mercado, basándose en estrategias que no sean los de una competencia a través de los propios méritos⁹⁷. La solicitud de patentes secundarias débiles encaminadas únicamente a bloquear la entrada de productos genéricos en el mercado, bien pudiera encajar dentro de la pretensión del artículo 102 TFUE. En realidad, lo que se pretende con este tipo de comportamientos es, precisamente, alargar esa posición de dominio en el mercado concedida por la comercialización del medicamento estrella, procurando que no aparezcan competidores. Esto es, existe un *plus* adicional a la hora de patentar: no se patenta (solamente) para proteger la invención (que es la finalidad legítima de toda solicitud de patente), sino, sobre todo, para que la concesión del derecho sirva para la interposición de barreras de entrada a competidores, ampliando la posición de dominio⁹⁸. Es más, incluso podríamos afirmar que el propósito perseguido es claramente el bloqueo comercial. La patentabilidad de la invención no es más que un mero trámite previo para alcanzar ese objetivo principal. Piénsese que a la empresa innovadora, de no existir este incentivo a patentar, no le interesaría obtener un derecho de exclusiva sobre una patente débil de la que no obtendría ningún rendimiento económico de explotarse comercialmente dicho derecho.

⁹³ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 16.

⁹⁴ F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso...», cit. p.121.

⁹⁵ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 184.

⁹⁶ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 110.

⁹⁷ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 75. Vid. en el mismo sentido, STJCE, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, «*AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 1991, pp. I-3359 y ss.], § 72 y STJUE, de 17 de febrero de 2011, asunto C-202/07 P, «*France Télécom SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 2009, pp. I-2369 y ss.], § 106.

⁹⁸ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 182.

76. Por todo ello, no sería descabellado pensar que las empresas farmacéuticas que comercializan *blockbusters* gozan de una posición de dominio en el mercado. No obstante, para afirmar la existencia de esta posición habrá que analizar la concurrencia de los requisitos concretos para este caso concreto: definir el mercado relevante, la cuota de mercado contralada y la existencia efectiva de barreras de entrada⁹⁹.

a) Noción de mercado relevante

77. El mercado relevante es el mercado en el que se va a analizar el nivel de competencia y el poder de la empresa en cuestión. En este caso, el mercado relevante es el sector del mercado farmacéutico en el que se comercializa el *blockbuster* concreto de que se trate. Asimismo, la noción de mercado relevante consta de dos vertientes diferenciadas: el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico.

78. El mercado relevante de producto comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideran sustituibles o intercambiables, en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos¹⁰⁰. Cuando nos encontramos ante un entramado de patentes secundarias, creado especialmente para bloquear la entrada de genéricos en el mercado, puede afirmarse que prácticamente no existen productos sustitutivos del *blockbuster*. Precisamente, los productos genéricos tendrían la condición de productos sustitutivos, de no haberse dispuesto barreras para su entrada en el mercado farmacéutico. La Comisión Europea ha señalado en este sentido que, una vez que se introducen los medicamentos genéricos en el mercado, la empresa innovadora pierde su posición de dominio, en la medida en que los medicamentos genéricos constituyen productos sustitutivos de los fármacos originarios¹⁰¹.

79. Por lo que respecta la noción de mercado relevante definida en el espacio, el mercado geográfico comprendería la zona en la que la empresa farmacéutica en cuestión desarrolla sus actividades de suministro de los medicamentos estrella¹⁰². Cabe recordar que la Comisión Europea se refería a los *blockbusters* como medicamentos cuya comercialización se realizaba a escala global¹⁰³. Habrá que determinar en cada caso concreto cual es el ámbito geográfico de cada *blockbuster* en cuestión¹⁰⁴.

80. Adviértase que, en todo caso, el mercado relevante de la patente base será el mismo que el de las patentes secundarias, ya que, realmente, el fármaco comercializado con las modificaciones introducidas por las patentes secundarias es esencialmente el mismo que el originario.

b) Cuota de mercado

81. La cuota de mercado es el principal indicador de la existencia de posición dominante, aunque en realidad se trata de un criterio muy relativo, en la medida en que depende enormemente de la amplitud con que se defina el mercado. Por ello, en muchas ocasiones, el criterio general de la cuota de mercado es insuficiente para apreciar posición dominante. Así, deben tenerse en cuenta otros factores complementarios como la cuota de mercado relativa, esto es, la cuota de mercado de una empresa en relación con la cuota de mercado de sus principales competidores¹⁰⁵. En el caso que nos ocupa, el cálculo de la cuota de

⁹⁹ En relación con los requisitos necesarios para la apreciación de posición de dominio *vid.* F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso...», cit. pp.122 y ss.

¹⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Documento sobre la definición del mercado relevante a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia* [DOUE C-372, de 9 de diciembre de 1997], § 7.

¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 77 y ss.

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA, *Documento sobre la...*, cit., § 8.

¹⁰³ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., p. 16.

¹⁰⁴ Por ejemplo, si el *blockbuster* estuviese protegido por una patente europea, probablemente en ámbito espacial vendría determinado por los Estados Miembros en los que la patente europea tuviese reconocidos sus efectos y aquellos Estados Miembros en los que se hubiese obtenido una autorización de comercialización del medicamento estrella.

¹⁰⁵ F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Prohibición del abuso...», cit. pp.123 y ss.

mercado se realizará teniendo en cuenta la parte porcentual de mercado controlada por la empresa farmacéutica titular del *blockbuster*, en comparación con el del resto de sus competidores directos.

82. El Tribunal de Justicia ha afirmado que, con carácter general, las cuotas de mercado superiores a un 50% mantenidas durante un cierto período de tiempo son, en principio, indicativas de la existencia de una posición dominante¹⁰⁶. Es bien sabido que las compañías farmacéuticas productoras de medicamentos estrella alcanzan unas altísimas cuotas de mercado. La Comisión ha puesto de manifiesto que existen empresas farmacéuticas que llegan a alcanzar cuotas de mercado entorno al 55% en comparación con sus competidores más directos¹⁰⁷.

c) Barreras de entrada

83. Las barreras de entrada en el mercado constituyen un alto indicio de la existencia de posición de dominio, y más cuando la propia empresa es la que introduce dichas barreras para impedir la entrada de nuevos operadores al mercado. Esto es, precisamente, lo que sucede cuando las empresas titulares de las patentes primarias sobre *blockbusters*, centran sus estrategias comerciales en la obtención de patentes secundarias sobre características no esenciales de la patente base. Como ya se mencionó, la intención perseguida es la de alargar el ciclo vital de la patente primaria y, así, excluir la entrada al mercado de competidores (compañías de genéricos) durante más tiempo.

84. En estos mercados con fuertes barreras de entrada, las empresas en posición dominante tienen libertad para elevar el precio de sus productos hasta niveles que maximicen sus beneficios, con la seguridad de que otras empresas no podrán incorporarse a ese mercado aunque así lo deseen. Hay que tener en cuenta que dentro del sector químico-farmacéutico existe un límite a esta libertad que viene impuesto por la normativa reguladora que fija los precios de los medicamentos¹⁰⁸.

2. Determinación del abuso: la presentación de solicitudes de patentes secundarias como conducta abusiva *per se*.

A) Objetividad en la apreciación del abuso de posición dominante

85. Analizada la cuestión relativa a la existencia de una posible posición de dominio amparada en la titularidad de patentes primarias protectoras de medicamentos estrella, y admitiendo que efectivamente existe dicha posición, cabe plantarse ahora si la propia solicitud de patentes secundarias orientadas a frenar la entrada de competidores en el mercado puede considerarse o no como un abuso de posición dominante.

86. Al igual que la apreciación de posición de dominio, el abuso de posición dominante debe valorarse sobre la base de elementos objetivos. Por ello, la jurisprudencia se ha afanado en construir un concepto de explotación abusiva. Según reiterada jurisprudencia la explotación abusiva, es un término objetivo referido a los comportamientos de una empresa en posición dominante. Esta posición permitirá

¹⁰⁶ STJCE, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, «AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas» [Rec. 1991, pp. I-3359 y ss.], § 59. Respecto del establecimiento de cuotas de mercado para la determinación de posición dominante *vid. asimismo* COMISIÓN EUROPEA, *Documento de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado a determinados abusos exclusionarios*, de 29 de diciembre de 2005.

¹⁰⁷ El Informe Final sobre el Sector Farmacéutico recoge un estudio de las diez primeras compañías farmacéuticas vendedoras de medicamentos estrella en la Europa de los 27, haciendo referencia al porcentaje de beneficios a nivel europeo [COMISIÓN EUROPEA, *Informe Final sobre...*, cit., pp. 27 y ss.].

¹⁰⁸ Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios [BOE, No. 177, de 25 de julio de 2013].

a la empresa influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente a raíz de la existencia de esa empresa en el mercado, el nivel de competencia se encuentre ya debilitado. Amparándose en ello, producen un efecto obstaculizador, generalmente por medios diferentes de los que rigen una competencia normal en el mercado¹⁰⁹.

87. Con todo ello, haciendo uso de esa objetividad, puede afirmarse que el abuso lo constituye *per se* el propio hecho de la solicitud del derecho exclusivo, atendiendo a la finalidad obstaculizadora de la competencia con la que se solicita: evitar la entrada de las empresas productoras de medicamentos genéricos en el sector del mercado controlado por las empresas innovadoras solicitantes¹¹⁰. El proceso de concesión de la patente no se usa para la finalidad para la que está pensada la obtención de patentes, sino con el solo propósito de bloquear a competidores a través de la obtención de un derecho exclusivo¹¹¹. Así, la competencia se ve igualmente afectada, con independencia de que posteriormente, en el momento de la concesión del derecho, pueda verse nuevamente afectada atendiendo al ejercicio que se haga de dichos derechos¹¹².

88. El artículo 102 TFUE castiga a las empresas en posición dominante que eliminen a competidores y que refuercen esa posición haciendo uso de medios distintos a los de la competencia a través de los méritos. Teniendo esto presente, cabe afirmar que la obtención de patentes secundarias de escasa calidad por parte de las empresas farmacéuticas innovadoras titulares de *blockbusters*, encaminadas al establecimiento deliberado de barreras de entrada en el mercado a competidores (empresas de genéricos), no puede considerarse como una competencia basada en los méritos. Se cumplirían así los parámetros objetivos del abuso de posición dominante, siendo esta conducta anticompetitiva corregible *ex* artículo 102 TFUE.

B) Indicios de la comisión de abuso en el propio hecho de la solicitud de patentes secundarias

89. A pesar de que el abuso se defina sobre la base de un concepto objetivo, ciertamente, la distinción entre una solicitud de patente presentada con la única intención de excluir la entrada de competidores en el mercado, de otra solicitada con la pretensión legítima de protección de la innovación, resulta realmente complicado¹¹³. Por ello, la apreciación del acto de contrario a la competencia deberá construirse sobre la base de indicios que prueben la comisión del abuso, como sucede en el caso de la presentación de solicitudes de patentes secundarias con ánimo obstaculizador.

¹⁰⁹ STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, «*Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 1979, pp. 461 y ss.], §91; STCE, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, «*AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*» [Rec. 1991, pp. I-3359 y ss.], § 69; STJUE, de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52/07, «*Kanal 5 Ltd. Y TV 4 AB c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*» [Rec. 2008, pp. I-9275 y ss.], § 25; y STJUE, de 17 de febrero de 2011, asunto C-52/09, «*Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*» [Rec. 2011, pp. I-527 y ss.], § 106.

¹¹⁰ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 101. *Vid.* en este mismo sentido B. CONDE GALLEGO, «La política de...», cit., pp. 66 y ss.

¹¹¹ KJOLBYE afirma que se trata de un abuso de procedimiento [L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 183].

¹¹² En el asunto *AstraZeneca* las partes recurrentes alegaban que el abuso solamente se cometía con la concesión del derecho, momento a partir de cual se restringía la competencia efectivamente y se producían los efectos anticompetitivos [Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 106].

En Derecho americano, las patentes obtenidas fraudulentamente pueden ser paralizadas con arreglo al Derecho de la competencia, pero una vez concedido el derecho. Ahora, con la reforma introducida por la Ley Americana de Invenciones Leahy-Smith, Pub. L. No. 112-29, 125 Stat. 284 (2011) (AIA, por sus siglas en inglés), puede solicitarse el reexamen de una patente concedida fraudulentamente [35U.S.C. § 141]. *Vid.* en el mismo sentido, P. J. MESSITE, «Desarrollo del derecho de patentes estadounidense en el siglo XXI. Implicaciones para la industria farmacéutica», Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 187 y ss. [Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3367/9.pdf>. Consultado por última vez el 18.12.2013].

¹¹³ B. CONDE GALLEGO, «La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 31 (2010-2011), p. 68.

90. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia europea no ha dado una respuesta específica acerca de la cuestión relativa a si el propio hecho de la presentación de la solicitud de patentes puede considerarse abusivo cuando con ello se pretende bloquear la entrada de competidores en el mercado. En febrero de 2007, la Comisión abrió un procedimiento contra la empresa farmacéutica alemana *Boehringer Ingelheim*, por un supuesto abuso de procedimiento para la concesión de patentes. Al parecer, la empresa habría solicitado patentes de escaso carácter innovador con la intención de impedir la entrada de competidores en el mercado. La complejidad del asunto tiene como reflejo la falta de pronunciamiento judicial al respecto¹¹⁴.

91. El único supuesto en el que se toca tangencialmente el problema es el asunto *AstraZeneca* en relación con la solicitud engañosa de unos CCPs para bloquear la entrada de competidores en el mercado del omeprazol, indicado para afecciones gastrointestinales vinculadas a la hiperacidez¹¹⁵. El estudio de este caso arroja distintos indicios que pueden utilizarse para responder a la pregunta formulada inicialmente acerca de si el artículo 102 TFUE serviría para corregir posibles abusos competenciales cometidos por el propio hecho de solicitar una patente secundaria anticompetitivamente, a través de la figura del abuso de posición dominante¹¹⁶.

92. Concretamente, el caso *AstraZeneca* sirve como guía para identificar los indicios o requisitos necesarios para apreciar el carácter abusivo de una solicitud de patente secundaria encaminada a bloquear a competidores. No obstante, habrá que establecer una serie de matizaciones, puesto que el asunto *AstraZeneca* versa sobre la problemática surgida en torno a unos CCPs obtenidos de manera irregular y la problemática de las patentes secundarias se centra en la solicitud de patentes fraudulentas.

a) Actuación deliberada y constante

93. El grupo de empresas *AstraZeneca* había solicitado una serie de CCPs en distintos países del entorno de la Unión Europea. La solicitud de dichos CCPs se había hecho emitiendo informaciones falsas ante las distintas administraciones públicas a cerca de la fecha de caducidad de patentes que ya habían expirado y de la fecha en que se había concedido la autorización de comercialización del medicamento en diferentes países de la Unión Europea. La intención perseguida era la de conseguir la concesión de un derecho exclusivo como el CCP, al que la empresa no tenía derecho, o al que tenía derecho por un período de tiempo más limitado¹¹⁷. Para ello, se induce a error de modo deliberado.

94. Si trasladamos este supuesto a la problemática que se desarrolla en torno a la patentabilidad de patentes de segunda y ulteriores generaciones, podemos encontrar ciertas similitudes. Recordemos que en la mayoría de los supuestos, las solicitudes de patentes secundarias se solicitaban a sabiendas de la falta de cumplimiento de los requisitos de patentabilidad de éstas¹¹⁸; incluso llegando a omitir información relevante a los examinadores¹¹⁹. Esta actuación engañosa deliberada, al igual que en el caso de los CCPs, tiene como finalidad principal la concesión de un nuevo derecho de exclusiva (la patente secundaria) que prolongue la posición de dominio de la que ya gozaba la empresa farmacéutica innovadora como consecuencia de la titularidad de las patentes base, alargando el ciclo vital de estas últimas¹²⁰.

¹¹⁴ Asunto COMP/B2/39246.

¹¹⁵ STJUE, de 6 de diciembre de 2012, asunto C-457/10 P, «*AstraZeneca AB y AstraZeneca plc c. Comisión Europea*» [No disponible en Rec.], en adelante asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*.

¹¹⁶ En los apartados que siguen, lo que se pretende es adaptar la doctrina arrojada por el TJUE al asunto *AstraZeneca*, con la intención de aportar un poco de luz al problema de los abusos competenciales cometidos a través de la técnica de las patentes secundarias, y su eventual corrección a través de las herramientas proporcionadas por el Derecho de la Competencia.

¹¹⁷ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 62.

¹¹⁸ *Vid supra* el apartado III.1.B) relativo a la calidad de las patentes secundarias (‘*weak patents*’).

¹¹⁹ *Vid.* EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 9 y ss., cuando hace referencia a la ocultación de información relevante al examinador a raíz del caso de una solicitud de patente divisionaria para dos formas polimórficas existentes de la patente de la finasterida.

¹²⁰ L. KJOLBYE, «Article 82 EC as...», cit. p. 168.

95. Por lo tanto, el abuso lo constituye el propio hecho de la solicitud del CCP o de la patente secundaria¹²¹. El comportamiento reprochado se basa en una estrategia global destinada a mantener indebidamente a los fabricantes de productos genéricos apartados del mercado mediante la obtención de CCPs (o de patentes secundarias). En el asunto *AstraZeneca* se comete, por parte del mencionado grupo de empresas, una infracción intencionada del marco normativo que permite crear esos derechos, precisamente para su obtención de manera irregular¹²². Se aprecia una conducta deliberada por parte de *AstraZeneca* de inducir a error a las oficinas de patentes¹²³. Ello constituye, en palabras del Tribunal, “una práctica ajena a la ‘competencia basada en los méritos’ y, por lo tanto, un abuso de posición dominante”¹²⁴. Afirmación que quedaba reforzada al haber quedado probado que la conducta de *AstraZeneca* había sido un comportamiento constante y lineal en el tiempo. La prueba documental aportada al caso dejaba constancia probada de la amplitud temporal de este comportamiento. *AstraZeneca* había llevado a cabo esta práctica durante seis años, desde junio de 1993 hasta junio de 1999¹²⁵.

96. Es importante resaltar que no debe entenderse que cualquier información inexacta o errónea ante las autoridades administrativas pertinentes para la solicitud de un derecho de exclusiva, supone que una empresa en posición dominante esté cometiendo un abuso competencial. La apreciación del abuso debe ser valorada caso por caso. Por lo tanto, no puede deducirse que cualquier solicitud de CCP (o patente secundaria) realizada bajo esos parámetros genere automáticamente una responsabilidad en el sentido del artículo 102 TFUE, aunque posteriormente se desestime por no cumplir los requisitos legalmente establecidos para ello¹²⁶.

97. Determinar que el hecho concreto de la solicitud de CCP (o patente secundaria) puede implicar en sí mismo un abuso entraña un alto riesgo. Cabe la posibilidad de incurrir en el error de apreciar la existencia de un abuso sin examinar si realmente se ha visto afectada la competencia o si la solicitud en cuestión tendría efectivamente a restringir la competencia. Si se dan por buenas estas dos últimas hipótesis, solamente sería valorable la existencia de un abuso a partir del momento de la concesión del derecho exclusivo; esto es, del momento en que se lleven a cabo actuaciones abusivas en el mercado amparándose en el mismo¹²⁷.

98. Abandonando esta última alternativa, cabe afirmar que la existencia de una actuación tendente a inducir a error de forma deliberada, durante un período de tiempo continuado, para la obtención de un derecho de exclusiva, no es en sí misma suficiente ni determinante para declarar la existencia de abuso. Son necesarios, además, la concurrencia de otros indicios.

b) Mala fe en las actuaciones

99. En la sentencia recurrida ante el TGUE sobre el caso *AstraZeneca* se afirmaba que a pesar de la apreciación de mala fe en la solicitud de los CCPs, la existencia de la mala fe deliberada en las actuaciones, no debía valorarse como criterio único para determinar un eventual abuso de posición dominante. Si bien es cierto, por otro lado, que no debía negarse que la existencia de mala fe podía constituir un indicio de una conducta abusiva¹²⁸. Sin embargo, posteriormente el Tribunal dotó a la concurrencia de mala fe en las actuaciones de mayor relevancia cuando afirmó que fue precisamente ese comportamiento deliberado el que dio lugar a la concesión de los derechos de exclusiva; como consecuencia de haber

¹²¹ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 101.

¹²² Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 68.

¹²³ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 66.

¹²⁴ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 62.

¹²⁵ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, §§ 65 y 66.

¹²⁶ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, §§ 99 y 100.

¹²⁷ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 101.

¹²⁸ STGUE, de 1 de julio de 2010, asunto T-321/05, «*AstraZeneca AB y AstraZeneca plc c. Comisión Europea*» [Rec. 2010 pp. II-2805 y ss.], §§ 356 y 359.

provocado en las administraciones públicas una concepción errónea a cerca de la fecha en la que se habían otorgado las autorizaciones de comercialización. Tesis que avalaba que el abuso venía dado por el propio hecho de la solicitud de los CCPs¹²⁹. Por lo tanto, constituían derechos indebida e irregularmente concedidos como fruto de unas declaraciones hechas con mala fe.

100. Aplicado este razonamiento a las solicitudes de patentes secundarias, conviene recordar que en el procedimiento de solicitud de una patente ante la Oficina Europea de Patentes no existe un deber legal de buena fe y franqueza en la presentación de solicitudes de patentes¹³⁰. Precisamente, como consecuencia de ausencia legal de esta obligación, la mayor parte de los solicitantes de patentes secundarias no guardan el deber de buena fe en la presentación de sus solicitudes. Los solicitantes son perfectamente conscientes de que la patente no cumple con los requisitos de patentabilidad; y que, de concederse, tendría un alto grado de probabilidad de ser declarada inválida. No obstante, y aun teniendo esto presente, ponen en marcha la solicitud de múltiples patentes secundarias, con el objetivo de que al menos una de ellas se conceda, bloqueando, así, por más tiempo la entrada de genéricos en el mercado; siendo conscientes de que los competidores raramente iniciarán un proceso para dirimir la validez de una patente, teniendo en cuenta los altos costes que puede llegar a alcanzar y la complejidad que entrañan ese tipo de procesos judiciales¹³¹.

101. Al igual que en el asunto *AstraZeneca*, la mala fe no es criterio suficiente para apreciar el abuso competencial, pero sí debe tenerse en cuenta como un indicio a valorar.

c) Efecto potencial contrario a la competencia

102. Cabe recordar que, dado que lo que se pretende corregir como abuso competencial es el propio hecho de la solicitud y posterior concesión de patentes secundarias obstaculizadoras de la competencia, puede que el mercado del producto farmacéutico todavía no esté efectivamente constituido. Esto es, el abuso se comete en un momento anterior: el de la solicitud de la patente. El mercado del producto farmacéutico se constituirá realmente una vez que la patente se conceda y se inicie la comercialización de los medicamentos protegidos por la patente secundaria. En este momento posterior podrán, efectivamente, cometerse otro tipo de abusos competenciales, pero, en todo caso, distintos del abuso anticompetitivo que supone el hecho de la propia solicitud de patentes secundarias para obstaculizar el mercado de genéricos. En estos casos, la competencia ya se encuentra dañada, dado que el propio acto de la solicitud de patentes secundarias constituye *per se* un abuso, como se mencionó más arriba¹³².

103. No obstante, concurda con esta idea que respecto de posteriores abusos cometidos una vez que el mercado se halle efectivamente constituido, el Tribunal de Justicia afirme que la competencia también puede verse dañada por actos que supongan un efecto potencial contrario a la competencia. No se exige que se demuestre una producción actual y real de efectos contrarios a la competencia. Esto es, no se requiere que tal efecto sea necesariamente concreto, siendo suficiente para determinar el acto abusivo que se demuestre un efecto potencialmente anticompetitivo contrario a la competencia en el mercado¹³³.

¹²⁹ STGUE, de 1 de julio de 2010, asunto T-321/05, «*AstraZeneca AB y AstraZeneca plc c. Comisión Europea*» [Rec. 2010 pp. II-2805 y ss.], §§ 370 y ss.

¹³⁰ Esta obligación sí existe por ejemplo en Derecho norteamericano, en el que se exige a toda persona involucrada en un proceso de solicitud de patente que revele toda la información que sea relevante a efectos de valorar la patentabilidad de la invención (35 U.S.C. § 115).

¹³¹ Vid. EGA / AESEG, *Barreras de Entrada...*, cit., pp. 13 y 19 y ss.

¹³² Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 101. Vid. también B. CONDE GALLEGO, «La política de...», cit., p. 68.

¹³³ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, § 112. Cfr. STJUE, de 17 de febrero de 2011, asunto C-52/09, «*Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*» [Rec. 2011, pp. I-527 y ss.], § 64.

d) Abuso de derecho

104. El ejercicio de cualquier derecho subjetivo lleva aparejada necesariamente la existencia de unos límites a su ejercicio. La existencia de un derecho subjetivo, como puede ser un derecho de exclusiva, no implica que éste pueda ejercitarse sin ningún tipo de limitación. En este sentido, no puede afirmarse que porqué una empresa sea titular o considere que podría solicitar un derecho de exclusiva, ello equivalga a una legitimidad por la que nada le impida realizar declaraciones, falsas, engañosas o capaces de inducir a error a las autoridades públicas, para conseguir la concesión del derecho exclusivo, lo que es inconcebible¹³⁴.

105. La realización de declaraciones falsas para la obtención de un derecho de exclusiva cuyo ejercicio, concordando con la norma legal que concedió el derecho, resulta contrario a la buena fe y a los fines sociales y económicos para los que fue creado ese derecho. Los derechos de patente fueron creados como un mecanismo protector e incentivador de la innovación. Utilizarlos o simplemente formular su solicitud con una intención contraria a la buena fe encaminada a bloquear la entrada de competidores de genéricos en el mercado, constituye un abuso de derecho regulado en el artículo 7.2º del CC. La titularidad de un derecho de exclusiva no legitima a su titular a ejercitar ese derecho sin ninguna limitación.

106. El estudio del abuso de derecho supondría centrarnos en los abusos cometidos con el derecho de exclusiva una vez que este ya ha sido concedido y lo que este trabajo pretende es el análisis del abuso constituido por la propia solicitud de patentes secundarias, por lo que solamente se apunta a efectos de su valoración como un indicio más para la apreciación de una eventual posición de dominio abusiva.

¹³⁴ Asunto C-457/10 P, *AstraZeneca*, §§ 98 y 111.

EL REPUDIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO MARROQUÍ EN LA UE

M^a DOLORES ORTIZ VIDAL
Becaria-contratada FPU-UMU
Universidad de Murcia

Recibido: 08.09.2014 / Aceptado: 15.09.2014

Resumen: El presente trabajo estudia la disolución del matrimonio en el Derecho marroquí y la europeización del Derecho internacional privado de la Familia. En particular, valora la aplicación del Derecho marroquí en la UE. Pues bien, las normas de Derecho internacional privado de la UE son capaces de proporcionar una respuesta jurídica adecuada a “realidades jurídicas” islámicas, muy diferentes de la “realidad jurídica” occidental.

Palabras clave: Repudio. Código de Familia marroquí. Derecho internacional privado de la UE.

Abstract: This paper studies the dissolution of marriage in Moroccan Law and the Europeanization of private international law of the Family. In particular, analyses the application of EU law in Morocco. Well, the rules of private international law in the EU are able to provide an appropriate legal response to Islamic “legal realities”, which are very different of European “legal reality”.

Key Words: Repudiation. Moroccan Family Code. International Private Law in the EU.

Sumario: I. Introducción. 1. Apuntes sobre la evolución del Derecho de Familia en Oriente y en Occidente. 2. Europeización del DIPr., Derecho de Familia y disolución del matrimonio. II. La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí: el divorcio y el repudio. 1. Las fuentes primigenias y complementarias en el Derecho islámico tradicional. 2. El concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*”: distinción de conceptos. 3. Los distintos tipos de instituciones jurídicas por los que se puede disolver el vínculo matrimonial en Derecho marroquí: el repudio y el divorcio. A) La institución jurídica del repudio (*Talaq*). a) El *talaq tradicional*: acercamiento a la figura en Derecho islámico. b) La institución jurídica del repudio (*talaq*) en el Código de Familia marroquí. 1º) La disolución del vínculo matrimonial por repudio a petición de cualquiera de los cónyuges. 2º) La disolución del matrimonio por repudio de mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*). 3º) La disolución del matrimonio por repudio mediante compensación económica (*khol*). B) La institución jurídica del divorcio. a) La disolución del matrimonio por divorcio por desavenencias (*siqaq*). b) La disolución del matrimonio por divorcio por otras causas. 4. El carácter revocable o irrevocable en la institución jurídica del divorcio y del repudio en el Derecho marroquí. 5. Los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer y los hijos. A) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer. B) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre los hijos. III. Aplicación, en España, del Derecho marroquí al repudio por parte de los tribunales españoles. 1. Competencia Judicial Internacional y repudio. A) La calificación de la pretensión procesal de repudio y litigación en España. B) Determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de un litigio derivado de un repudio: el Reglamento “Bruselas II-bis”. a) Ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial. b) Foros de competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas II-bis”. 2. Ley aplicable al repudio. A) Cuestiones de calificación en relación con el repudio y Derecho marroquí aplicable. B) Ley aplicable al repudio y Reglamento 1259/2010 “Roma III”. C) Ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 relativo a la Ley aplicable al divorcio y a la separación

judicial. D) Puntos de conexión y repudio: Elección de la Ley aplicable / Residencia habitual en Marruecos / Ley nacional común. E) Excepciones a la aplicación, por autoridades de un Estado miembro de la UE, de la Ley marroquí que regula el repudio. 1º) La igualdad de los cónyuges para acceder al divorcio (art. 10 Reg. 1259/2010). 2º) Activación de la cláusula de orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010). 3. Efectos en España de resoluciones judiciales de repudio dictadas por una autoridad competente marroquí. A) Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa. B) Sistema de condiciones. C) Inscripción del acta de repudio marroquí en el Registro Civil español. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Apuntes sobre la evolución del Derecho de Familia en Oriente y en Occidente

1. En la actualidad, la sociedad occidental y, en particular, la sociedad de la UE del siglo XXI se caracteriza por presentar una muy notable variedad étnica, social y religiosa. Esta situación tiene como resultado la convivencia, en Europa, entre sujetos de cultura occidental e inmigrantes procedentes de países cada vez más lejanos y cada vez más distintos desde el punto de vista cultural.

2. Las causas que han dado lugar a la sociedad de la UE del siglo XXI, integrada por personas de orígenes muy diversos y de culturas muy diferentes, pueden concretarse, fundamentalmente y entre otras, en las siguientes¹: la globalización económica y la emigración. Ello ha posibilitado que las relaciones privadas internacionales se hayan incrementado de manera extraordinaria. Así las cosas, la sociedad europea actual presenta un grado de diversificación muy elevado, en cuyo seno coexisten sujetos con rasgos culturales propios y creencias ideológicas y religiosas muy distintas².

3. En consecuencia, la sociedad europea actual constituye una sociedad multicultural, que se caracteriza por asumir en su territorio la convivencia de diversas culturas³. En efecto, ciertas instituciones jurídicas que responden a “modelos de vida” propios de ciertos Estados, “circulan” a día de hoy por todo el mundo y se introducen en otros países con una cultura diferente⁴. Por esta razón, en la actualidad,

¹ En torno a las causas de la expansión cuantitativa y cualitativa de las situaciones privadas internacionales: *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 35-36; N. ÁLVAREZ, “Multiculturalismo e inmigración: retos ideológicos del siglo XXI”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 5, 2002; J. ARANGO VILA-BELDA, “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, *Papeles de economía española*, Nº 98, 2003, pp. 2-15; S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “El conflicto de multiculturalidad: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo” en L. R. FLAHERTY (COORD.) *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Ed. Buenos Aires: Errepar, Argentina, 2011, pp. 427-460; G. JÁUREGUI BERECIARTU, “Inmigración y diversidad cultural en la era de la globalización” en J. ALBERDI BIDAGUREN / J. GOIZUETA VÉRTIZ (COORDS.) *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 271-290; R. ZAPATA BARRERO, “La ciudadanía en contextos de multiculturalidad. Procesos de cambios de paradigmas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 37, 2003, pp. 173-200; J. L. CASTILLA VALLEJO, “Liberalismo y multiculturalidad en el contexto de la globalización”, *Revista internacional de sociología*, Nº 37, 2004, pp. 217-243.

² C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)” en A. RODRÍGUEZ BENOT (DIR.) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 89-100 describe los tres modelos de respuesta que Europa ha adoptado frente al fenómeno migratorio: la asimilación – la cultura de la sociedad de acogida, más fuerte, se impone a la sociedad de origen, más débil –, la integración – los inmigrantes pueden realizar determinadas prácticas culturales, que no se limitan a la simple esfera privada, en el territorio de la sociedad de acogida – y la autonomía – se permite al inmigrante participar en la sociedad de acogida en condiciones iguales a las de los nacionales –.

³ A. RODRÍGUEZ BENOT, “El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes” en Z. COMBALÍA SOLÍS / M. P. DIAGO DIAGO / A. GONZÁLEZ-VARAS (COORDS.) *Derecho islámico e interculturalidad*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 89-110, esp. p. 91.

⁴ M. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 6-13, esp. p. 7 señala que las instituciones jurídicas islámicas, que pueden resultarnos sorprendentes en la sociedad occidental, son objeto de una exhaustiva regulación en Derecho islámico y, desde éste, dichas instituciones encuentran justificación, unas veces por causa de religión y otras veces por su estructura social.

resulta posible encontrar fenómenos jurídicos ajenos a la cultura jurídica tradicional española y europea, como sucede con la institución jurídica de repudio.

4. La realidad migratoria pone de manifiesto que entre Europa y el norte de África es donde se producen algunos de los flujos migratorios más significativos. Según los datos oficiales difundidos con fecha 31 de marzo de 2013 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, residían 5.467.955 extranjeros en territorio español en situación regular. En particular, Marruecos mantiene la primera posición en cuanto a residentes en España en Régimen General, cuyo número asciende a 880.789. Así las cosas, como consecuencia del gran número de musulmanes nacionales de Estados islámicos en España y Europa, resulta necesario destacar la importancia del repudio en la sociedad occidental y en la española.

5. En sintonía con lo anterior, la presencia de inmigrantes procedentes del norte de África en los Estados de la UE pone de relieve la divergencia que existe entre el Derecho del país de origen y el Derecho del país de recepción, respecto a materias que afectan al régimen jurídico personal y familiar. En particular, son más notables las diferencias si la institución jurídica se fundamenta, principalmente, en vínculos de tipo religioso.

6. La sociedad europea puede ser considerada, en términos generales, una sociedad laica organizada aconfesionalmente, en la que las autoridades políticas no se adhieren públicamente a unas creencias religiosas determinadas. En Occidente, después de la Reforma Protestante en el siglo XVI y, sobre todo, tras la Revolución Francesa (1789), se adoptó un nuevo modelo de familia. Después de la Reforma protestante, el carácter civil de las uniones familiares vino a sustituir, en parte, al carácter religioso. De la misma manera, en el nuevo Estado revolucionario francés, el matrimonio, entendido como institución religiosa de la unidad familiar, se secularizó y pasó a convertirse en un contrato civil. El nuevo Estado revolucionario francés, reguló los requisitos materiales y formales que debían cumplirse para que la celebración del matrimonio fuera válida, así como, las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de dicha unión y los efectos que ello pudiera tener para con su descendencia.

7. En sintonía con lo anterior, el proceso de laicización que sufren los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados en Occidente a lo largo del siglo XX, comporta la asunción de un nuevo modelo de familia más moderno, que se caracteriza por la existencia de un concepto de familia más amplio, en el que no sólo tiene cabida la familia que tiene su origen en la celebración del matrimonio católico. Así las cosas, pierde relevancia el modelo de familia tradicional, que se fundamentaba en la unión entre padre y madre, casados con arreglo a los ritos de la Iglesia Católica, cuya finalidad era crear una familia.

8. A diferencia de ello, los emigrantes del Magreb proceden de Estados confesionales cuya sociedad opera sobre esquemas religiosos rígidos y excluyentes. La Ley religiosa islámica (*Sharia*), que recoge la revelación que *Allah* hace a la humanidad a través del Profeta *Muhammad*, se integra por el Corán y por la *Sunna*⁵. Estas fuentes primigenias, de origen divino, se ocupan de regular las distintas cuestiones que afectan a la Comunidad islámica (*Umma*): las relaciones de las personas entre sí y de éstas con su Creador⁶. Los creyentes en la Fe del Islam, utilizan la religión para orientar cualquier aspecto de su vida: personal, político, económico o cultural⁷.

9. La noción de “familia” es distinta en los diferentes países del mundo. El origen jurídico del concepto de “familia” se refería a que la misma, como tal, posibilitaba el nacimiento de nuevos seres

⁵ El Corán dice (114:1-4): “Di: ¡Él es Alá, Uno!; Di: ¡Él es Alá, Uno, Dios, el Eterno! No ha engendrado, ni ha sido engendrado. Y no tiene par”. La religión islámica se inspira en la creencia de que *Allah* es el único Dios y que *Muhammad* fue su Profeta (<http://www.webislam.com/coran/>)

⁶ Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 14-20, esp. p. 15.

⁷ C. MOHAMED, “Islam, Historia y Liberalismo en Sayyid Amir Ali”, *HMiC*, núm. X, 2012, pp. 207-208. En un Estado islámico todas las leyes han de ajustarse estrictamente a la *Sharia*.

humanos y ofrecía un contexto óptimo para el desarrollo de las personas y su integración en la sociedad. Como consecuencia de la importancia de las funciones propias de la familia, ésta, entendida en sentido clásico, era una institución absolutamente necesaria para la misma existencia de la sociedad⁸.

10. Tradicionalmente, el matrimonio ha constituido uno de los pilares fundamentales de la sociedad occidental. El matrimonio, entendido en el sentido de vínculo conyugal, era también la institución social que constituía la familia⁹. Con posterioridad, el matrimonio, entendido como institución religiosa de la unidad familiar, se secularizó y pasó a convertirse en un contrato civil. Desde ese momento, el Estado dispone de la facultad de intervenir en las uniones matrimoniales, a través de un representante oficial que garantiza la legalidad de la unión, sin cuya presencia la ceremonia no es válida. Así las cosas, la institución jurídica del matrimonio genera entre los cónyuges obligaciones y derechos recogidos en la Ley, que pueden ser distintos en función de la sociedad reguladora de la institución del matrimonio.

11. En el siglo XX, como consecuencia del surgimiento del “Estado social”, se reforman las normas reguladoras de Derecho de Familia y, en concreto, de Derecho matrimonial, para que éstas cumplan los valores constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad¹⁰. Paralelamente, otro proceso se abre: el hecho de que los particulares regulen, *motu proprio*, sus relaciones en materia matrimonial comporta la pérdida progresiva del carácter imperativo del Derecho de Familia y, sobre todo, del Derecho matrimonial sobre los cónyuges. El Derecho interviene en las relaciones jurídico privadas de los cónyuges sólo si no existe acuerdo entre ellos¹¹.

12. La realidad indica que, en la sociedad occidental actual, no existe un solo “modelo de familia”, sino que, concurren diversos “modelos de familia”¹². En efecto, las migraciones a Occidente han provocado que familias procedentes de círculos culturales, sociales y jurídicos muy alejados, traigan consigo sus propios “modelos de familia”. Esta situación refleja una creciente dispersión internacional de las familias.

13. En consecuencia, en el Derecho occidental, la finalidad de los modelos de familia más modernos es garantizar la mejor realización del derecho al desarrollo de la libre personalidad de los particulares. El ser humano, en cuanto ser racional, es libre y autónomo. Esta afirmación pretende poner de relieve que cualquier persona, en ejercicio de su libertad, puede adoptar cualesquiera decisiones, de

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, p. 82.

⁹ R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 28-39; M. T. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire. De l'institution au contrat et au-delà » en R. GANCHOFFER, *Le Droit de la famille en Europe. Actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Estrasburgo, 1992, pp. 200-225 consideran que el modelo tradicional de matrimonio es el resultado de una larga evolución histórica que adquiere conceptos propios de Derecho Romano y de Derecho Canónico. En el Derecho Romano, el matrimonio (*iustae nuptiae*) se celebra con arreglo a lo establecido en el *Ius Civile*. El matrimonio constituye el fundamento de la familia romana. En el Derecho Canónico, el matrimonio constituye una alianza o consorcio de toda la vida entre un hombre y una mujer, ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos.

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 73.

¹¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 17, expuso que el Derecho de Familia (de la época) se caracterizaba por la escasa intervención del principio de la autonomía de la voluntad.

¹² R. MONTORO ROMERO / J. ELZO IMAZ, “La familia en la sociedad del siglo XXI”, *Revista Javeriana*, N.º. 737, 2007, pp. 56-63 exponen que los modelos de familia que presenta la sociedad del siglo XXI son muy variados. Se considera necesario destacar, entre otros, los siguientes: 1º) Familia nuclear: formada por el padre, la madre y su descendencia; 2º) Familia extensa: formada por los miembros que integran la familia nuclear y por otros parientes, tales como, los abuelos, tíos, primos u otros parientes consanguíneos o afines; 3º) Familia monoparental: formada por el hijo o los hijos que vivan sólo con uno de sus progenitores; 4º) Familia ensamblada: formada por agregados de dos o más familias. 5º) Familia homoparental: formada por una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tienen hijos de forma natural de una relación anterior.

hacer o de no hacer, que estime pertinentes para marcar las pautas que desea seguir a lo largo de su vida. Por tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede catalogarse como complemento a la autonomía personal, con el límite de respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Por esta razón, a día de hoy, el matrimonio deja de ser considerado una institución para convertirse en un contrato *particular*, libremente asumido por las partes, en el que éstas establecen, con libertad, sus derechos y obligaciones¹³.

14. En la sociedad islámica, el Derecho de Familia y, en particular, el matrimonio, se regula en las fuentes primigenias de Derecho islámico –el Corán y la *Sunna*– y en las fuentes legislativas más modernas, tales como, los Códigos de Familia, que se inspiran en los criterios tradicionales¹⁴. El Derecho musulmán establece que el varón musulmán que tenga medios económicos suficientes contraerá matrimonio con una mujer, porque ésta es la vía legítima para tener descendencia¹⁵.

15. No obstante, el Derecho matrimonial musulmán considera el matrimonio como un contrato válidamente celebrado entre un hombre y una mujer que se perfecciona con el acuerdo de las partes. En efecto, todas las Escuelas Jurídicas del Islam coinciden en que el matrimonio tiene lugar mediante la celebración de un contrato. El matrimonio se contrae, normalmente, con el ofrecimiento de matrimonio (*ijâb*) hecho por la novia o, en su caso, por su representante (*nâ'ib*) o tutor (*wakîl*) y, la correspondiente aceptación (*qabûl*) realizada por el novio o, en su caso, por su representante. En el contrato de matrimonio, los esposos pueden incluir, dentro del marco de libre disposición de las partes, las cláusulas que tengan por conveniente, siempre que respeten la *Sharia*. En particular, los contrayentes no pueden pactar que el esposo no tenga la facultad de repudiar a su esposa. En el supuesto de que dicha cláusula se insertara en el contrato de matrimonio, ésta sería nula por resultar contraria al orden público islámico¹⁶.

2. Europeización del DIPr., Derecho de Familia y disolución del matrimonio

16. Las autoridades de la UE han asumido competencia legislativa para elaborar normas de DIPr., con la finalidad de acabar con los obstáculos a las libertades europeas de circulación y de crear un auténtico espacio judicial europeo (art. 81 TFUE)¹⁷. Así las cosas, cuando un Juez español aplica

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 75-81 detalla la evolución del Derecho internacional privado de Familia y del Derecho internacional privado matrimonial en Occidente.

¹⁴ El matrimonio se regula en los Códigos de Familia de los siguientes Estados: Argelia, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Qatar, Siria, Sudán, Túnez y Yemen.

¹⁵ A. GIMÉNEZ COSTA, “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho español” en C. LASARTE ÁLVAREZ / A. DONADO VARA / M. F. MORETÓN SANZ / F. YÁÑEZ VIVERO (COORDS.) *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Ed. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004.

¹⁶ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 70.

¹⁷ Un profundo estudio sobre la europeización de DIPr. es realizado, entre otros, por: A. ALEMANN, “Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d’atteinte au marché intérieur?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, n° 4, 2001, pp. 953-971; J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, n° 15, 2008, pp. 1-33; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, “El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia”, *Diario La Ley*, n° 6641, Sección Unión Europea, 31 Ene. 2007, (versión *on line*); M. A. ASÍN CABRERA, “La communautarisation du droit international privé de la famille: euro-chauvinisme ou intégration européenne?”, en *Impérialisme et chauvinisme juridiques*. Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, pp. 169-184; O. ASP, “Harmonisation and Co-operation within the Third Pillar: Built in Risks”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. IV, 2002, pp. 15-23; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 y ss; C. BANARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004. : S. BARIATTI, “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE” en *Il Diritto dell’Unione Europea*, Anno VI, Fasc. 2-3, Giuffrè, Milano, 2001; J. BASEDOW, “The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, vol. XXXVII, n° 3, 2000, pp. 687-708; K. BOELE-WOELKI, *Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in Private Law in the International Area*, Liber amicorum Kurt Siehr, TMC Asser Press, 2000; A. BOIZAREU CARRERA, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia” en M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO (ED.) *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 2000, pp. 67-86; A. BORRÁS, “Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. LI, n° 2, 1999, pp. 383-426; Id., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio

“Derecho de la UE”, está aplicando también “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. España es un Estado miembro de la UE y sus tribunales aplican el Derecho de la entidad política en la que está integrada España, que también es su Derecho¹⁸. En sintonía con lo anterior, el Juez español actúa como Juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE.

17. En el ejercicio de la competencia legislativa que le concede el art. 81 TFUE, la UE ha elaborado numerosos Reglamentos, también en el campo del Derecho de Familia. Uno de los más destacados es el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁹. En los litigios y controversias en los que las autoridades de los Estados miembros deben concretar la Ley aplicable al repudio ejercitado con arreglo a la Ley marroquí, dicha Ley aplicable se debe precisar con arreglo al Reglamento 1259/2010.

18. El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*. Por lo tanto, es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir la disolución del vínculo matrimonial sea la Ley de un Estado miembro participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Como consecuencia de lo anterior, el Derecho musulmán de Marruecos va a resultar, con frecuencia, aplicable en España. Por esta razón, resulta necesario conocerlo bien y saber en qué casos y con arreglo a qué criterios, va a ser posible la aplicación, en España, del Derecho marroquí a la disolución del matrimonio.

de Publicaciones, 2002, pp. 285-318; H. BRIBOSIA, “Liberté, sécurité et justice: l’imbroglio d’un nouvel espace”, *Annales d’Etudes européennes de l’Université Catholique de Louvain*, vol. II, 1997, pp. 45-76; A. CALONGE VELÁZQUEZ, « Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia », *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pp. 95-112; A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea, *International Law*”. *Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, 2003, pp. 277-300; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003; M. P. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO GIL, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, en J. I. ECHANO BASALDÚA (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 753-790; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58; S. CARRERA / F. GEYER, “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, nº 29, 2008, pp. 133-162; R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 25-43; M. DE HOYOS SANCHO, “La piedra angular de la cooperación judicial en el Espacio Europeo de Libertad, seguridad y Justicia: El reconocimiento mutuo de resoluciones” en J. M. ALONSO MARTÍNEZ / A. A. HERRERO DE LA FUENTE (COORDS.) *Tratado de Roma en su cincuenta aniversario: Un balance socioeconómico de la integración europea*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-308; F. DEHOUSSE Y J. GARCÍA MARTÍNEZ, “The Area of Freedom, Security and Justice”, *Studia Diplomatica (Institut Royal de Relations Internationales)*, vol. LVI, 2003, pp. 135-151; M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne», *RCA-DI*, vol. CCLIII, 1995; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los arts. 61 c) y 65 como base jurídica», *RDCE*, nº 11, 2002, pp. 231-249; V. GARRIDO REBOLLEDO, *La Unión Europea: el espacio de libertad, Seguridad y justicia en el 2004*; prólogo de Á. ACEBES PANIAGUA, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004; H. GAUDEMET-TALLON, “Quel droit international privé pour l’Union Européenne?”, *International conflicts of laws for the third millenium. Essays in honour of F. K. Juenger*; New York, Transnational Publishers, Inc., 2001; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, nº 644, 1998, pp. 5857-5862; Id., “Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia”, *Cuadernos de Integración Europea*, nº 4, 2006, pp. 34-46; K.D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, vol. XLIII, 1995, pp. 401-416; CH. KOHLER, “Lo spazio giurizionario europeo in materia vicile e il diritto internazionale privato europeo”, en P. PICOTE *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 65-94; H. LABAYLE, “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *Revue trimestrelle de droit europeen*, vol. XXXIII, 1997, pp. 813-881; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol. I, 2001, pp. 89-115; A. MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rép. Communautaire Dalloz*, 2010, pp. 1-13; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, pp. 447-483; E. PÉREZ VERA, “Derecho Internacional Privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, Universidad de Cantabria, Santander, 2001, pp. 173-188; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPr: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, vol. XXXVI, nº 4, 2000, pp. 873-884; O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and it’s emerging area of freedom, security and justice”, *CMLR*, vol. XXXVIII, nº 1, 2001, pp. 53-86; A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 91-92.

¹⁹ Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE L 343/10*, de 29 diciembre 2010).

19. El presente trabajo pretende valorar la aplicación del Derecho marroquí en la UE porque, como se indicó al principio, los flujos migratorios de sujetos procedentes de Marruecos son muy significativos. Ello provoca la emigración familiar de una cultura muy distinta a la de la UE, lo que incrementa el número de contenciosos judiciales de carácter familiar entre extranjeros en España.

20. Para llevar a cabo un test valorativo de la aplicación del Derecho marroquí en la UE, este trabajo se divide en dos grandes bloques: El primer bloque examina las instituciones jurídicas del divorcio y del repudio, como instituciones legales por las que se disuelve el vínculo matrimonial en Marruecos, según las disposiciones previstas en el Código marroquí de la Familia²⁰. El segundo bloque estudia los aspectos de Derecho internacional privado de la institución jurídica del repudio en el ordenamiento jurídico marroquí. En particular, el presente trabajo determina si un tribunal español puede declararse competente para conocer de un litigio derivado de un repudio, cuál es la Ley aplicable a la institución jurídica del repudio y, si procede, en qué casos una resolución marroquí de repudio puede surtir efectos jurídicos en España.

II. La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí: el divorcio y el repudio

1. Las fuentes primigenias y complementarias en el Derecho islámico tradicional

21. El Derecho islámico clásico nace en la Península Arábiga, un área geográfica situada en el Oriente Próximo, entre el Mar Rojo y el Golfo Pérsico. Se desarrolla y consolida entre los siglos VII y IX²¹. *Allah* dicta la Revelación a su Profeta *Muhammad* a lo largo de veinte años: primero en La Meca, entre los años 612 y 622, y luego en Medina entre los años 622 y 632²².

22. El Derecho islámico constituye un sistema jurídico único en el que la Ley religiosa islámica, denominada *Sharia*, integra la revelación plasmada por *Allah* en el Corán y la enseñanza que los musulmanes reciben del Profeta *Muhammad* (*Sunna*)²³. A lo largo de los dos primeros siglos de vida del Islam surgen, además, numerosas Escuelas Jurídicas (*madahib*) que interpretaban, de manera distinta, los relatos (*hadices*) de la *Sunna*²⁴.

23. Las fuentes originarias del Derecho islámico tradicional se componen del Corán y la *Sunna*²⁵. El Corán y la *Sunna* son inseparables porque ésta arroja luz sobre los mandatos que incluye el Corán. En

²⁰ En este trabajo se han utilizado las traducciones en lengua castellana y en lengua francesa del Código marroquí de la Familia de los siguientes autores: C. RUIZ-ALMODÓVAR, *El Derecho privado en los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*, Universidad de Granada y Fundación euroárabe de altos estudios, Granada, 2005, pp. 225-292; G. ESTEBAN DE LA ROSA / J. OUHIDA / K. OUALD ALI / T. SAGHIR, *Código marroquí de la Familia*, Proyecto de Investigación de Excelencia “La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes” (Ref. P06-SEJ-02132), que financia la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2007-2010); F. MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, Ed. TREA, Gijón, 2005; M-C. FOBLETS / J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la Famille*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005.

²¹ Las etapas de la expansión del Islam pueden concretarse, principalmente, en las siguientes: 1º) Califato ortodoxo (632-660); 2º) Califato omeya (661-750); 3º) Califato abbasí (751-1055). Los turcos conquistan el Califato abbasí en el año 1055 y, a partir de esta fecha, los reyes abasíes se mantienen sin Califato bajo el dominio turco, hasta que los mongoles toman Bagdad en 1258.

²² A.-M. DEL CAMBRE, *Las prohibiciones del Islam*, Ed. La esfera de los libros, Madrid, 2006.

²³ Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 14-20, esp. p. 15. La autora señala que como consecuencia de este proceso, la comunidad islámica (*Umma*) se integra por Estados que, en la actualidad, disponen de un sistema jurídico único que no diferencia entre las fuentes jurídicas reguladoras del ámbito religioso y del ámbito civil.

²⁴ En un *hadiz* relatado por *Muslim*, el Profeta *Muhammad*, narró cuáles son las bases del Islam: “El Islam fue construido sobre cinco pilares: la unidad de *Allah*, el cumplimiento de la oración, el pago del *zakat*, el ayuno de Ramadán, y la Peregrinación a *Makkah*”.

²⁵ El análisis de los sistemas de fuentes de Derecho islámico se ha realizado según el trabajo de S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. pp. 183-193.

particular, el Corán es el Libro Sagrado en el Islam, que contiene la palabra de *Allah*, revelada al Profeta *Muhammad* por medio del arcángel Gabriel. El Corán no se considera un auténtico Código jurídico, si bien, los mandatos de *Allah* se encuentran recogidos en ciento catorce Suras y, cada una de ellas, se divide en Aleyas²⁶. Pues bien, en el Corán, la institución jurídica del matrimonio se sistematiza en la “Sura de La Vaca”, en la “Sura de la Luz” y en la “Sura del Divorcio”. El Corán ordena a los musulmanes que sigan lo dispuesto en la *Sunna*. La *Sunna* clarifica las ambigüedades que pueda presentar el Corán y detalla lo expresado en su contenido. En la *Sunna*, los capítulos relativos a la nulidad y a la disolución del matrimonio islámico se encuentran en el Libro del Divorcio (*Kitab Al-Talaq*).

24. Junto con las fuentes primigenias del Derecho islámico surgen las fuentes complementarias, cuya función consiste en interpretar y aplicar al caso concreto los mandatos de la revelación divina. Las fuentes complementarias de Derecho islámico pueden concretarse, principalmente, en las siguientes: el consentimiento de la comunidad (*Ijma*), el razonamiento jurídico realizado por analogía (*Kiyas*), la opinión personal (*Ray*) y la jurisprudencia eclesiástica (*Urf-amal*).

25. Ahora bien, dentro de las fuentes productoras de Derecho islámico, también cabe incorporar la doctrina fijada por las Escuelas Jurídicas Islámicas predominantes (*Fatwa*)²⁷. Las Escuelas Jurídicas Islámicas se inspiran en las fuentes primigenias del Derecho islámico, el Corán y la *Sunna*, y su metodología de trabajo se fundamenta en el esfuerzo personal de reflexión (*Iyihad*)²⁸. De una parte, la doctrina ortodoxa o sunnita, está formada por la Escuela *Ahlu-Sunnati Wal Jamaat*, cuyas decisiones tienen su fundamento en el consenso de los miembros que integran la Comunidad musulmana²⁹. En la actualidad, son cuatro las Escuelas Jurídicas del Islam sunnita que, a falta de autoridad eclesiástica, proporcionan respuesta a la sociedad islámica a cuestiones prácticas de la vida social, religiosa, política, económica y cultural: la Escuela *hanafi*³⁰, la Escuela *maliki*³¹, la Escuela *shafi'i*³² y la Escuela *hanbali*³³. De otra parte, la doctrina heterodoxa o shiíta, compuesta por la Escuela *Isthna Ashari*³⁴, que sólo admite como válida la palabra del Imán de la Comunidad musulmana por ser el descendiente del Profeta *Muhammad* en la Tierra³⁵.

26. En particular, el Derecho marroquí de la Familia se inspira, no sólo en las fuentes primigenias de Derecho islámico señaladas con anterioridad, sino también, en los principios que defiende la Escuela Jurídica del Islam sunnita *maliki*. Pues bien, la Escuela *maliki* toma como referencia, principal-

²⁶ Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Ed. Navarra Gráfica, Pamplona, 2001, pp. 16-18. La autora señala que los versículos del Corán que presentan un carácter jurídico son muy escasos y que la autoridad judicial islámica no aplica la Sura o Aleya del Corán al caso concreto, sino que, resuelven el asunto del que se trate según la interpretación que de su contenido hagan las Escuelas Jurídicas Islámicas.

²⁷ M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1981, p. 148.

²⁸ Y. FERNÁNDEZ, “El Islam y las Escuelas Jurídicas”, *Alif Nûn*, n° 43, noviembre 2006.

²⁹ S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 188 indica que la Escuela Jurídica *Sunnita* se compone de cuatro corrientes ideológicas distintas: a) La doctrina *Hanafita* es la religión oficial de Egipto, Siria, Jordania, Palestina, El Líbano y la República de Sudán. También se practica por los ortodoxos musulmanes de Turquía, Albania, Afganistán, Pakistán, China, India, Irak y los territorios de los Balcanes y del Cáucaso que se encuentran bajo influencia islámica. b) La doctrina *Malakita* es la religión oficial de Marruecos y de Kuwait. También es practicada por los creyentes de Egipto, de Sudán, del Norte y del Este de África y el Centro de Arabia Saudí. c) La doctrina *Shafita* es la creencia mayoritaria de la República de Yemen. También se practica en algunas comunidades islámicas constituidas en Egipto, Jordania, Palestina, Sri Lanka, Siria, El Líbano, Indonesia, Filipinas, Brunei, Singapur, Malasia, Tailandia y las Islas Malvinas. d) La doctrina *Hanbalita* es la religión oficial de Arabia Saudita.

³⁰ La Escuela *Hanafi* fundada por el Imán *Abu Hanifa* (699-767 d.C / 80-150 d.H).

³¹ La Escuela *Maliki* fundada por el Imán *Malik ibn Anas* (713-795 d.C / 95-179 d.H).

³² La Escuela *Shafi'i* fundada por el Imán *Abu Abdallah as-Shafi'i* (767-820 d.C / 150-205 d.H).

³³ La Escuela *Hanbali* fundada por el Imán *Ahmad ibn Hanbal* (780-855 d.C / 164-272 d.H).

³⁴ La Escuela *Yafari* fundada por el Imán *Yafar as-Sadiq* (700-765 d.C / 81-148 d.H).

³⁵ S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 188 señala que la Escuela Jurídica *Shiíta* constituye la religión oficial de Irán y se practica, con carácter minoritario, en Irak y El Líbano.

mente, en el pronunciamiento de sus reflexiones, dos grandes obras de Derecho islámico³⁶: 1º) El libro *Al-Muwatta*, que contiene los *hadices* de *Muhammad*, lo que posibilita perfilar la base de la jurisprudencia del Islam³⁷. 2º) El libro *Al-Mudawanna*, que recoge las respuestas del Imán *Malik ibn Anas* a su alumno *Abd ar-Rahman ibn al-Qasim al-'Utaqi*.

27. En la actualidad, el Código de Familia marroquí también es fuente del Derecho marroquí de la Familia³⁸. En efecto, el pensamiento de la Escuela Jurídica *malikí* también se refleja en el Código marroquí de la Familia. De hecho, lo que no esté expresamente recogido en dicho Código se resolverá por la autoridad competente con arreglo a los valores de justicia, igualdad y convivencia armoniosa que defiende la doctrina *malekí*.

2. El concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*”: distinción de conceptos

28. Las fuentes originarias del Derecho islámico no diferencian el concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*” relativo a la disolución del vínculo matrimonial. En el Corán, el concepto “*Talaq*” se encuentra en la rúbrica *Al-Talaq* (*Sura* 65). En la Sunna, dicha expresión aparece en el Libro del Divorcio (*Kitab Al-Talaq*). En este sentido, el Corán y la Sunna utilizan el término “*Talaq*” para referirse al mecanismo por el que se puede disolver el matrimonio islámico por un acto de la voluntad del marido o de ambos cónyuges³⁹.

29. No obstante, algunas Escuelas Jurídicas emplean un concepto distinto del “*Talaq*” para referirse a la vía causal por la que la esposa puede poner fin a su vínculo matrimonial⁴⁰. En particular, la Escuela *Malikí*, instaurada en Marruecos, utiliza el concepto “*Talaq*” para designar el acto de repudio realizado por el marido o por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por compensación económica. Sin embargo, dicha Escuela emplea la expresión “*Tatliq*” en aquellos casos en los que es la esposa la que solicita la disolución de su vínculo matrimonial, ante la concurrencia de alguna de las causas de disolución del matrimonio recogidas en el Código de Familia marroquí *Al Mudawana*⁴¹.

30. El término “*Tatliq*”, de conformidad con la doctrina de la Escuela *Malikí*, tiene su antecedente en la expresión árabe *Talaq ad cadi*. El *Cadi* es la persona que, de manera ficticia, se subroga en la posición del marido para poder liberar a la esposa de la carga del matrimonio a través de un libelo o decreto judicial y siempre que concurra alguna de las causas establecidas en el Código marroquí de la Familia⁴².

³⁶ A. OURKIA, *Las fuentes del Derecho Maleki y su influencia en el Código de Familia de Marruecos*, en http://www.webislam.com/articulos/93429-las_fuentes_del_derecho_maleki_y_su_influencia_en_el_codigo_de_la_familia_de_mar.html

³⁷ El libro *Al-Mutawwa* lo escribió el Imán *Malik ibn Anas* e incluye rituales y costumbres del tiempo de *Muhammad*.

³⁸ *Dahir* núm. 1-04-22 del 12 del mes de *Du al-Hiyya* del año 1424 (3 febrero 2004) por el que se promulga la Ley 70-03 relativa al Código de la Familia de Marruecos “*Al Mudawana*” (Boletín Oficial nº 5184 de fecha 5 de febrero de 2004). La fuente de la traducción que se emplea en el trabajo procede de http://www.webislam.com/biblioteca/59412-codigo_de_familia_marroqui_la_mudawana.html cuyo autor es *Abdelcrim Chakkor*.

³⁹ S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 191.

⁴⁰ D. SUDQI EL ALAMI / M. A. OXON, *The marriage contract in the islamic law*, Ed. Graham & Trotman, Londres, 1992, p. 30 concretan que, según la Escuela Sunnita *Hanafita* la mujer puede obtener la disolución de su matrimonio por causa fundada en un defecto de su marido para consumar el matrimonio. De conformidad con la Escuela Sunnita *Shafita*, además, de la incapacidad del marido para consumar el matrimonio, es causa de disolución del vínculo matrimonial a petición de la mujer, la incapacidad nupcial del esposo. En ambas Escuelas, la mujer también puede pedir la disolución de su matrimonio por ausencia injustificada del marido del domicilio conyugal durante un largo período temporal. A diferencia de ello, los autores señala que según la Escuela Shífta, la mujer sólo puede pedir la disolución de su vínculo matrimonial por impotencia del marido y siempre que la mujer no tuviera conocimiento de ello antes de la celebración del matrimonio.

⁴¹ El Libro Segundo del Código marroquí de la Familia se divide en 8 Capítulos, referidos a la disolución del pacto matrimonial y sus efectos (arts. 70-141).

⁴² S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 192.

31. Sin embargo, el Código de Familia marroquí *Al Mudawana* ha sido traducido al francés y a la lengua castellana. De una parte, la versión oficial en francés del Código de Familia marroquí traduce el término “*Talaq*” por divorcio sometido al control judicial (“*Le divorce sous contrôle judiciaire*”)⁴³ y el concepto “*Tatliq*” por el mecanismo por el que se disuelve el acuerdo de matrimonio siempre que la disolución haya sido declarada judicialmente. De otra parte y, a diferencia de lo indicado con anterioridad, la noción “*Talaq*” y “*Tatliq*” en la versión en lengua castellana del Código marroquí de la Familia se corresponde con la “disolución del vínculo matrimonial” sin que dichos conceptos se asocien a la institución legal del divorcio o del repudio. La institución jurídica del “*Talaq*” y del “*Tatliq*” en la versión en lengua española del Código de Familia marroquí señala, únicamente, el resultado al que conduce el proceso, que es la disolución del acuerdo del matrimonio. De hecho, esta versión no contiene una referencia expresa a la palabra repudio.

32. Pues bien, algunos autores españoles⁴⁴ estiman que el concepto “*Talaq*” se corresponde con la institución jurídica del repudio en Derecho islámico, ejercitado de manera unilateral por voluntad del marido o realizada de mutuo acuerdo por los cónyuges. Sin embargo, emplean el término “divorcio” para referirse al procedimiento por el que se disuelve judicialmente el matrimonio. Por el contrario, el Tribunal Supremo español utiliza la expresión “repudio” o “divorcio”, indistintamente, para referirse a la disolución del acuerdo matrimonial por voluntad unilateral del marido, por acuerdo de ambos cónyuges o a petición de la esposa ante la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el Código marroquí de la Familia⁴⁵.

33. En efecto, con frecuencia, en Occidente se produce una traducción incorrecta, en términos jurídicos, del concepto islámico “*Talaq*”. La utilización del término “repudio” como traducción española del concepto “*Talaq*”, propio de Derecho islámico, es inexacta. El participio pasivo de “*Talaq*” es “*Mutlaq*”, que significa “sin restricciones, libre”⁴⁶. En Derecho islámico, “repudiar” significa “soltar” o “dejar ir”. El marido, cuando repudia a su esposa, la deja ir, le concede la posibilidad de abandonarle y, con ello, la libera de sus obligaciones matrimoniales⁴⁷.

34. La institución jurídica de repudio existía antes del Derecho romano y en la Roma Antigua. La palabra “repudio” tiene su origen en la raíz del verbo latino “*pudet*” – que significa “provocar ver-

⁴³ M-C. FOBLETS / J-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la Famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p.54 señala que la traducción oficial francesa del Código marroquí de la familia utiliza, de manera ambigua, los términos “divorcio sometido a control judicial” y “repudio”.

⁴⁴ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en A. RODRÍGUEZ BENOT (COORD.) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 261-342, esp. pp. 269-276; M. J. CIAURRIZ LABIANO, “El matrimonio de las confesiones minoritarias en el ordenamiento jurídico español” en G. SUÁREZ PERTIERRA (ED.) *Derecho matrimonial comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 149-184.

⁴⁵ ATS 3 abril 2001 *JUR* 2001/042159; STS 25 enero 2006, *RJ/2006/4338*; ATS 21 abril 1998, ATS 27 enero 1998, *RJ/1998/2924*; ATS 23 julio 1996.

⁴⁶ El Corán dice (2:231): “No las retengáis a la fuerza y dejadlas marchar de la mejor manera”.

⁴⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 276-277 explican, de manera detallada, esta, con frecuencia errónea percepción de la noción de “repudio” en Occidente. En particular, en relación con los errores de traducción y comprensión del concepto “repudio”, véase: L. ASCANIO, “Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco”, *RDIPP*, vol. 48, nº 3, 2012, pp. 573-594; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000; ID., “Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil” en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Ed. Iprolex, Madrid, 2003, pp. 297-304; C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de DIPr.*, Ed. Comares, Granada, 2000; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la jurisprudencia del TS”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376; ; C. CAMPIGLIO, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, vol. 26, 1990, pp. 853-908; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *RCADI*, vol. 217, 1988, pp. 9-372; R. EL-HUSSEINI BÉGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Ed. LGDJ, Paris, 2002; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *RCADI*, vol. 226, 1991, pp. 9-206.

güenza –, a la que se añade el prefijo “re-“ – que significa “vuelta hacia atrás” –. El sentido romano del término “repudio” consiste en que, después de que el marido repudie a su mujer, ésta regresa a su estado anterior. En el Derecho clásico romano, el matrimonio depende, en exclusiva, de la voluntad continuada de los cónyuges (*affectio maritalis*). En consecuencia, la cesación de esa voluntad era causa suficiente de válida disolución del matrimonio. El vínculo matrimonial podía disolverse mediante *repudium* o *divorcium*. El *repudium* permitía al marido, unilateralmente, romper el vínculo esponsalicio.

35. En sintonía con lo anterior, la noción de “*Talaq*” y de “*Tatliq*”, plantean una cuestión de calificación a la hora de determinar la norma de conflicto aplicable a estas instituciones jurídicas, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. El tribunal del Estado miembro al que se dirija el demandante, para calificar la institución de “*Talaq*” y de “*Tatliq*” necesita conocer el contenido de la acción iniciada por el actor. En el caso de que el objeto de la pretensión instada por el demandante deba regularse por un Derecho extranjero, resulta necesario conocer el significado de la institución jurídica cuya aplicación insta el actor. Por esta razón y a efecto de saber qué es lo que pide el demandante cuando acciona la institución jurídica de “*Talaq*” o “*Tatliq*” ante el tribunal de un Estado miembro de la UE, resulta imprescindible estudiar el Derecho sustantivo marroquí.

3. Los distintos tipos de instituciones jurídicas que conducen a la disolución del vínculo matrimonial en Derecho marroquí: el repudio y el divorcio

36. De conformidad con lo establecido en el Código de Familia marroquí, el contrato de matrimonio deja de ser válido ante el fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 74 a 76 CF), por la anulación del mismo (art. 77 CF), por repudio o por divorcio (arts. 78 a 141)⁴⁸. El Código marroquí de Familia aconseja acudir a la disolución del vínculo matrimonial a través del procedimiento del repudio o del divorcio de forma excepcional y según la norma del mal menor, puesto que, la disolución del pacto de matrimonio implica la ruptura de la familia y perjudica, con frecuencia, a los hijos (art. 70 CF).

A) La institución jurídica del repudio (*Talaq*)

a) El *talaq tradicional*: acercamiento a la figura en Derecho islámico

37. La Escuela Jurídica *Sunnita* y la Escuela Jurídica *Shiíta* dotan a la institución jurídica del *talaq* de particularidades propias⁴⁹. El *talaq tradicional* consiste en un derecho personal del marido por el que puede disolver su matrimonio, de manera unilateral y discrecional, sin necesidad de probar la concurrencia de causa alguna y sin la apertura de un procedimiento legal⁵⁰. El marido que tiene la inten-

⁴⁸ C. RUIZ-ALMODOVAR, *El Derecho privado en los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*, Universidad de Granada y Fundación euroárabe de altos estudios, Granada, 2005, pp. 225-292.

⁴⁹ Z. COMBALÍA SOLÍS, *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006, p. 61 hace referencia a que la regulación *shii* del *talak* se aparta bastantes aspectos de la *sunní*. Las diferencias más destacables son que la primera no reconoce el *talak al-bid'a*. Además, en la regulación jurídica *shii* el *talak* ha de pronunciarse oralmente ante dos testigos, usando expresamente la palabra *talak* y debe hacerse con la intención de repudiar; M. TAYYIBJI, *The personal law of Muslims in India and Pakistan*, 4ª edición, Tripathi, Bombay, 1968, pp. 150-170 señala las distintas modalidades que puede presentar, en la práctica, el repudio extrajudicial.

Realizan un análisis de los distintos tipos de repudio, entre otros, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 85, 2009, pp. 125-156, esp. pp. 130-131; S. ACUÑA GUIROLA / R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, “Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia”, *Ius Canonicum*, XLII, n° 84, 2002, pp. 571-613, esp. pp. 606-613.

⁵⁰ La institución legal del *talaq tradicional* sigue recogida, entre otros, en el Código Iraquí (art. 34/I), Código Kuwaití (art. 97), Código Omaní (art. 82), Código Yemení (arts. 58-70) o Código Sudanés (art. 128). Por el contrario, Turquía y Túnez han suprimido la institución del *talaq tradicional*, si bien, el Derecho tunecino, después de la reforma del Código de Estatuto Personal en 1956 concede la facultad de solicitar el divorcio judicial unilateral tanto al hombre como a la mujer. Al respecto M. CHARFI, “Le droit tunisien de la famille entre l’islam et la modernité”, *RTD*, 1973, pp. 29-30.

ción de repudiar a su esposa tiene que ser musulmán, púber, sano de espíritu y estar legalmente casado⁵¹. El marido, para poder repudiar a su mujer, tiene que efectuar una declaración, oral, escrita o mediante gestos o actos claros e inequívocos, en la que lo ponga de manifiesto ante la presencia de dos testigos⁵². Algún autor⁵³ considera que el *talaq tradicional* es una institución jurídica “manifiestamente discriminatoria”, en Derecho europeo, que pone de relieve la voluntad de no continuar con el matrimonio.

38. El *talaq tradicional* siempre se ejercita unilateralmente, a voluntad del marido, si bien, puede presentar un carácter revocable o irrevocable.

39. De una parte, el *talaq tradicional revocable (talaq al-sunna)*, consiste en que el marido realiza una o tres declaraciones de repudiación de la mujer en uno o tres períodos de pureza de la mujer en el que no mantengan relaciones sexuales: el juramento de continencia⁵⁴. El pronunciamiento del repudio tiene lugar en el período de pureza de la mujer y trae por consecuencia, únicamente, la suspensión voluntaria de las relaciones sexuales durante tres meses. Así las cosas, a lo largo de este período de tres meses, el marido y la mujer conservan los derechos y deberes que genera la institución islámica del matrimonio: se mantiene el derecho a manutención (*nafaqa*) y la mujer conserva la vocación sucesoria para con los bienes del marido.

En este caso, la disolución del vínculo del matrimonio no es inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*talaq hasan*). La mujer tiene la obligación de permanecer en el domicilio conyugal durante este tiempo.

Por esta razón, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. Pues bien, en este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa sin necesidad de que siempre concurra consentimiento por parte de la mujer. La retractación del repudio por parte del marido, consiste en la expresión de una fórmula que indica su voluntad de reactivar la convivencia marital. Ahora bien, la reanudación de la vida marital no comporta un nuevo matrimonio. Por ello, la retractación del repudio por parte del marido no necesita el consentimiento de la mujer ni la fijación de una nueva dote.

No obstante, transcurridos los tres meses sin que exista retractación por parte del marido, la disolución del vínculo matrimonial es válida y retrotrae sus efectos al momento en el que tuvo lugar el pronunciamiento de repudio.

40. De otra parte, el *talaq tradicional irrevocable (talaq al-bid'a)* consiste en que el marido realiza tres declaraciones de repudiación en un mismo acto, lo que da lugar a la disolución inmediata e irrevocable del vínculo del matrimonio, así como, a la extinción de la vocación sucesoria, si bien, el marido tendrá la obligación de pasar la pensión alimenticia a la esposa⁵⁵.

⁵¹ Los requisitos de capacidad del varón para contraer matrimonio aparecen recogidos en el Libro del matrimonio de la Sunna (*Kitab Al-Nikah*); AAVV., *El matrimonio islámico y su eficacia en Derecho español*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 2003, p. 59 señala que la condición de púber encuentra su razón de ser en el hecho de que el acto de repudio es un acto personal y el requisito de ser sano de espíritu se circunscribe a los casos de demencia o de imbecilidad.

⁵² M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1981, p. 464. La autora señala que la fórmula por la que se ejercita el repudio puede variar en función de la Escuela Jurídica Islámica a la que se haga referencia.

⁵³ C. STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 720 estima que el repudio, en sí mismo, es una prerrogativa reservada al marido que la puede ejercer de manera ampliamente discrecional. Si la mujer puede pedirlo es únicamente en casos muy específicos y bajo el control del Juez; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376, esp. p. 367 considera que “el repudio es una de las instituciones de Derecho de familia islámico que perennizan la situación jurídica de inferioridad de la mujer”. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 125-156, esp. p. 146 “[...] siempre hay, a mi juicio, un componente de discriminación en la esencia de la figura [del repudio]”.

⁵⁴ Sura II Aleya 226: “Aquellos que juran abstenerse de sus mujeres deberán guardar un lapso de cuatro meses, pero si durante ese tiempo volviesen a ellas, sepan que Dios es indulgente y misericordioso”.

⁵⁵ Sura II Aleya 228: “Y las repudiadas, esperan con sus almas tres reglas...”.

En este caso, el marido no podrá reanudar la vida marital con su mujer, ni siquiera, si tuviera la intención de contraer nuevo matrimonio con ella. El matrimonio de una mujer con su ex esposo es nulo para el caso de que éste la haya repudiado ya tres veces. Por ello, la mujer repudiada no puede contraer matrimonio con el marido que la repudió, con la salvedad de que habiendo contraído nuevo matrimonio, éste haya sido disuelto⁵⁶.

41. El repudio que ejercite unilateralmente el marido antes de que tenga lugar la consumación del matrimonio, también presenta un carácter irrevocable y produce la disolución inmediata del acuerdo matrimonial⁵⁷.

b) La institución jurídica del repudio (*talaq*) en el Código de Familia marroquí

1º) La disolución del vínculo matrimonial por repudio a petición de cualquiera de los cónyuges

42. El actualmente vigente Código marroquí de la Familia señala que tanto el esposo como la esposa pueden poner fin a su matrimonio a través de la institución jurídica del repudio, de conformidad con las disposiciones de este Código y, siempre, bajo control judicial (art. 78 CF). De esta afirmación se desprende que la figura del *talaq tradicional* no se contempla en el actual Código de Familia marroquí. El Derecho marroquí posibilita que cualquiera de los cónyuges – y no sólo el marido – pueda disolver su vínculo matrimonial a través de la figura del repudio. Ahora bien, la esposa únicamente podrá ejercer el derecho a repudiar a su esposo, si su marido le cedió tal derecho (art. 89 CF). Además, el Derecho marroquí también exige, para poder disolver el vínculo matrimonial por *talaq*, la apertura de un procedimiento legal bajo control judicial⁵⁸.

43. El marido que pretenda disolver su vínculo matrimonial según el procedimiento del *talaq*, debe solicitar una autorización judicial para poder levantar acta ante dos notarios (*adoul*) habilitados para ello⁵⁹. Dicha solicitud puede pedirla el marido ante el tribunal del domicilio conyugal, o en su defecto, ante el tribunal del domicilio de la esposa o del lugar de su residencia o, en ausencia de los dos anteriores, ante el tribunal del lugar en el que se hubiere concluido el contrato matrimonial (art. 79 CF).

44. Con posterioridad, el tribunal cita personalmente a los cónyuges a un intento de reconciliación (art. 81 CF). En el supuesto de que el marido reciba personalmente la citación pero decida no comparecer, el tribunal estima que el esposo ya no desea repudiar a su mujer. Sin embargo, si la esposa es quien recibe personalmente la citación y ni se presenta ni justifica su incomparecencia, el tribunal decidirá sobre el expediente de repudio.

⁵⁶ Sura II Aleya 230: “El que repudie tres veces a una mujer no puede tomarla nuevamente por esposa legal, hasta que ella se haya casado con otro marido y éste también la haya repudiado”.

⁵⁷ Sura XXXIII Aleya 49: “Cuando desposéis a las creyentes y después las divorcéis antes de haberlas tocado, no tenéis que contar ningún período de espera”.

⁵⁸ G. ESTEBAN DE LA ROSA / J. OUHIDA / K. OUALD ALI / T. SAGHIR, *Código marroquí de la Familia*, Ed. Blanca Impresores, S.L., Jaén, 2009, p. 81. Esta publicación se enmarca en los objetivos del Proyecto de Investigación de Excelencia “La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes” (Ref. P06-SEJ-02132) que financia la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2007-2010).

⁵⁹ La solicitud de autorización para levantar acta ante dos *adoul* debe contener: la identidad, la profesión, la dirección de los cónyuges, así como, el número de hijos si los hubiere, su edad, su estado de salud y su situación escolar. Así mismo, se adjuntará también a la solicitud, la partida de matrimonio y las pruebas que determinen la situación marital del marido y sus obligaciones económicas (art. 80 CF). C. STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 719 señala que el acto jurídico del repudio, que produce en sí mismo la disolución del vínculo matrimonial, puede requerir distintas formalidades de naturaleza procesal en función del país en el que se desarrolle el repudio. Así, la autora indica que el Derecho egipcio exige la autenticación del acto de repudio ante los servicios del estado civil (art. 5, Ley egipcia nº 100 de 1985), o que en Derecho argelino resulta necesaria la homologación judicial para que el repudio se constituya válidamente (art. 49 Código de Familia argelino).

45. Ahora bien, en el caso de que ambos cónyuges se personen en el intento de reconciliación, en la sala de deliberaciones se celebra la vista y la toma de declaración a los testigos y a cualquier otra persona que el tribunal considere oportuno oír. El tribunal puede adoptar cualquier medida que estime pertinente siempre que ésta vaya dirigida a reconciliar a los cónyuges. En particular, si existen hijos menores en el matrimonio, el tribunal puede realizar hasta dos intentos de reconciliación, separados por un período mínimo de treinta días (art. 82 CF).

46. Si la reconciliación entre los cónyuges finaliza con éxito, se levanta el acta correspondiente y el tribunal dejará constancia de la reconciliación (art. 82 *in fine* CF). No obstante, para el caso de que la reconciliación entre ambos resulte imposible, el tribunal se ocupará de fijar un importe pecuniario que el marido tendrá que depositar, en la Secretaría del tribunal en un plazo máximo de treinta días, en concepto de derechos debidos a la esposa⁶⁰ y a los hijos⁶¹ (art. 83 CF).

47. En el caso de que el marido no deposite el importe monetario exigido por el tribunal en el plazo que le concede, el tribunal considera que el esposo ya no tiene intención de repudiar a su mujer, lo que será constatado por el tribunal (art. 86 CF). Por el contrario, si el marido deposita dicha cantidad pecuniaria, el tribunal autorizará la legalización del repudio, la cual se celebrará en la jurisdicción del mismo tribunal ante la presencia de dos notarios (*adoul*).

48. El Juez aprueba el documento que establece la disolución del matrimonio por repudio y, de forma inmediata, remite una copia al tribunal que emitió la autorización del mismo (art. 87 CF). El tribunal que autorizó el repudio, después de recibir dicha copia, dicta sentencia motivada – susceptible de recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en los procedimientos de Derecho común – que se pronuncia sobre los aspectos siguientes (art. 88 CF): 1º) los nombres y apellidos de los cónyuges, su fecha y lugar de nacimiento, la fecha y lugar de celebración de su matrimonio y su domicilio o lugar de residencia. 2º) un resumen de las alegaciones y peticiones de las partes, las pruebas y excepciones que se han presentado, los procedimientos cumplidos en el expediente y las conclusiones del Ministerio Público. 3º) la fecha de la constatación de la disolución del vínculo matrimonial por repudio. 4º) si la mujer está embarazada, o no. 5º) los nombres y apellidos de los hijos, su edad, la persona encargada de la custodia y la organización del régimen de visitas. 6º) la cuantía de los derechos económicos debidos a la esposa y a los hijos y la remuneración de la custodia después del período de espera legal (*idda*).

49. La autorización judicial para ejercer el derecho de repudio no se concederá si el cónyuge lo solicita en estado de completa embriaguez, bajo coacción o en un ataque de ira que le impida controlar su persona (art. 90 CF). Tampoco se le otorgará para el supuesto de que el cónyuge lo pida por juramento, sea éste un juramento general o de continencia (art. 91 CF). No es válido el repudio sometido a condición de hacer o no hacer una cosa determinada (art. 93 CF).

50. El actual Código marroquí de la Familia también concede a la esposa la posibilidad de disolver su vínculo matrimonial por repudio (*tamlik*), siempre que, el marido le haya cedido tal derecho. El esposo cede a la mujer la facultad de disolver el contrato de matrimonio. Dicha facultad cedida a favor de la esposa presenta un carácter irrevocable (art. 89 CF). El esposo no puede revocar la cesión que realizó a favor de su mujer para que ésta pueda poner fin al matrimonio mediante el procedimiento seguido por la institución jurídica del repudio (*tamlik*).

⁶⁰ Los derechos de la esposa incluyen los siguientes (art. 84 CF): la dote atrasada, la manutención del plazo legal de espera y una indemnización. La cuantía de la indemnización se establece con arreglo a la duración del matrimonio, la situación financiera del esposo y el modo en el que el esposo ha pedido el repudio. Durante el plazo legal de espera, la esposa tiene derecho a residir en el domicilio conyugal.

⁶¹ Los derechos de los hijos cuya manutención sea obligatoria se determinan conforme al modo de vida que tuvieron antes del repudio (art. 85 CF).

51. La esposa que pida al tribunal la disolución de su matrimonio por repudio (*tamlík*) tiene que solicitar al tribunal una autorización para que dos notarios (*adoul*), habilitados a este efecto y adscritos al tribunal pertinente, levanten acta de la disolución del matrimonio (*vid.* arts. 79 y 80 CF).

52. El tribunal comprueba la validez de la cesión que realiza el marido a favor de la mujer para que ésta disuelva el matrimonio por repudio (*tamlík*) y, posteriormente, citará a ambos cónyuges para realizar un intento de conciliación. En el caso de que los dos cónyuges comparezcan, tiene lugar la apertura del procedimiento legal. El marido y su esposa pueden realizar las alegaciones que consideren convenientes y se da audiencia a los testigos y a cualquier persona que el tribunal estime interesante oír. Todo ello sin perjuicio de que el tribunal pueda adoptar cualesquiera medidas que estime apropiadas para conciliar a los cónyuges (*vid.* arts. 81 y 82 CF).

53. En el caso de que la conciliación entre ambos cónyuges se produzca, se levanta acta a tal efecto y el tribunal constata la conciliación. Por el contrario, si la conciliación entre ellos no tiene lugar, el tribunal autoriza a la esposa para que solicite la formalización del acta de disolución del matrimonio levantada por los dos notarios (*adoul*). El tribunal, además, tiene la obligación de pronunciarse, si procede, sobre los derechos económicos de la esposa y de sus hijos (*vid.* arts. 84 y 85 CF).

2º) La disolución del matrimonio por repudio de mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*)

54. Ambos cónyuges prestan su consentimiento para obtener la disolución del vínculo matrimonial. La disolución del contrato matrimonial se pide al tribunal a instancia de ambos cónyuges o de uno de ellos, previa adopción de un acuerdo. El acuerdo celebrado entre los dos cónyuges puede contener, o no, condiciones, siempre que éstas no resulten contrarias a las disposiciones del Código marroquí de Familia y para el caso de que no perjudiquen los intereses de sus hijos (art. 114 CF). Ahora bien, cabe la posibilidad de que cada uno de los esposos se retracte de su declaración aun cuando la disolución del vínculo matrimonial ya haya sido aceptada por el otro cónyuge.

55. Los dos cónyuges o uno de ellos, solicitará al tribunal la disolución de su matrimonio *al-talaq b-l-ittifaq*. Para ello, los cónyuges adjuntarán a dicha petición el acuerdo por el que pretenden obtener la disolución del vínculo matrimonial. No obstante, previa autorización del tribunal para formalizar el acta de disolución del matrimonio, éste llevará a cabo un intento de reconciliación. Si la reconciliación entre ellos no ha sido posible, el tribunal autorizará la formalización del acta levantada para constatar la disolución del vínculo matrimonial por repudio de mutuo acuerdo.

3º) La disolución del matrimonio por repudio mediante compensación económica (*khol*)

56. Los cónyuges pueden acordar la disolución de su matrimonio por compensación (art. 115 CF). La esposa compensa económicamente al esposo por la disolución del vínculo matrimonial⁶². La mujer es quien realiza, de facto, el pronunciamiento de disolución del vínculo matrimonial, si bien, resulta necesario que alcance un acuerdo con su marido por el que le otorga una compensación económica. El pago que realiza la mujer al marido equivale a una compensación por la dote y por los gastos que le supuso el matrimonio (ATS 25 enero 2006⁶³).

57. La disolución del matrimonio por compensación exige el consentimiento de ambos cónyuges. De un lado, la esposa mayor de edad puede consentir por sí misma, si bien, la mujer que no haya alcanzado la mayoría de edad necesita la autorización de su representante legal para disolver el contrato matrimonial por repudio por compensación (art. 116 CF). En particular, la esposa puede recuperar el

⁶² Sura II Aleya 229: “El repudio será lícito dos veces, luego aceptación con merced o despido con favor y no es lícito que toméis de lo que le distéis cosa, sino que teman los dos si no rebasaran los límites de Alá, no os traspaséis pues. Pero quien traspa los límites de Alá, éstos son los inicuos”.

⁶³ RJ/2006/4338

objeto de la compensación si acredita que ha sido coaccionada o perjudicada por su marido (art. 117 CF). De otro lado, si el esposo no consiente una disolución del matrimonio por compensación y la esposa mantiene su intención de disolver el matrimonio, ésta puede acudir al procedimiento por disensión.

58. En el supuesto de que los esposos estén de acuerdo en disolver el matrimonio pero no en el objeto de la contrapartida, el tribunal realizará un acto de conciliación. Si la reconciliación entre ambos no es posible, el tribunal entrará a valorar el objeto de la contraprestación según los criterios siguientes: el importe de la dote, la duración del matrimonio, las razones por las que se pide la disolución del vínculo matrimonial y la situación material de la esposa (art. 120 CF).

B) La institución jurídica del divorcio

59. El actual Código marroquí de la Familia distingue dos tipos de divorcio: el divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges (arts. 94 a 97 CF) y el divorcio por otras causas a instancia de la esposa (art. 98 CF).

a) La disolución del matrimonio por divorcio por desavenencias (*siqaq*)

60. Ambos cónyuges, o uno de ellos, pueden solicitar al tribunal la disolución de su matrimonio por disensión. El tribunal, antes de pronunciarse sobre la concesión de la disolución del vínculo matrimonial, tiene que realizar un intento de reconciliación (*vid.* art. 82 CF). Para ello, el tribunal nombra a dos árbitros que tratarán de mediar en la controversia.

61. Si la reconciliación finaliza con éxito, los árbitros expiden tres copias firmadas por ellos y por los esposos. Estas copias se remiten al tribunal, quien dará una a cada cónyuge y conservará la tercera copia en el expediente. El tribunal deja constancia del acto de reconciliación. Sin embargo, en caso de que la reconciliación entre ellos resulte imposible, el tribunal se pronuncia sobre la disolución del vínculo matrimonial y, si procede, sobre los derechos económicos que el marido le deba a la esposa y a los hijos (*vid.* arts. 84-85 CF), en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de solicitud.

b) La disolución del matrimonio por divorcio por otras causas

62. La esposa puede pedir el divorcio si concurre cualquiera de las causas siguientes (art. 98 CF): 1º) Infracción por parte del marido de alguna de las cláusulas establecidas en el contrato de matrimonio. 2º) Impago del marido de la manutención. 3º) Ausencia del esposo. 3º) Existencia de algún defecto o enfermedad del esposo que impida la vida íntima entre ellos. 4º) Juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono.

63. El tribunal resolverá estas demandas de disolución del matrimonio por divorcio causal en un plazo máximo de seis meses, a menos que, concurren circunstancias particulares que supongan una dilatación en el procedimiento y siempre después de intentar la reconciliación de los cónyuges. El tribunal, tras dicho intento de reconciliación y siempre que concorra alguna de las causas indicadas con anterioridad, resolverá no sólo respecto a la concesión de la disolución del vínculo matrimonial, sino también y, si procede, en relación con los derechos económicos que corresponden a la esposa y a los hijos (art. 113 CF).

64. En definitiva, el tribunal inicia el proceso por el que se disuelve el vínculo matrimonial por divorcio si la esposa fundamenta su demanda de finalización del contrato matrimonial en alguna de las causas siguientes:

65. 1º) *La disolución del matrimonio por divorcio a causa del incumplimiento del marido de alguna de las cláusulas del contrato de matrimonio o por perjudicar a la esposa (arts. 99-101 CF).* La esposa puede pedir al tribunal la disolución del vínculo matrimonial por divorcio en el caso de que su

marido incumpla alguna de las cláusulas contenidas en el contrato de matrimonio. En ocasiones, el incumplimiento por parte del marido de una de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial puede ocasionar un perjuicio, de tipo material o moral, a la esposa. La carga de la prueba del hecho que constituye un perjuicio corresponde a la mujer. Para ello, puede utilizar cualesquiera medios de prueba que estime convenientes, incluida la declaración de testigos. Finalmente, el tribunal se pronunciará sobre la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento contractual y perjuicio a la mujer y, en su caso, acerca de la cuantía a la que asciende la indemnización derivada de tal perjuicio.

66. 2º) La disolución del matrimonio por divorcio a causa del impago de la manutención por parte del marido (arts. 102-103 CF). La mujer puede solicitar al tribunal la disolución de su matrimonio en el caso de que su esposo no cumpla con la obligación de manutención. El tribunal dictará sentencia de divorcio a favor de la esposa si el marido no es insolvente y se niega a mantenerla. Sin embargo, si el esposo se encuentra en buena situación económica pero no quiere hacer frente a la manutención, el tribunal le obligará a ello, si bien, no atenderá la demanda de divorcio interpuesta por la esposa. Por el contrario, si el marido acredita su mala situación económica, el tribunal señalará un plazo de hasta treinta días para que satisfaga la manutención y si no lo hace, el tribunal dictará sentencia de divorcio a favor de la esposa, con la salvedad de que concurra una circunstancia de fuerza mayor.

67. 3º) La disolución del matrimonio por divorcio a causa de ausencia del cónyuge (arts. 104-106 CF). La esposa puede pedir al tribunal la disolución de su vínculo matrimonial por divorcio para el supuesto de que su marido se ausente de la residencia conyugal por un período superior a un año. Pues bien, el tribunal, después de recibir la solicitud de la mujer, tiene que asegurarse de la certeza de dicha ausencia, de su duración y de localizar el lugar en el que se encuentra el esposo ausente para notificarle la intención de su esposa de disolver el matrimonio. Si, después de la notificación, el marido no regresa al domicilio conyugal, el tribunal concederá a la mujer la disolución de su vínculo matrimonial.

68. 4º) La disolución del matrimonio por divorcio a causa de la existencia de algún defecto o enfermedad de alguno de los cónyuges que impida la vida íntima entre ellos (arts. 107-111 CF). Cualquiera de los dos contrayentes puede solicitar al tribunal la disolución del matrimonio en el supuesto de que cualquiera de ellos tenga un defecto que les impida mantener relaciones íntimas o sufra una enfermedad que ponga en peligro la vida o la salud del otro cónyuge y cuyo tratamiento de curación sea superior a un año. Un perito determinará la existencia y la gravedad del defecto y/o de la enfermedad.

La disolución del vínculo matrimonial puede pedirla el cónyuge que no tuviera conocimiento, en el momento de la celebración del contrato matrimonial, que el otro tuviera un defecto o enfermedad. También puede pedirla el cónyuge que, aún siendo consciente de su defecto o enfermedad, no se lo comunicó al otro.

Si el matrimonio no se ha consumado, el esposo no está obligado a pagar la dote a la mujer que pida la disolución del matrimonio por existencia de defecto o enfermedad. Si el matrimonio se ha consumado, el esposo pagará la dote a la esposa, si bien, aquél podrá recuperar el importe de la dote. Para ello, tiene acción contra la persona que, deliberadamente, le indujo a error o le ocultó el defecto o la enfermedad de su mujer.

69. 5º) La disolución del matrimonio por juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono (art. 112 CF). Si el marido realiza un juramento de continencia o abandona a su esposa, ésta puede pedir al tribunal la disolución de su matrimonio por divorcio por esta causa. El tribunal concede al marido un plazo de cuatro meses para que ponga solución a esta cuestión.

4. El carácter revocable o irrevocable en la institución jurídica del divorcio y del repudio en el Derecho marroquí

70. El Código de Familia marroquí señala en qué casos el divorcio y el repudio presentan carácter revocable o irrevocable. Así las cosas, el divorcio sobre el que se pronuncie el tribunal ostenta

un carácter irrevocable, a excepción del divorcio que traiga causa en el impago por parte del marido de la manutención o del divorcio a causa del juramento de continencia (art. 122 CF). En relación con el repudio, el que ejercite el marido presenta un carácter revocable, a menos que se corresponda con el repudio que completa al triple repudio o al pronunciamiento de un repudio anterior a la consumación del matrimonio. Por el contrario, la disolución del vínculo matrimonial por repudio por acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*), por compensación (*khol*) o por cesión del derecho del marido a favor de su esposa (*tamlík*), presenta un carácter irrevocable (art. 123 CF).

71. El tribunal competente se pronuncia, mediante sentencia motivada, respecto a la concesión de la disolución del vínculo matrimonial por repudio. Pues bien, después de la emisión de dicha decisión, el carácter revocable de la institución jurídica del repudio permite al esposo recuperar a su mujer durante el plazo legal de espera (*idda*). Este período legal comienza desde la fecha en la que se otorga el repudio y es distinto según la mujer esté, o no, embarazada. El período legal de continencia de la embarazada finaliza en el momento de dar a luz o después de la interrupción del embarazo (art. 133 CF). El plazo legal de espera de la mujer no embarazada se establece en función de que la mujer tenga, o no, la menstruación. Si la mujer tiene la menstruación, el período legal de continencia se corresponde con tres períodos intermenstruales completos. Por el contrario, si la mujer aún no tiene la menstruación, su plazo legal de espera es de tres meses (art. 136 CF). Finalizado el período legal de espera, la institución jurídica del repudio adquiere un carácter irrevocable (art. 125 CF).

72. El esposo que desee regresar con la mujer que repudió necesita la certificación de dos notarios (*adoul*) que informarán al Juez, de manera inmediata, de la decisión tomada por el marido. El Juez, antes de conceder la revocación del repudio, se pondrá en contacto con la esposa para notificarle la nueva decisión adoptada por su marido (art. 124 CF). Si la esposa quiere volver con su marido, el tribunal expide un documento en el que deja constancia de la revocación de la decisión de poner fin al matrimonio. Por el contrario, si la mujer se niega a regresar con él, ella puede interponer una demanda de divorcio por causa de desavenencias (*vid.* arts. 94 a 97 CF).

73. El tribunal que se pronuncie respecto a la concesión de un repudio que presente carácter irrevocable, genera el fin inmediato del vínculo matrimonial, si bien, no impide la celebración de un nuevo contrato matrimonial (art. 126 CF). Sólo el pronunciamiento del tercer repudio que completa el triple repudio prohibirá la celebración de un nuevo contrato matrimonial con la mujer repudiada, a menos que, ella contraiga nuevo matrimonio con un nuevo esposo, mantenga relaciones íntimas con él, se disuelva este nuevo vínculo matrimonial y ella cumpla el período legal de espera (art. 127 CF).

5. Los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer y los hijos

A) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer

74. Los derechos económicos debidos a la esposa para el caso de que el marido la repudie pueden concretarse, principalmente, en los siguientes (art. 84 CF): el saldo de la dote, la manutención del período legal de espera (*idda*) – sólo en el caso de que resulte beneficiaria de ello – y el don de consolación que se calcula sobre los criterios de la duración del matrimonio y la situación económica del marido. La esposa residirá, durante el plazo legal de espera, en el domicilio conyugal o, en su caso, en un domicilio apropiado para ella según la situación económica del marido (art. 84 *in fine* CF).

75. En relación con el saldo de la dote, la esposa tiene derecho a la dote completa por la consumación del matrimonio o el fallecimiento. No obstante, la mujer recibirá la mitad de la dote para el caso de que el marido la repudie antes de la consumación del matrimonio. En particular, la esposa no tendrá derecho a la dote antes de la consumación del matrimonio el marido ejercita el repudio en un matrimonio sin dote determinada (arts. 26 a 34 CF).

76. Respecto a la manutención de la esposa, ésta consiste en un deber que tiene que cumplir el esposo desde el momento en el que se consuma el matrimonio. La esposa, aun cuando haya sido repudiada, revocable o irrevocablemente, conserva su derecho de manutención. En el supuesto de que la mujer esté embarazada, su derecho de manutención se mantiene hasta el momento en el que de a luz (arts. 194 a 196 CF).

B) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre los hijos

77. La custodia (*hadana*) sobre los hijos hasta que alcancen la mayoría de edad constituye un deber de ambos progenitores durante el matrimonio (art. 164 CF). En el supuesto de que finalice el matrimonio, el custodiado que haya cumplido quince años puede elegir que lo custodie su padre o su madre (art. 166 CF)⁶⁴. En ausencia de padre o madre, el menor con el visto de su representante legal, podrá elegir a su abuela materna siempre que su elección no perjudique sus intereses. Si su representante legal no está de acuerdo en la elección llevada a cabo por el menor custodiado, el Juez debe decidir con arreglo al interés del niño. Así las cosas, en ausencia de padres y abuela materna o en el caso de que no exista acuerdo con el representante legal, el tribunal concederá la custodia del menor al pariente que considere más apto para asumirla. La aptitud del guardián del hijo la valora el tribunal según la posibilidad de que el pariente le conceda al menor una vivienda digna y que, además, se haga cargo de su pensión alimenticia (art. 171 CF).

78. La remuneración y los gastos de la custodia sobre los hijos constituyen un deber del obligado a sufragar la manutención del custodiado, si bien, la madre no tendrá derecho a la remuneración por custodia en el caso de que se encuentre en el período legal de espera de un repudio revocable (art. 167 CF).

79. El custodiado tiene derecho a una remuneración de la custodia, a una pensión alimenticia y a una vivienda digna.

80. La cuantía de la pensión alimenticia (*nafaqa*) se fijará en virtud de las condiciones de vida y de la situación escolar en la que se encontraban en un momento anterior a la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 CF). En particular, la pensión alimenticia incluye los alimentos, la vestimenta, la atención médica y todos los gastos que sean considerados habitualmente imprescindibles, incluida la educación del menor (art. 189 CF). La estimación de los “gastos habitualmente imprescindibles” se efectúa de conformidad con la media de los ingresos de la persona obligada a dar la pensión alimenticia, la situación personal y económica de la persona que recibe, el nivel de los precios y los usos y costumbres propios del entorno social en el que se aplica el derecho a la pensión alimenticia (art. 189 *in fine* CF).

81. La determinación de la cuantía de la pensión alimenticia requiere la intervención del tribunal que tendrá en cuenta las declaraciones realizadas por ambas partes y las pruebas, incluida la pericial, presentadas por ellas. El tribunal dispone de un plazo máximo de un mes para pronunciarse acerca de la concesión y de la cuantía de la pensión alimenticia (art. 190 CF). La sentencia relativa a la pensión alimenticia será válida y efectiva hasta que sea sustituida por otra sentencia sobre pensión alimenticia posterior, o bien, hasta la fecha en la que termine el derecho del beneficiario a dicha pensión (ATS 11 enero 2000⁶⁵, SAP Barcelona 13 febrero 2002⁶⁶). Sin embargo, no cabe el incremento o la reducción de la cuantía económica de la pensión alimenticia, sea ésta convenida o determinada judicialmente, hasta

⁶⁴ A. QUIÑONES ESCÁMEZ / A. RODRÍGUEZ BENOT / K. BERJAOU / M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, vol. I, Fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009, Proyecto ADL, 2009, p. 147 señalan que, los ordenamientos jurídicos inspirados en la *Sharia* islámica diferencian la tutela de la guarda física del menor, lo que les lleva a fijar, en el supuesto de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la tutela del hijo para el padre y la guarda física del menor para la madre.

⁶⁵ RJ/2000/359

⁶⁶ JUR/2002/135624

que haya transcurrido un año a menos que concurren circunstancias excepcionales que exijan de una modificación de la cuantía en la pensión alimenticia (art. 192 CF).

82. No obstante, los gastos de alojamiento del menor en custodia no forman parte de la pensión alimenticia. Así las cosas, siempre que el tribunal lo estime oportuno, el padre debe garantizar una vivienda a sus hijos o hacerse cargo de los gastos del alquiler (art. 168 CF). La sentencia por la que se ordena el pago de la pensión alimenticia y de los gastos de alojamiento se ejecuta conforme a las directrices que proporcione el tribunal. El tribunal puede imputar los gastos a los bienes de la persona obligada a ello, o bien, puede ordenar la retención en origen sobre sus ingresos o sueldo, con el fin de asegurar la continuidad en el desembolso de los gastos (art. 191 CF). Ahora bien, en el caso de que el obligado no pueda hacer frente al pago de la pensión alimenticia respecto de todos los beneficiarios previstos en la Ley, debe abonar las cantidades previstas en el orden siguiente (art. 193 CF): primero la esposa, luego los hijos pequeños de ambos sexos, después las hijas mayores, los hijos mayores, su madre y, por último, su padre.

III. Aplicación del Derecho Marroquí al repudio por parte de los tribunales españoles

1. Competencia Judicial Internacional y repudio

A) La calificación de la pretensión procesal de repudio y litigación en España

83. En los litigios internacionales resulta necesario, para determinar la norma de competencia judicial internacional que sea aplicable, calificar jurídicamente la pretensión del demandante⁶⁷. La pretensión del demandante constituye el objeto del proceso civil. El proceso civil va a versar sobre lo que el demandante solicite al tribunal en su demanda y, en su caso, sobre lo que el demandado pida al mismo a través de la reconvencción.

84. Pues bien, el tribunal ante el que se ejercita la acción, es quien tiene la obligación de calificar jurídicamente la pretensión del actor. Para ello, dicho tribunal tiene que concretar la “materia” sobre la que versa la controversia. Así las cosas, la pretensión del demandante puede serlo en materia de “obligaciones contractuales”, en materia de “obligaciones extracontractuales”, en materia de “crisis matrimoniales”, etc. Si la pretensión del actor es en materia de “crisis matrimoniales”, el tribunal ante el que demandante ejercita su acción sólo podrá conocer del asunto, si dispone de foro según las normas de competencia judicial internacional reguladoras de esta materia.

85. La UE dispone de su propio ordenamiento jurídico y ha asumido competencias legislativas en ciertas áreas, transferidas por los Estados miembros. Desde esa perspectiva, la UE constituye un “Estado de Estados”⁶⁸. La UE regula las materias propias de su competencia a través de su Derecho europeo. Los Estados miembros de la UE dejan de aplicar su Derecho nacional a aquellas materias cuya competencia han transferido a la UE. Por tanto, en la UE coexisten dos ordenamientos jurídicos que no se oponen, sino que mantienen relaciones coordinadas entre sí: el europeo y el de cada Estado miembro de la UE. Ahora bien, el Derecho europeo es también Derecho vigente en cada Estado miembro de la UE. Por esta razón, el juez español actúa como juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE. La razón de ser de esta afirmación encuentra fundamento en el hecho de que cuando un Juez español aplica “Derecho de la UE”, también aplica “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. El Derecho

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 145-149.

⁶⁸ T. GONZÁLEZ BALLESTEROS, “Crisis en la Unión Europea”, publicado en <http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?f=20110907&idn=1401800240280>

de la UE no puede considerarse un “Derecho extranjero” porque los Estados miembros están integrados en la UE⁶⁹.

86. El DIPr. es un sector del Derecho Privado que despliega su función en el escenario internacional, que regula supuestos internacionales y que cuenta con normas propias específicas. En este sentido, el DIPr. dispone de sus propios conceptos, instituciones y métodos, diseñados por el legislador para alcanzar una regulación adecuada de los supuestos internacionales, propios del DIPr. En efecto, el DIPr. los valores constitucionales del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro de la UE con arreglo a una perspectiva propia del mismo que permite alcanzar una regulación satisfactoria de los casos internacionales⁷⁰: la continuidad espacial de las situaciones jurídicas creadas en otros países, la lucha contra las situaciones jurídicas claudicantes, la promoción de la libre circulación internacional de personas, el impulso de la vida internacional de los particulares mediante la reducción de los costes de litigación internacional y de los costes conflictuales, etc.

87. En este sentido, los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE, incluidos los tribunales españoles, pueden encontrarse con una demanda judicial de repudio. El tribunal ante el que uno de los cónyuges, o ambos de mutuo acuerdo, ejerciten una acción de repudio tiene que concretar la materia sobre la que versa la controversia y, con posterioridad, determinar si las normas de competencia judicial internacional le otorgan foro para conocer del asunto.

88. Las normas de competencia judicial internacional del DIPr. de la UE emplean categorías jurídicas muy *amplias* y utilizan la locución “*en materia de*” para referirse a la acción del demandante, porque limitan su actuación a acreditar que existe una vinculación auténtica entre los tribunales de un Estado y el litigio que se produce en un determinado contexto jurídico. En este sentido, la norma de competencia judicial internacional del DIPr. de la UE tiene que ser más *amplia* que la norma de competencia judicial de Derecho material de cada Estado miembro porque la primera se aplica a casos internacionales, se enfrenta a una realidad que desborda la legislación nacional⁷¹.

89. Ahora bien, no existe una norma de competencia judicial internacional europea que regule la institución legal de repudio porque esta institución es desconocida en el Derecho de la UE y en el Derecho de los Estados miembros. La institución jurídica de repudio, propia de los países musulmanes, no puede definirse jurídicamente como un “divorcio” o como una “separación judicial”, tal y como el ordenamiento jurídico de la UE y el ordenamiento jurídico de los Estados miembros entienden estas instituciones.

90. En efecto, no existe un Código Civil europeo que contenga una definición europea de “divorcio” ni ninguna otra norma material europea que regule esta institución. Por esta razón, el TJUE puede proporcionar un concepto europeo de “divorcio”, a partir de la interpretación que él mismo realice de los considerandos de los Reglamentos elaborados por el legislador de la UE o de la comparación que establezca de los principios generales del Derecho, comunes a los Estados miembros de la UE. Los tribunales y autoridades de los Estados miembros pueden, a través del “recurso prejudicial”, solicitar al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación de un Reglamento de la UE (art. 267 TFUE⁷²).

⁶⁹ STJCE 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, asunto C-6-64, p. 105: afirma que el Derecho de la UE “se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros”.

⁷⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed. Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 14-15 exponen la perspectiva internacional privatista de los valores constitucionales.

⁷¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 147-148 se refieren al siguiente ejemplo: en relación con los litigios derivados de los contratos, el art. 7.1 Reg. Bruselas I-bis indica que es competente, “en materia contractual” el tribunal de lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Y el TJUE ha precisado que debe entenderse por litigios en “materia contractual” aquéllos derivados de un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”.

⁷² Art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”.

En particular, el TJUE se decanta por la definición *autónoma* de los conceptos empleados en las normas de DIPr. europeo y apuesta por una *solución europea* a las cuestiones interpretativas suscitadas por las mismas. Para el TJUE, los conceptos y mecanismos utilizados por un Reglamento de la UE presentan un significado propio en el contexto del mismo Reglamento y no se extraen de los Derechos nacionales de cada Estado miembro⁷³.

91. La definición *autónoma* del concepto europeo de “divorcio” empleado en las normas de DIPr. europeo se *amplía* con el objetivo de cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. Ahora bien, no todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo grado de “desconocimiento” en el Derecho de la UE y en el de cada Estado miembro. En particular, el repudio es una institución jurídica que despliega, en Derecho marroquí, una función similar a la que en el Derecho de la UE desarrolla la institución legal de divorcio. Por esta razón, para determinar la norma de competencia judicial internacional europea que resulta aplicable al repudio, debe arrancarse de la función que esta institución jurídica desarrolla en el Derecho marroquí. Para ello, el tribunal ante el que se ejercite la acción de repudio tiene que consultar el Derecho marroquí, si bien, sólo a título informativo, para determinar cuál es la función que desarrolla el repudio en el ordenamiento jurídico marroquí. Posteriormente, dicho tribunal tiene que encontrar una institución jurídica, en su ordenamiento jurídico, que desarrolle una función similar a la que el repudio despliega en el Derecho marroquí.

92. El repudio marroquí y el divorcio son instituciones jurídicas cuya función en Derecho marroquí es disolver el vínculo matrimonial. Por tanto, la norma de competencia judicial internacional que determina el tribunal competente para conocer de un divorcio internacional en Europa, es también la norma de competencia judicial internacional aplicable a la institución legal del repudio marroquí.

93. Una vez que el tribunal, para determinar su competencia judicial internacional, ha concretado que la acción de repudio versa sobre la materia relativa a la disolución del matrimonio, tiene que acreditar que dispone de foro para conocer del asunto. Pues bien, el Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, determinará si el tribunal ante el que se ejercitó la acción de repudio tiene competencia judicial internacional para conocer del repudio⁷⁴. Este Reglamento se aplica, por las autoridades y tribunales de todos los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca, a cualquier procedimiento civil, sea judicial o no, relativo a las crisis matrimoniales.

B) Determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de un litigio derivado de un repudio: el Reglamento “Bruselas II-bis”

94. El Reglamento “Bruselas II-bis” regula la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial. Ahora bien, las normas de competencia del Reglamento sólo designan el tribunal competente a efectos de concesión o denegación de la disolución del vínculo matrimonial. Las causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo o cualesquiera otras medidas accesorias no se regulan por lo establecido en este Reglamento (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis).

⁷³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 172-176 precisan las herramientas interpretativas que puede utilizar y combinar el operador jurídico, para concretar las nociones autónomas de un Reglamento de la UE: 1º) La combinación de las versiones literales oficiales, en distintas lenguas, del Reglamento de la UE. 2º) Los principios inspiradores del Reglamento europeo. 3º) Los objetivos del Reglamento de la UE y sus disposiciones sobre cuya interpretación se debate. 4º) Los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales. 5º) Los antecedentes históricos del Reglamento europeo. 6º) El ligamen entre el Reglamento de la UE y el Tratado constitutivo de la UE.

⁷⁴ Reglamento (CE) N° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (*DOUE* L 338/1 de fecha 23.12.2003).

a) **Ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial**

95. El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados miembros de la UE, con la salvedad de Dinamarca (cons. 31 Reg. Bruselas II-bis⁷⁵). El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica desde el día 1 de marzo de 2005 y ostenta un carácter irretroactivo.

96. En relación con el ámbito de aplicación material, el Reglamento “Bruselas II-bis” presenta un carácter doble, puesto que, se ocupa de dos de los tres sectores que integran la disciplina de Derecho internacional privado: el sector de la competencia judicial internacional y el de la eficacia extraterritorial de decisiones. En efecto, el Reglamento “Bruselas II-bis” determina la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en relación a las crisis matrimoniales. Ahora bien, este Reglamento sólo regula materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional, por lo que resulta aplicable a cualquier procedimiento civil, sea judicial o no, relativo a crisis matrimoniales (cons. 7 Reg. Bruselas II-bis⁷⁶).

97. Así las cosas, el Reglamento “Bruselas II-bis” regula la competencia judicial internacional relativa, por un lado, al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial y, por otro lado, a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental sobre los menores. Además, el Reglamento “Bruselas II-bis” también regula el procedimiento de reconocimiento y, en su caso, de *exequatur* de las resoluciones dictadas, por un lado, en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial y, por otro lado, en materia de atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental sobre los menores.

98. El Reglamento “Bruselas II-bis” no se pronuncia, de manera expresa, sobre la institución jurídica del repudio. El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1 Reg. Bruselas II-bis). Por esta razón, es preciso concretar la extensión del concepto “divorcio” con la finalidad de saber si el mismo cubre la institución legal de repudio. Pues bien, el Reglamento “Bruselas II-bis” indica que sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis).

99. La expresión “disolución del matrimonio” (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis) refleja que el objetivo material del Reglamento “Bruselas II-bis” radica en regular todos los modos jurídicos de disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia del nombre que reciba la institución jurídica de que se trate. En consecuencia, el término “divorcio”, propio del Reglamento “Bruselas II-bis”, se *amplía* para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio. Por esta razón, el Reglamento “Bruselas II-bis” resulta aplicable para determinar los tribunales de qué Estado pueden declararse competentes para conocer de un asunto de repudio.

100. Respecto a su ámbito de aplicación personal, el cónyuge que tenga su residencia habitual o sea nacional de un Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” podrá ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros de competencia judicial interna-

⁷⁵ Cons. 31 Reg. Bruselas II-bis: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable”.

⁷⁶ En consecuencia, el Reglamento “Bruselas II-bis” excluye de su ámbito de aplicación material, por no hacer referencia expresa a ellos, los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones que revistan un carácter religioso, las cuestiones conexas al divorcio (régimen económico matrimonial, obligaciones de alimentos, pensiones post-divorcio, etc.), o la disolución de parejas de hecho.

cional recogidos en dicho Reglamento (art. 6 Reg. Bruselas II-bis⁷⁷). El Reglamento “Bruselas II-bis” utiliza, a la hora de determinar en qué casos regula la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales, el criterio de la residencia habitual o el de la nacionalidad. En este sentido, las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis” se aplican en el caso de que un cónyuge sea nacional de un Estado miembro participante en el Reglamento, a pesar de que, no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro participante en dicho Reglamento. No obstante, también se aplicarán las normas de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas II-bis” para el supuesto de que uno de los cónyuges resida habitualmente en el territorio de un Estado miembro participante en el Reglamento, con independencia de su nacionalidad.

101. Ahora bien, en el caso de que el órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” pueda declararse competente para conocer del litigio según sus normas de competencia judicial internacional, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, de conformidad con las Leyes de dicho Estado, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges o del territorio del Estado en el que tengan su residencia habitual (art. 7 Reg. Bruselas II-bis). En el supuesto de que ningún tribunal de ningún Estado pueda declararse competente según los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento “Bruselas II-bis”, la competencia judicial internacional se determinará con arreglo a las normas de competencia de producción interna⁷⁸. Esta solución evita una denegación de Justicia a los cónyuges, al permitir que los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro pero cuyo divorcio es imposible en la UE, según el Reglamento “Bruselas II-bis” porque no atribuye competencia a ningún tribunal de ningún Estado miembro, puedan disolver su vínculo matrimonial ante los tribunales de un Estado miembro.

b) Foros de competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas II-bis”

102. El Reglamento “Bruselas II-bis” contiene una lista de siete foros distintos de competencia judicial internacional. Los tribunales o las autoridades públicas de un Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” se declararán competentes, de oficio, para conocer de un litigio derivado de un repudio si concurre a su favor cualquiera de los siguientes siete foros de competencia judicial internacional (art. 3 Reg. Bruselas II-bis): residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; o bien, última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de presentación de la demanda; o bien, residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda; o bien, residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta; o bien, residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; o bien, residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y/o es nacional del Estado miembro en cuestión; o bien, la nacionalidad de ambos cónyuges y, en el caso de Reino Unido e Irlanda del *domicile* común.

103. Por ejemplo, dos cónyuges de nacionalidad marroquí residen habitualmente en España. Después de tres años de matrimonio, el marido quiere poner fin a su vínculo matrimonial. Para ello, el marido insta ante el tribunal español una acción de repudio contra su mujer. La cuestión que se plantea consiste en precisar si el tribunal español puede declararse competente para conocer de la pretensión del esposo.

⁷⁷ Art. 6 Reg. Bruselas II-bis: “Un cónyuge que: a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”.

⁷⁸ Sobre esta cuestión *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 30, 2008, pp. 457-482; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 4, 2004, pp. 261-286.

El tribunal español para saber si puede declararse competente, o no, para conocer de esta acción de repudio marital tiene que aplicar las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis”. El tribunal español puede entrar a conocer del litigio derivado del repudio en virtud del foro de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda (*vid.* art. 3 Reg. Bruselas II-bis), puesto que, los cónyuges de nacionalidad marroquí tienen su residencia habitual en territorio español.

104. En particular, el Derecho marroquí posibilita que el repudio se acuerde mediante un acto privado no judicial. En este caso y en la línea del ejemplo anterior, el marido no tendría la obligación de ejercitar la acción de repudio ante los tribunales españoles. En consecuencia, dicho repudio no consta en una “resolución judicial” ni tampoco en un “documento público”. Así las cosas, el repudio por acto privado extrajudicial que se acuerde, según el Derecho marroquí, en España, no producirá efectos jurídicos en nuestro país por los motivos siguientes⁷⁹: 1º) Si el repudio afecta a un ciudadano español, dicho repudio no podrá acceder al Registro Civil al no constar en documento público. 2º) Si el repudio afecta a un ciudadano extranjero, no existe una autoridad pública que pueda declararse competente para disolver el matrimonio. Además, se activará la cláusula de orden público internacional español para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio en aquellos supuestos en los que la disolución del vínculo matrimonial se haya obtenido por la voluntad de las partes sin la intervención de una “autoridad pública” (Sentencia *Cour d’Aix-en-Provence*, 21 enero 1981⁸⁰).

105. En el Derecho musulmán y, en particular, en el Derecho marroquí, existen numerosas modalidades por las que se practica el repudio por acto privado extrajudicial: algunas de ellas se ajustan a la reglamentación establecida en la *Sharia*, mientras que, otras resultan de prácticas clásicas que son aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina islámica. No obstante, el presente trabajo se centra el repudio judicial porque es la modalidad de repudio que contempla el Código de Familia marroquí y es dicho Código el que se estudia en la primera parte de este trabajo.

2. Ley aplicable al repudio

A) Cuestiones de calificación en relación con el repudio y Derecho marroquí aplicable

106. La calificación a practicar en el sector de la competencia judicial internacional y en relación con el Derecho aplicable presenta diferencias metodológicas⁸¹. Una vez que la pretensión del demandan-

⁷⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 277-278.

⁸⁰ Sentencia *Cour d’Aix-en-Provence*, 21 de enero de 1981: Esta sentencia pone de manifiesto que el DIPr. francés, obliga a que todo matrimonio celebrado en territorio francés se lleve a cabo mediante las formas previstas en la Ley francesa. La Ley francesa exige que en la celebración del matrimonio intervenga un funcionario público francés. En efecto, el mismo nivel de intervención se exige en el caso de los divorcios y de las separaciones que se produzcan en Francia. En Francia, es ineficaz todo divorcio privado que se haya acordado en territorio francés. No obstante, en relación con los divorcios privados acordados en el extranjero, la exigencia de intervención de autoridad pública derivada del orden público internacional, está muy atenuada. En consecuencia, existe una diferencia de tratamiento entre el divorcio privado acordado en Francia – que siempre será ineficaz por activación de la cláusula de orden público internacional francés- y, el divorcio privado acordado en el extranjero – que será eficaz-.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 39-66; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL, *Droit International Privé*, Paris, 1994, pp. 349-353, han puesto de relieve esta “diferencia de tratamiento” entre divorcio privado acordado en Francia, que deviene ineficaz y, divorcio privado acordado en el extranjero, que sí es eficaz.

⁸¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 148-149 exponen el ejemplo siguiente para diferenciar, metodológicamente, la calificación a practicar en relación con la competencia judicial internacional y con el Derecho aplicable: si una sociedad española impugna judicialmente la validez de un contrato firmado por ella con otra sociedad alemana, se utilizará únicamente un precepto para decidir si los tribunales españoles son competentes en materia contractual (art. 7.1 Reg. Bruselas I-bis). Una vez declarado competente el tribunal español si tal foro concurre, resultará que la nulidad del contrato puede solicitarse por falta de capacidad de un contratante (art. 9.11 CC), o bien, por error en el consentimiento (art. 10 Reg. Roma I), o bien, por referirse a un objeto prohibido (arts. 3-9 Reg. Roma I), o bien, porque el contrato no ha respetado una forma *ad solemnitatem* (art. 11 Reg. Roma I).

te ha sido calificada jurídicamente y se acreditó la competencia judicial internacional de los tribunales de un concreto Estado, dicha pretensión puede referirse a un número muy amplio de cuestiones jurídicas.

Por ejemplo, dos ciudadanos marroquíes con residencia habitual en España quieren declarar nulo su matrimonio. Las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis” señalarán si el tribunal español puede declararse competente en materia de crisis matrimoniales. En este caso, el tribunal español podrá conocer del asunto porque ambos cónyuges tienen su residencia habitual en territorio español (art. 3.1.a) Reg. Bruselas II-bis). Una vez declarado competente el tribunal español, la nulidad del matrimonio puede pedirse por distintos motivos.

Así las cosas, en un mismo litigio, se aplica una sola norma y un solo foro de competencia judicial internacional, mientras que, las normas de conflicto de leyes y las normas sustantivas aplicables pueden ser numerosas. Por esta razón, el tribunal competente para conocer del asunto tiene que calificar la pretensión del demandante para establecer la Ley reguladora de la misma.

107. Pues bien, como se indicó con anterioridad, no todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo grado de “desconocimiento” en el Derecho de la UE y en el de cada Estado miembro. En realidad, el repudio es una institución sólo parcialmente desconocida en Derecho español, en el que cabe un divorcio por voluntad unilateral del cónyuge. La función que desarrolla la institución legal de repudio es conocida en el Derecho de los Estados miembros de la UE y también en Derecho español. En particular, el repudio es una institución jurídica que despliega, en Derecho marroquí, una función similar a la que en el Derecho de la UE desarrolla la institución legal de divorcio: la disolución del vínculo matrimonial. la definición *autónoma* del concepto europeo de “divorcio” empleado en las normas de DIPr. europeo se *amplía*, para cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de conflicto de leyes se *amplie* para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE. En este sentido, el término “divorcio” puede *ampliarse* en la normativa de Derecho internacional privado de la UE para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio.

108. Por esta razón, la norma europea de conflicto de leyes que señale la Ley aplicable al divorcio internacional en la UE, es también la norma de conflicto de leyes aplicable a la institución legal del repudio marroquí. El juez español actúa como juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE. Si un juez español aplica “Derecho de la UE”, está aplicando también “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. El juez español no aplica las normas de conflicto españolas del Código Civil, sino las normas de conflicto europeas recogidas en los Reglamentos de la UE.

109. El Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial resulta aplicable para determinar la Ley reguladora del repudio⁸². En este sentido, la aplicación del Reglamento 1259/2010 no queda limitada al concepto “divorcio” o al término “separación judicial” como únicos mecanismos legales válidos para disolver un matrimonio, tal y como tales instituciones se entienden en el Derecho civil de los Estados miembros. El Reglamento 1259/2010 resulta aplicable al divorcio, a la separación judicial y también a cualquier otra institución legal que tenga por finalidad la disolución o relajación del vínculo matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010⁸³). En particular, el Reglamento 1259/2010 puede utilizarse para señalar

⁸² Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE* L 343/10, de fecha 29 diciembre 2010).

⁸³ Cons. 10 Reg. 1259/2010: “El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) n° 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio. El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial. Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.

la Ley aplicable a la institución jurídica del repudio porque los ordenamientos jurídicos que regulan la figura del repudio, la emplean para disolver el acuerdo matrimonial. Por ejemplo, el marido puede instar ante la autoridad judicial española un repudio cuya Ley aplicable se determinará con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010.

110. El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto uniformes respecto a la Ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial, por lo que, proporciona soluciones uniformes de Derecho internacional privado. El Reglamento 1259/2010 proporciona un concepto válido de disolución del vínculo matrimonial, sólo a sus efectos. Ahora bien, el Reglamento 1259/2010 no obligará a los tribunales de Estados miembros participantes en el mismo, cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio a efectos de un procedimiento de divorcio, a pronunciar una sentencia de divorcio (art. 13 Reg. 1259/2010). El art. 13 Reg. 1259/2010 se ocupa del “caso maltés”: Malta, cuya legislación sustantiva no admitía el divorcio, forma parte del ámbito de aplicación espacial del Reglamento 1259/2010 y, por tanto, sus tribunales tenían que aplicar dicho Reglamento. No obstante, sus tribunales no estaban obligados a dictar una sentencia de divorcio aunque el Reglamento 1259/2010 fuera aplicable. Los tribunales malteses podían dictar, por ejemplo, una sentencia de separación judicial. Ahora bien, en la actualidad, la situación ha cambiado. Malta ha cambiado su legislación y permite a sus tribunales dictar sentencias de divorcio⁸⁴.

111. En consecuencia, los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento 1259/2010, cuyas legislaciones no contemplen la institución jurídica de divorcio, aplicarán dicho Reglamento, pero no están obligados a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del mismo (cons. 26 Reg. 1259/2010).

B) Ley aplicable al repudio y Reglamento 1259/2010 “Roma III”

112. La precisión de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se realiza, en algunos Estados de la UE, incluida España, con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

113. La UE tiene por objetivo el establecimiento y el progresivo desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas (art. 21 TFUE). Los obstáculos a las libertades de circulación están prohibidos por el Derecho de la UE (Título IV TFUE). En este sentido, la UE debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza, dirigidas a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes (cons. 2 Reg. 1259/2010). Para ello, el Reglamento 1259/2010 unifica las normas de conflicto de todos los Estados participantes en el mismo en materia de Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

114. La unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio o separación judicial en el Reglamento 1259/2010 es útil, puesto que, favorece la armonía internacional de soluciones y evita el fenómeno del *Forum Shopping*⁸⁵. Resulta indiferente el hecho de que un cónyuge se adelante al otro e interponga su demanda de divorcio ante los tribunales de un concreto Estado con objeto de conseguir que una Ley que estime más favorable a sus intereses rija su divorcio. La unificación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 proporciona soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad (cons. 9 Reg. 1259/2010). La Ley

⁸⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 15ª ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 222-223.

⁸⁵ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N° 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 39, 2011, pp. 561-587, esp. p. 567.

reguladora del divorcio o de la separación judicial es la misma con independencia de los tribunales que conozcan del asunto.

C) **Ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 relativo a la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial**

115. El Reglamento 1259/2010 se aplica por las autoridades competentes de los Estados miembros participantes en el mismo que son: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia (Cons. 6 Reg. 1259/2010). Con posterioridad, Lituania se incorpora como Estado miembro participante de este Reglamento, cuya aplicación tendrá lugar a partir del 22 de mayo de 2014⁸⁶. Estos Estados miembros activaron la llamada “cooperación reforzada”, procedimiento que les permitía adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁸⁷. Los otros Estados miembros de la UE decidieron no participar.

116. Respecto al ámbito de aplicación material, el Reglamento 1259/2010 se aplica a las situaciones de divorcio y de separación judicial de carácter civil que impliquen un conflicto de leyes (art. 1 Reg. 1259/2010)⁸⁸. Por ello, resulta necesario precisar la extensión del término “divorcio” para concretar si dicho concepto cubre la institución legal de repudio, propia de Derecho islámico. Pues bien, el Reglamento 1259/2010 precisa que sólo debe aplicarse a la disolución o relajación del vínculo matrimonial y, en concreto, a los motivos para el divorcio y para la separación judicial⁸⁹ (cons. 10 Reg. 1259/2010).

117. La expresión “disolución o relajación del vínculo matrimonial” (cons. 10 Reg. 1259/2010) implica que el objetivo material del Reglamento 1259/2010 consiste en regular todos los modos jurídicos de disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia del nombre que reciba la institución jurídica de que se trate. Por tanto, el Reglamento 1259/2010 es aplicable para determinar la Ley aplicable al repudio.

118. En sintonía con lo anterior, ningún Reglamento de la UE se pronuncia acerca de la cuestión de la calificación. Esto es así porque dicho pronunciamiento no es necesario, una vez que el legislador de la UE ha precisado el “ámbito de la Ley aplicable”. En los Reglamentos de la UE en los que el supuesto

⁸⁶ La Comisión adoptó la Decisión 2012/714/UE, el 21 de noviembre de 2012, por la que se confirma la participación de Lituania en el Reglamento 1259/2010 por el que se establece la cooperación reforzada respecto al ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Respecto a la cooperación reforzada en el sector de la Ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial véase: O. LOPES PEGNA, “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici”, *CDT*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 126-139; I. OTTAVIANO, “La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali”, *Il diritto dell’Unione europea*, vol. 11, n.º 1, 2011, pp. 113-144; F. POCAR, “Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato”, *RDIPP*, vol. 47, n.º 2, 2011, pp. 297-306.

⁸⁷ El Consejo adoptó la Decisión 2010/405/UE, de fecha 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

⁸⁸ Las siguientes materias quedan excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma III”, aún cuando se planteen como una cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o de separación judicial (art. 1.2 Reg. Roma III): a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones.

⁸⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71, esp. p. 64 señalan que los motivos del divorcio y de la separación judicial cubren los aspectos siguientes: la admisión, las causas y los efectos que suponen la interposición de una demanda de divorcio o de separación judicial, así como, el plazo mínimo para instar tales procedimientos. También se refiere a una posible reconciliación entre los cónyuges, a la posibilidad de convertir una separación en divorcio y a todos los aspectos relacionados con la elaboración de un convenio regulador.

de hecho de la norma de conflicto es un concepto *amplio*, el legislador de la UE elabora una lista de cuestiones que deben ser reguladas por la Ley designada por dicha norma de conflicto⁹⁰.

119. En concreto, el Reglamento 1259/2010 no se pronuncia, de manera expresa, sobre la cuestión de la calificación porque el legislador de la UE ha elaborado una lista detallada de cuestiones que tienen que regularse por la Ley material señalada por la norma de conflicto. El Reglamento 1259/2010 no contiene una regla específica sobre la calificación porque el legislador de la UE ha precisado, con exactitud, el “ámbito de la Ley aplicable” designada por sus normas de conflicto de leyes. Dicho “ámbito de Ley aplicable” se integra por las cuestiones que el legislador considera incluidas en el supuesto de hecho de la norma de conflicto.

120. Así las cosas, el cons. 10 Reg. 1259/2010 establece que dicho Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución o relajación del vínculo matrimonial y, en concreto, a los motivos para el divorcio y para la separación judicial. No obstante, indica que las restantes cuestiones jurídicas que deben resolverse en el mismo proceso de divorcio, ya constituyan cuestiones previas a tales pronunciamientos o ya sean consecuencias legales o efectos de los mismos, no se rigen por la normativa del Reglamento 1259/2010. En este sentido, es el legislador de la UE el que señala, de manera expresa, que las cuestiones prejudiciales – tales como, la capacidad jurídica y la validez del matrimonio – y, los efectos que produce el divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias, se regulan por las normas de conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate.

121. La normativa contenida en el Reglamento 1259/2010 debe ser coherente con lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas II-bis”⁹¹. La coherencia entre ambos Reglamentos de la UE supone que entre ellos existe una relación lógica y consecuente con los principios que profesan. En particular, la interrelación entre estos instrumentos legales de DIPr. elaborados por la UE, potenciará la seguridad jurídica y facilitará la aplicación de las normas de DIPr. de la UE⁹².

122. El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, a las materias civiles relativas al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad matrimonial (art. 1.a) Reg. Bruselas II-bis), mientras que, el Reglamento 1259/2010 no resulta aplicable en materia de nulidad matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010). La nulidad matrimonial es una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 porque excede del propósito del legislador de la UE, ya que, se encuentra estrechamente vinculada a las condiciones de validez del matrimonio y resulta inapropiada en relación con el principio de la autonomía de la voluntad conflictual⁹³. Si el legislador de la UE hubiera incluido la cuestión de la nulidad matrimonial en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010, habría tenido que incorporar una Ley que determinara en qué casos y según qué criterios el matrimonio es válido. Un acto jurídico es válido o nulo con arreglo a la misma Ley.

123. En relación con su ámbito de aplicación temporal, el Reglamento 1259/2010 presenta un carácter irretroactivo. Entró en vigor el día 30 de diciembre de 2010, si bien, resulta aplicable desde el día 21 junio 2012 y se aplica, en exclusiva, a las demandas de divorcio y de separación interpuestas a

⁹⁰ M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 56, n° 2, 2004, pp. 821-826.

⁹¹ Reglamento (CE) N° 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 (*DOUE* L 338/1, de fecha 23 diciembre 2003).

⁹² M. EKSTRÖM, “Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’”, *L’observateur de Bruxelles*, n° 67, janvier 2007, pp. 19-22.

⁹³ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Bruselas *COM* (2006) 399 final, de fecha 17 julio 2006), pp. 10 y 13.

partir del día 21 de junio 2012 ante los tribunales de los Estados miembros participantes (art. 21 Reg. 1259/2010).

D) Puntos de conexión y repudio: Elección de la Ley aplicable / Residencia habitual en Marruecos / Ley nacional común

124. El Reglamento 1259/2010 posibilita a los cónyuges la elección de la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial⁹⁴. La incorporación a este Reglamento del principio de la autonomía de la voluntad puede encontrar su razón en la potenciación de la libre circulación del ciudadano en la UE, lo que requiere flexibilidad y seguridad jurídica (cons. 15 Reg. 1259/2010). Los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio o de su separación judicial en un momento anterior a que se produzca la crisis matrimonial, lo que significa que aun cuando los cónyuges adquirieran una nueva nacionalidad, cambiaran de residencia habitual o se viera alterada cualquier situación personal o profesional que pudiera afectarles, la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial es la misma: la Ley elegida por ellos. La autonomía de la voluntad conflictual es una regla que constituye la estructura interna del DIPr. de la UE, porque se encuentra recogida en numerosos instrumentos legales europeos, tanto para permitir la elección de tribunal competente como para admitir la elección de Ley aplicable a una situación privada internacional⁹⁵.

125. Los cónyuges pueden convenir en designar al divorcio y a la separación judicial cualquiera de las Leyes siguientes (art. 5.1 Reg. 1259/2010): a) la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. b) la Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio. c) la Ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio. d) la Ley del foro.

126. La autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges a la hora de elegir la Ley reguladora de su divorcio o separación judicial es limitada. El legislador de la UE considera que es importante que los cónyuges puedan elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial, pero siempre que exista una vinculación estrecha, objetiva, clara y razonable entre los cónyuges y dicha Ley elegida (cons. 16 Reg. 1259/2010). La limitación de la autonomía de la voluntad conflictual favorece la previsibilidad y la seguridad jurídica de los cónyuges porque evita que éstos puedan elegir, como Ley aplicable a su divorcio y separación judicial, una Ley que les genere costes conflictuales elevados⁹⁶. Los cónyuges elegirán la Ley estatal que les comporte más ventajas, que es una Ley material previsible, cuyo contenido conocen y con arreglo a la que están acostumbrados a ajustar su conducta.

127. El legislador de la UE determina qué Leyes estatales pueden ser elegidas por los cónyuges para regular la disolución de su vínculo matrimonial. Para ello, toma como referencia tres criterios: la

⁹⁴ Respecto al principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial véase L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010", *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; P. FRANZINA, "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", *RDI*, n.º 2, 2011, pp. 488-496; V. GAERTNER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments", *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; L. QUEIROLO / L. CAPPANETO, "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III", *RDIPP*, vol. 48, n.º 1, 2012, pp. 59-86; I. VIARENGO, "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (The EU Regulation on the Law Governing Legal Separation and Divorce and Party Autonomy)", *RDIPP*, vol. 47, n.º 3, 2011, pp. 601-624.

⁹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N.º 1, 2014, pp. 5-44, esp. p. 22.

⁹⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Bruselas COM (2006) 399 final, de fecha 17 julio 2006), p. 4; Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (Bruselas COM (2005) 82 final, de fecha 14 marzo 2005), pp. 7-8.

residencia habitual común, la nacionalidad de cualquiera de ellos y la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. Así las cosas, en el caso de que los cónyuges emigrantes no se integren en el medio sociojurídico del país de acogida, no tienen que elegir, de manera obligatoria, la Ley del país de su residencia habitual como Ley reguladora de su divorcio o separación judicial. Los cónyuges pueden optar para regular su divorcio o separación judicial por la Ley del país de la nacionalidad de cualquiera de ellos o por la *Lex Fori*. En el mismo sentido, los cónyuges tampoco están obligados a mantener el vínculo con su país de origen, ya que, no tienen el deber de elegir la Ley nacional como Ley estatal reguladora de su divorcio o separación judicial. Los cónyuges disponen de la alternativa a elegir la Ley del país de su residencia habitual o, en todo caso, la *Lex Fori*⁹⁷.

128. El acuerdo de elección de Ley en materia de divorcio y de separación judicial será válido si se cumplen los siguientes requisitos (art. 6 y 7 Reg. 1259/2010): 1º) *Consentimiento y validez material*. La existencia y la validez del convenio por el que los cónyuges eligen la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como, la cuestión de saber si el consentimiento prestado por los cónyuges en la elección de Ley es válido o está viciado, se rigen por la Ley del país elegida por los cónyuges (art. 6.1 Reg. 1259/2010). En este sentido, el acuerdo por el que los cónyuges eligen la Ley estatal que debe regir su divorcio o separación judicial constituye propiamente un contrato, cuyo objeto es la elección de la Ley reguladora del divorcio y de la separación judicial. No obstante, el cónyuge que desee hacer constar que no dio consentimiento en la elección de Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, puede hacerlo con arreglo a la Ley del país de su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda, siempre que se desprenda de las circunstancias, de manera razonable, que su conducta no pudo regirse por la Ley del país presuntamente elegida por los cónyuges (art. 6.2 Reg. 1259/2010). 2º) *Validez formal*. El convenio por el que los cónyuges eligen la Ley reguladora del divorcio y la separación judicial debe realizarse por escrito, estará fechado y firmado por ambos cónyuges (art. 7.1 Reg. 1259/2010)⁹⁸. Además, los cónyuges, en el momento de la celebración del convenio y para constatar su validez formal, tienen que cumplir los requisitos formales añadidos a los indicados por el Reglamento 1259/2010, que resulten exigibles según la Ley del país de su residencia habitual (art. 7.2 Reg. 1259/2010). Si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en Estados miembros participantes distintos, el convenio será válido en cuanto a la forma si se cumplen los requisitos exigidos por cualquiera de las dos legislaciones (art. 7.3 Reg. 1259/2010). No obstante, si sólo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010, la legislación de dicho país se aplicará para dotar de validez formal el convenio (art. 7.4 Reg. 1259/2010). Se trata de requisitos de forma *ad solemnitatem*, lo que significa que su ausencia implica que el acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos.

129. En sintonía con lo anterior, el Reglamento refuerza el principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en materia de divorcio y de separación judicial a través del criterio de la “elección informada” (cons. 17 a 19 Reg. 1259/2010). Los cónyuges, a la hora de elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial, pueden acceder a información jurídica, de Derecho interno o de Derecho europeo, actualizada en esta materia. Para ello, la Comisión actualiza periódicamente estos datos⁹⁹. La “elección informada” supone que el tribunal se asegure de que cada cónyuge es consciente de las consecuencias jurídicas que derivan de la elección de una determinada Ley, con la finalidad de que la Ley elegida en materia de divorcio y separación judicial no perjudique la igualdad de oportunidades de los cónyuges ni afecte a sus derechos.

⁹⁷ S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *CDT*, vol. 4, n° 1, 2012, pp. 222-232.

⁹⁸ Art. 7.1 *in fine* Reg. 1259/2010: “Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio”. Por tanto, no cabe un convenio oral de elección de Ley que posteriormente se confirme por escrito.

⁹⁹ Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (*DOCE* L 174/25 de fecha 27.06.2001).

130. El convenio por el que los cónyuges designen la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial puede ser celebrado o modificado en cualquier momento hasta la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional (art. 5.2 Reg. 1259/2010). En particular, los cónyuges también podrían elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial durante el procedimiento si lo permite la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 5.3 y cons. 20 Reg. 1259/2010).

131. En ausencia de elección por las partes de la Ley aplicable, el divorcio y la separación judicial se rigen por (art. 8 Reg. 1259/2010)¹⁰⁰: a) la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y, que uno de ellos aún resida allí en el momento de interposición de la demanda o, en su defecto, c) la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de presentación de la demanda o, en su defecto, d) la Ley del país ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

132. La Ley sustantiva reguladora de la disolución del vínculo matrimonial de dos nacionales marroquíes puede ser distinta en función del *petitum*, de lo que pide la parte en su demanda ante el tribunal español (el repudio, divorcio o separación judicial) y de si los cónyuges tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro o cada uno de ellos reside habitualmente en un Estado miembro distinto.

133. Por ejemplo, Mohamed, nacional marroquí y con residencia habitual en Francia, y Aanisa, también nacional marroquí pero con residencia habitual en España, contrajeron matrimonio en Casablanca (Marruecos). Inmediatamente después de la celebración de su matrimonio, ambos se instalan en España. Con posterioridad, Mohamed recibe una oferta de trabajo en Francia y se traslada a dicho país, mientras que, Aanisa permanece en España. Dos años después, Aanisa desea poner fin a su matrimonio. Para ello, Aanisa pide ante tribunal español el divorcio.

134. El tribunal español puede declararse competente para pronunciarse sobre la concesión o denegación del divorcio de Mohamed y Aanisa en virtud del foro del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, puesto que, Aanisa reside habitualmente en España en el momento de la interposición de la demanda de divorcio (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica a este divorcio la Ley sustantiva marroquí, ya que, ambos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí en el momento de presentación de la demanda de divorcio (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010).

En el hipotético caso de que el tribunal francés se hubiera declarado competente para conocer de este asunto, el divorcio de Mohamed y Aanisa también se habría regido por la Ley sustantiva marroquí (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). Este divorcio entre ambos cónyuges marroquíes se rige por la misma Ley siempre que el tribunal que conozca del asunto pertenezca a un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010.

El Código de Familia marroquí distingue el divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges (*vid.* arts. 94 a 97 CF) y el divorcio por otras causas a instancia de la esposa (*vid.* art. 98 CF): 1º Infracción por parte del marido de alguna de las cláusulas establecidas en el contrato de matrimonio. 2º Impago del marido de la manutención. 3º Ausencia del esposo. 3º) Existencia de algún defecto o enfermedad del esposo que impida la vida íntima entre ellos. 4º) Juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono.

La sentencia española de divorcio entre marroquíes dictada con arreglo a la Ley sustantiva marroquí producirá efectos jurídicos, en principio, en España, Francia y también en Marruecos. El Código marroquí de la familia establece que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en el Código (art. 128 CF).

¹⁰⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, nº 1, 2012, pp. 52-85.

135. En el supuesto de que Aanisa pida al tribunal español la separación matrimonial y no el divorcio, éste se declarará competente por el foro del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, puesto que, Aanisa reside habitualmente en España en el momento de la petición de la separación matrimonial (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplicará a la separación de ambos, la Ley sustantiva marroquí. Los dos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí en el momento de la petición de la separación matrimonial (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010).

Pues bien, el Código marroquí de la Familia no regula la institución jurídica de la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 establece que si la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto de leyes no contempla el divorcio, éste se rige por la *Lex Fori* (art. 10 *in primis* Reg. 1259/2010). El Reglamento 1259/2010 se refiere, de manera expresa, a la institución jurídica del divorcio pero no a la separación judicial. Por tanto, no opera esta cláusula porque el precepto se refiere expresamente a la institución legal del divorcio. Si la Ley extranjera carece de la figura de la separación judicial pero contempla la institución jurídica del divorcio, la disolución del matrimonio entre Mohamed y Aanisa no se puede regular por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. En este caso, el tribunal español tiene que desestimar la demanda e indicar a los cónyuges que ejerciten la acción de divorcio.

136. En el caso de que Mohamed y Aanisa, ambos nacionales marroquíes, tuvieran su residencia habitual en España y no en Estados miembros distintos y Aanisa interpusiera demanda de divorcio ante un tribunal español, la Ley aplicable a su divorcio no se corresponde con la Ley sustantiva marroquí. En el sector de la competencia judicial internacional, el tribunal español también puede declararse competente para conocer de este divorcio según el foro de la residencia habitual de los cónyuges, puesto que, ambos tienen su residencia habitual en España (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). En el plano de la Ley aplicable, el tribunal español aplica al divorcio de Mohamed y Aanisa la Ley material española porque los dos tienen su residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.a) Reg. 1259/2010).

El ordenamiento jurídico español establece que el divorcio puede pedirse por uno o ambos cónyuges (divorcio contencioso o de común acuerdo), con o sin causa, siempre que hayan pasado más de tres meses desde que se contrajo matrimonio¹⁰¹.

La sentencia española de divorcio de sujetos marroquíes dictada con arreglo a la Ley material española puede constituir una decisión claudicante en el caso de que únicamente produzca efectos jurídicos en España y no en Marruecos. Cabe la posibilidad de que la autoridad marroquí competente no reconozca una sentencia española de divorcio dictada con arreglo al Derecho sustantivo español. En este supuesto, Mohamed y Aanisa estarían divorciados en España pero casados en Marruecos. Esta situación daña la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica de los particulares en el ámbito internacional.

E) Excepciones a la aplicación, por autoridades de un Estado miembro de la UE, de la Ley marroquí que regula el repudio

137. El Reglamento 1259/2010 es aplicable a toda situación internacional de divorcio o de separación judicial, por parte de las autoridades de los Estados miembros participantes en el mismo, con independencia de la nacionalidad, residencia habitual, domicilio o cualquier otra circunstancia personal o profesional de los cónyuges (art. 4 Reg. 1259/2010). Se aplica al divorcio o a la separación judicial de sujetos cuya residencia habitual radica fuera de la UE o en un Estado miembro no participante en el Reglamento y también a sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado.

138. El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*: es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir el divorcio o la separación judicial sea la Ley de un Estado miembro

¹⁰¹ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio (*BOE* núm. 163, de fecha 9 de julio de 2005).

participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Ahora bien, las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 no conducen a designar, en ningún caso, una normativa religiosa como Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 sólo remite a Leyes estatales para regular el divorcio o la separación judicial. Esta opción de política jurídica puede justificarse, fundamentalmente, en el motivo siguiente¹⁰²: el divorcio y la separación judicial son instituciones de carácter civil que producen efectos en el orden jurídico estatal civil.

139. En consecuencia, la normativa contenida en el Reglamento 1259/2010 designa una Ley estatal que se aplica, en exclusiva, a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges, del Estado en el que éstos residan habitualmente o de la Ley del Estado a la que conduzca la norma de conflicto. En particular, el tribunal español aplicará el Reglamento 1259/2010 a todo litigio de divorcio internacional, lo que hace inaplicable el art. 107.2 CC en los casos internacionales de divorcio que se susciten ante los tribunales españoles a partir del 21 de junio de 2012.

140. Ahora bien, la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto del Reglamento 1259/2010 en materia de divorcio y de separación judicial, no se aplica si dicha Ley extranjera no contempla el divorcio o la separación judicial (*vid.* art. 10 *in primis* Reg. 1259/2010), si tal Ley extranjera no concede a los cónyuges igualdad para acceder a la disolución de su vínculo matrimonial (art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010) o si la aplicación de la Ley extranjera produce un resultado manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010).

1º) La igualdad de los cónyuges para acceder al divorcio (art. 10 Reg. 1259/2010)

141. La Ley sustantiva extranjera que, por motivo de sexo, no conceda igualdad a los cónyuges en el acceso al divorcio o a la separación judicial, resulta inaplicable. El precepto establece que, en este caso, la *Lex Fori* regulará el divorcio o la separación judicial (art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010). En otras palabras, la Ley material extranjera que sólo permita a uno de los cónyuges acceder a la disolución de su vínculo matrimonial, por motivo de sexo y con independencia de que dicho cónyuge pida el repudio, el divorcio o la separación judicial, no resultará aplicable al proceso por el que se disuelva el matrimonio.

142. Se rechaza la aplicación de una Ley sustantiva extranjera que regula, de manera discriminatoria, el acceso de los cónyuges al divorcio o a la separación judicial. En particular, no se aplica al divorcio o a la separación judicial la Ley material extranjera que no permita a un cónyuge presentar su demanda por razón de género. En consecuencia, cuando la Ley extranjera reguladora del divorcio o de la separación judicial produce un resultado discriminatorio para los cónyuges por una razón distinta de la del género, se activa la cláusula de orden público internacional y no la cláusula de igualdad de acceso.

143. El Reglamento 1259/2010 no contempla, de manera expresa, si se debe rechazar, o no, la aplicación de la Ley sustantiva extranjera para el caso de que uno de los cónyuges pueda instar la disolución de su vínculo matrimonial en condiciones más duras y estrictas que las que resultan aplicables para la misma situación al otro cónyuge. La desigualdad de condiciones para los cónyuges a la hora de obtener la disolución de su vínculo matrimonial no afecta a la igualdad de éstos para acceder a los tribunales a pedir la disolución de su matrimonio (*vid.* art. 10 Reg. 1259/2010). Por esta razón, si la Ley material extranjera aplicable al divorcio, a la separación judicial o a cualquier otra institución jurídica por la que se disuelva el matrimonio establece condiciones más ventajosas para uno de los cónyuges, respecto a la petición de la disolución del vínculo matrimonial, el tribunal competente para conocer del asunto tendrá que valorar si el resultado que produce el caso concreto es contrario al orden público internacional del foro.

¹⁰² F. SEATZU / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III", *Studi sull'integrazione europea*, n° 1, 2010, pp. 49-78.

144. El legislador de la UE únicamente se refiere, de manera expresa, al descarte de la aplicación de la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto para el caso de que aquélla no contemple el divorcio o la separación judicial, o bien, si no concede a los cónyuges igualdad, por motivo de género, para acceder a los tribunales a pedir la disolución de su vínculo matrimonial.

145. El art. 10 Reg. 1259/2010 regula la “igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial”, pero no se ocupa de las cuestiones relativas al fondo del asunto. En efecto, los cónyuges disponen de “igualdad de acceso a la disolución de su matrimonio”, si ambos tienen facultad para presentar ante los tribunales una demanda de divorcio o de separación judicial. *A sensu contrario*, si uno de los cónyuges, por razón de su sexo, no dispone de tal facultad con arreglo a la Ley que regula la disolución de su vínculo matrimonial, no existe “igualdad” entre ambos cónyuges en el acceso al divorcio o a la separación judicial. Además, resulta necesario tomar en consideración que el concepto de “igualdad” no se corresponde con la noción de “identidad”. El art. 10 Reg. 1259/2010 utiliza, expresamente, la palabra “igualdad”. La “igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial” significa ofrecer, a ambos cónyuges, la misma facultad jurídica: la posibilidad de que el marido y la mujer puedan instar, ante el tribunal competente, la disolución de su vínculo matrimonial¹⁰³. No obstante, algún pronunciamiento judicial¹⁰⁴ ha estimado que si la Ley material extranjera contempla causas de divorcio distintas y más amplias para uno de los cónyuges, por razón de su sexo, se produce una discriminación en el acceso al divorcio.

146. La cláusula de igualdad de acceso de los cónyuges es distinta de la cláusula de orden público del foro (*vid.* arts 10 y 12 Reg. 1259/2010). Las diferencias entre ambas cláusulas pueden concretarse, fundamentalmente, en las siguientes: 1º) *Los destinatarios protegidos por la cláusula.* La cláusula de orden público del foro opera cuando se produce un resultado contrario a los principios inspiradores de la cohesión de la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Por tanto, dicha sociedad, en su conjunto, es la *destinataria protegida* al activarse la cláusula de orden público del foro. Por el contrario, en la cláusula de igualdad de acceso, por razón de sexo, para pedir la disolución del vínculo matrimonial, los cónyuges son los *destinatarios protegidos* por la misma. La cláusula de igualdad de acceso se activa cuando la Ley material extranjera no permite a uno de los cónyuges, por motivo de sexo, acceder a la disolución del matrimonio en iguales condiciones que el otro cónyuge. 2º) *La causa de su activación.* La cláusula de orden público del foro se activa contra la aplicación del Derecho extranjero, frente al resultado que provoca la aplicación de esa Ley material extranjera que daña la organización moral y económica de la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto. Por el contrario, la cláusula de igualdad de acceso opera contra el contenido del Derecho extranjero. El tenor literal de la Ley sustantiva extranjera es lo que puede vulnerar la igualdad de acceso de los cónyuges, por razón de sexo, a la disolución de su vínculo matrimonial.

147. En sintonía con lo anterior, el legislador de la UE permite que se aplique la *Lex Fori* a un divorcio o separación judicial para el caso de que la Ley sustantiva extranjera a la que conduce la norma de conflicto del Reglamento 1259/2010 vulnere la igualdad de acceso de los cónyuges, por razón de

¹⁰³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 271-272 exponen que el art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010 no resulta aplicable a los siguientes supuestos: 1º) Los supuestos en los que los motivos de divorcio son más gravosos para la mujer por razón de su sexo, puesto que, la mujer tiene, al igual que el marido, “acceso al divorcio”. 2º) Los casos en los que los motivos de divorcio estén previstos, en exclusiva, en favor del marido. 3º) El supuesto de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

¹⁰⁴ SAP La Rioja, de 7 de abril de 2014 (JUR 2014\136298): “El Código de Familia marroquí o *Al Mudawana*, en sus artículos 78 y siguientes regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero, así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa solo con consentimiento del esposo (artículo 89), en cambio la esposa sólo puede solicitar per se el divorcio por una de las causas que previene el artículo 98 del Código de Familia, esto es, se exige la concurrencia de una de las seis causas que prevé el precepto si es la esposa la que solicita el divorcio sin consentimiento del esposo, en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación por razón de sexo resulta evidente. También se produce tal discriminación en cuanto a la mujer respecto a la previsión del divorcio revocable si se ha producido a iniciativa del marido, salvo los casos excepcionales que establece el Código de Familia, no cuando se ha producido el divorcio por iniciativa de la esposa (artículos 123 y 124)”.

género, a la disolución de su vínculo matrimonial. Ahora bien, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto se limita a la concesión o a la denegación de la disolución del vínculo matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010). Por esta razón, la *Lex Fori* reguladora del divorcio o de la separación judicial, ni perjudica ni beneficia a los cónyuges que solicitan la disolución de su vínculo matrimonial. Las cuestiones jurídicas que tengan que resolverse en el mismo proceso de divorcio, tales como la determinación de la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas del cónyuge no custodio, el uso de la vivienda familiar, el establecimiento de pensiones alimenticias o de una pensión compensatoria, se rigen por la normativa reguladora de cada una de las figuras.

148. No obstante, los cónyuges pueden verse perjudicados por la aplicación a su divorcio de la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, en el caso de que su sentencia no produzca efectos jurídicos en el país en el que *originariamente* la norma de conflicto localizó la situación privada internacional.

149. Por ejemplo, Abbas y Elmas, ambos nacionales marroquíes, contrajeron matrimonio en Casablanca (Marruecos). Abbas, después de contraer matrimonio, se traslada a vivir a España, mientras que, su esposa Elmas se queda en Casablanca (Marruecos). Abbas, después de más un año de residencia en España, interpone una demanda ante los tribunales españoles en la que solicita el divorcio. Pues bien, el tribunal español se declara competente para conocer del asunto por el foro de la residencia habitual del demandante, puesto que, Abbas ha residido en España durante al menos un año, inmediatamente antes de presentar su demanda (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica al divorcio la Ley del país de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). El divorcio se rige por la Ley sustantiva marroquí.

Ahora bien, en el hipotético caso de que el tribunal español considere que el Derecho sustantivo marroquí vulnera el Derecho de igualdad de acceso de los cónyuges al divorcio, por razón de género, éste aplicará al asunto la Ley material española (*vid.* art. 10 Reg. 1259/2010). La sentencia española de divorcio de dos marroquíes dictada con arreglo a la Ley española puede no producir efectos jurídicos en Marruecos, país en el que *originariamente* localizaba la norma de conflicto la situación privada internacional.

150. En particular, la aplicación en España del Derecho sustantivo marroquí no vulnera el Derecho de igualdad de acceso de los cónyuges al divorcio, por razón de género. El Código marroquí de la Familia contempla la posibilidad de que tanto el marido como la mujer, de mutuo acuerdo, o no, puedan poner fin a su matrimonio a través de la institución jurídica del repudio, siempre bajo control judicial. Ahora bien, la esposa únicamente podrá ejercer el derecho a repudiar a su esposo, por compensación económica o si su marido le cedió tal derecho. No obstante, el Código de Familia marroquí también contempla la disolución del acuerdo matrimonial a través de la figura del divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges y del divorcio por otras causas a instancia de la esposa.

El hecho de que, en el Derecho marroquí, cada cónyuge disponga de una vía distinta para pedir la disolución de su vínculo matrimonial, no produce una discriminación por razón de género en el acceso al divorcio. Ambos cónyuges tienen la facultad de solicitar el divorcio ante una autoridad competente.

2º) Activación de la cláusula de orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010)

151. La cláusula de orden público del foro opera si la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto produce un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 12 Reg. 1259/2010). La cláusula de orden público del foro se activa contra el resultado de la aplicación del Derecho extranjero en el Estado miembro del foro y no contra el contenido de ese Derecho. El resultado que provoca la aplicación de la Ley sustantiva extranjera es lo que puede vulnerar el orden público internacional del foro porque es lo que genera un daño a la organización moral y económica de la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto.

152. En este sentido, el tribunal competente para conocer del caso puede descartar la aplicación de dicha Ley sustantiva extranjera porque su aplicación, al supuesto concreto, vulnera los principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de ese Estado. El tribunal que conoce del asunto tiene que decidir si la aplicación de la Ley material extranjera al caso concreto resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro. La incompatibilidad es manifiesta cuando, en el caso concreto, la *convivencia* entre la Ley sustantiva extranjera y los principios fundamentales del Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto es imposible. En consecuencia, el hecho de que una institución jurídica propia de Derecho extranjero no exista o se regule de modo distinto en el Derecho extranjero y en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, no significa que, necesariamente, tenga que activarse la cláusula de orden público del foro¹⁰⁵.

153. Pues bien, en el supuesto de que tenga que operar la cláusula de orden público del foro, el precepto señala que se descarta la aplicación de la Ley sustantiva extranjera que resulte contraria a los principios fundamentales que integran la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto. Sin embargo, dicho precepto no indica la Ley de qué Estado debe regular el caso concreto ante la exclusión de la Ley material extranjera (*vid.* art. 12 Reg. 1259/2010). En consecuencia, las normas de producción interna de cada Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010 determinarán qué Ley estatal regirá el caso concreto ante la inaplicación de la Ley sustantiva extranjera vulneradora del orden público del foro.

154. Por ejemplo, Abdel y Mahasin, ambos nacionales marroquíes, contrajeron matrimonio en Fez (Marruecos). Abdel, después de contraer matrimonio, se traslada a vivir a España, mientras que, su esposa Mahasin se queda en Fez (Marruecos). Abdel, después de más un año de residencia en España, interpone una demanda ante los tribunales españoles en la que solicita repudiar a su mujer. Pues bien, el tribunal español se declara competente para conocer del asunto por el foro de la residencia habitual del demandante, puesto que, Abdel ha residido en España durante al menos un año, inmediatamente antes de presentar su demanda (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica al repudio la Ley del país de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). El repudio se rige por la Ley sustantiva marroquí.

De conformidad con lo establecido en el Código marroquí de la Familia, la institución legal del repudio puede no disolver el vínculo del matrimonio de manera definitiva e inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*talaq hasan*). Por tanto, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. Durante este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa sin necesidad de que siempre concurra consentimiento por parte de la mujer.

En consecuencia, en este caso, la Ley sustantiva marroquí resulta contraria al orden público internacional español. El ordenamiento jurídico español establece que la disolución del vínculo matrimonial se caracteriza por su invariabilidad (*ATS* 21 abril 1998¹⁰⁶, *ATS* 3 abril 2001¹⁰⁷). Se pone fin al matrimonio de manera definitiva e irrevocable, por lo que la subsistencia de ése vínculo no puede someterse a la libre disposición de uno de los cónyuges. Uno de los cónyuges, *motu proprio*, no puede regresar al anterior estado marital porque ello vulnera la estabilidad del estado civil de las personas (art. 14 CE y art. 66 CC).

3. Efectos en España de resoluciones judiciales de repudio dictadas por una autoridad competente marroquí

155. Las resoluciones sobre repudio dictadas en Marruecos por la autoridad marroquí competente pueden producir efectos jurídicos en España, siempre que dicha resolución extranjera se ajuste a los

¹⁰⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, p. 533.

¹⁰⁶ *ROJ* 477/1998

¹⁰⁷ *ROJ* 990/2001

requisitos que exige el Convenio relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos o, en defecto de su aplicación, al sistema de condiciones recogido en el art. 954 LEC 1881.

A) Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa

156. La concesión o denegación del reconocimiento y en su caso del *exequatur*, en España, de una resolución marroquí de disolución del vínculo matrimonial por *Talaq*, se determina conforme a los preceptos del Título III “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos” del Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa¹⁰⁸.

157. El Tribunal de Primera Instancia de cada uno de los Estados contratantes es competente para conceder el derecho de ejecución de la resolución de *Talaq*, a solicitud de la parte interesada y según la legislación del Estado en el que se solicite dicha ejecución (art. 25 Convenio)¹⁰⁹. La parte que solicite el reconocimiento o *exequatur* de la resolución judicial marroquí de repudio tiene que presentar una copia de la resolución que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad, el original del documento de notificación de la resolución, una certificación del secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso de apelación y una copia certificada de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía (art. 28 Convenio).

158. Una vez presentados los documentos indicados con anterioridad, el Tribunal de Primera Instancia competente tiene la obligación de controlar, de oficio, si la resolución judicial cuyo reconocimiento o *exequatur* se pide, reúne las condiciones que le son exigidas de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio. Pues bien, este Convenio señala que las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados contratantes tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado siempre que se cumplan las condiciones siguientes (art. 23 Convenio): 1º) La resolución tiene que haber sido dictada por un órgano jurisdiccional competente según las normas del país en el que se dictó la resolución. 2º) Las partes tienen que haber sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes en el proceso. 3º) La resolución extranjera tiene que ser firme según la Ley del Estado en el que ha sido dictada. 4º) La resolución extranjera de origen no puede contener disposiciones que resulten contrarias al orden público internacional del Estado en el que se solicita la ejecución, ni a los principios de Derecho internacional que sean aplicables en el mismo, ni puede resultar contraria a una resolución judicial firme dictada en ese mismo Estado. 5º) Que no exista litispendencia.

159. La resolución judicial de repudio marroquí que cumpla los requisitos anteriores obtendrá el reconocimiento o el *exequatur*, lo que significa que puede generar efectos jurídicos en España.

B) Sistema de condiciones

160. En el caso de que no se aplique el Convenio internacional celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

¹⁰⁸ Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (RCL 1997/1606) (BOE núm. 151 de 25 de junio), que entró en vigor el día 1 de julio de 1999. Las disposiciones de este Convenio no resultan aplicables a las resoluciones dictadas en (art. 22.2 Convenio): a) materia testamentaria y sucesoria; b) materia de quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, conciertos y convenios análogos entre deudores y acreedores; c) materia de seguridad social, tal y como está definida en el Convenio hispano-marroquí relativo a la seguridad social de 8 de noviembre de 1979; d) en caso de medidas cautelares y provisionales, con la salvedad de las resoluciones dictadas en materia de alimentos.

¹⁰⁹ En la misma línea, acompañan a dicha afirmación el ATS 23 noviembre 1999 (RJ/1999/9911), ATS 14 noviembre 2000 (RJ/2000/9581).

extranjeras, resulta necesario aplicar, en ausencia de reciprocidad negativa (arts. 952-953 LEC 1881), el régimen general de condiciones (art. 954 LEC 1881). El sistema de condiciones permite que una resolución judicial extranjera obtenga el reconocimiento / *exequatur* en España siempre que la misma se ajuste a los requisitos de regularidad internacional que pide la LEC 1881.

161. El Juzgado de Primera Instancia español competente tiene que controlar, de oficio, el cumplimiento de las condiciones del art. 954 LEC 1881. Ahora bien, el sistema de condiciones sólo es aplicable a las sentencias. “Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos” (art. 951 LEC 1881). Una sentencia, según el Tribunal Supremo y a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881, es una resolución judicial extranjera firme sobre un procedimiento contencioso y relativa a materias de Derecho privado (ATS 16 octubre 1961).

162. En primer lugar, el Juzgado de Primera Instancia español competente ante el que se presenta la resolución extranjera para obtener el reconocimiento/*exequatur* tiene que controlar, de oficio, que dicha resolución extranjera encaja en el concepto de “sentencia” indicado con anterioridad. La resolución extranjera debe haber sido dictada por una autoridad pública extranjera revestida de potestad de *imperium*. Pues bien, en el Derecho marroquí, el acto de repudio puede realizarse ante el notario (*adul*) en presencia de los esposos, refrendados por una autoridad judicial (art. 179 Código marroquí de Procedimiento Civil). La cuestión consiste en precisar si la resolución de repudio marroquí encaja, o no, en el concepto de sentencia proporcionado por el Tribunal Supremo, a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881. Una resolución extranjera puede acceder al procedimiento español de reconocimiento/*exequatur* con independencia de la denominación del órgano que dicta la resolución: autoridad registral o administrativa, notario o *adul*, etc (ATS 7 julio 1998¹¹⁰, ATS 13 octubre 1998¹¹¹, ATS 24 noviembre 1998¹¹², ATS 8 febrero 2005¹¹³). Ahora bien, la autoridad extranjera tiene que desarrollar, de la misma manera que despliegan los tribunales españoles, una función constitutiva en ejercicio de su potestad de *imperium*. Por esta razón, si en el Derecho marroquí el notario (*adul*) se limita a dar fe de un acuerdo privado de divorcio, pactado entre los esposos, la resolución que los cónyuges obtengan no podrá acceder al trámite del reconocimiento/*exequatur* en España. No obstante, si dicho notario (*adul*) desarrolla, en el Derecho marroquí, la función por la que comprueba el ajuste de los hechos a la Ley, en ejercicio de su potestad de *imperium*, la resolución extranjera de repudio podrá acceder, en España, al trámite del reconocimiento/*exequatur*.

163. Además, la resolución dictada por una autoridad extranjera revestida de potestad de *imperium* tiene que ser firme. Una resolución extranjera es firme desde el momento en el que no es susceptible de ulterior recurso ni modificación en el Estado del país cuyas autoridades conocieron del asunto. En particular, el *Talaq tradicional* es *revocable* (*Talaq al-sunna*) cuando el marido realiza una o tres declaraciones de repudiación de la mujer en uno o tres períodos de pureza de la mujer en el que no mantengan relaciones sexuales. El pronunciamiento de este tipo de repudio trae por consecuencia la suspensión voluntaria de las relaciones sexuales durante tres meses. En el *Talaq al-sunna* la disolución del vínculo del matrimonio no es inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*Talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*Talaq hasan*). Por esta razón, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. En este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa. En consecuencia, la resolución extranjera que se pronuncie sobre un repudio *revocable*, no es considerada una

¹¹⁰ ATS 7 julio 1998, RJ 1998/6087: concesión de *exequatur* a un acta notarial de divorcio de mutuo acuerdo entre español y cubana.

¹¹¹ ATS 13 octubre 1998, RJ 1998/7669: otorgamiento de reconocimiento a una licencia para la obtención de un divorcio de común acuerdo, dictada por el Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos de Islandia.

¹¹² ATS 24 noviembre 1998, RJ 1998/9226: concesión de *exequatur* a un divorcio de mutuo acuerdo pronunciado por la autoridad municipal de Japón.

¹¹³ ATS 8 febrero 2005, RJ 2005/95351: *exequatur* de una resolución de divorcio dictada por el Encargado del Registro Civil de Ucrania.

sentencia firme y, por ello, no puede acceder al trámite español de reconocimiento/*exequatur* (ATS 23 julio 1996¹¹⁴). No obstante, transcurridos los tres meses sin que exista retractación por parte del marido, la disolución del vínculo matrimonial es válida y retrotrae sus efectos al momento en el que tuvo lugar el pronunciamiento de repudio. El repudio adquiere un carácter irrevocable. En este caso, la resolución extranjera se dicta sobre un repudio irrevocable y es considerada una sentencia firme, por lo que puede acceder al trámite, en España, de reconocimiento/*exequatur* (ATS 21 abril 1998¹¹⁵).

164. Una vez que el Juzgado de Primera Instancia español ha comprobado que la resolución extranjera puede acceder al trámite de reconocimiento/*exequatur*, tiene que controlar, obligatoriamente y de oficio, que se cumplen todas las condiciones exigidas en el art. 954 LEC 1881: a) Primera condición: Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal (art. 954.1 LEC 1881). b) Segunda condición: Que [la ejecutoria] no haya sido dictada en rebeldía (art. 954.2 LEC 1881). c) Tercera condición: Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España (art. 954.3 LEC 1881). d) Cuarta condición: Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en la que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las Leyes españolas requieren para que haga fe en España (art. 954.4 LEC 1881).

165. Resulta oportuno centrar ahora el análisis jurídico de la tercera condición del art. 954 LEC 1881, relativa a la activación de la cláusula de orden público internacional español.

166. Una sentencia extranjera no podrá surtir efectos jurídicos en España, si su reconocimiento/*exequatur* produce un resultado contrario a los principios que integran el orden público internacional español. El reconocimiento/*exequatur* de una resolución judicial extranjera no puede causar un daño grave a los principios fundamentales que garantizan la estructura jurídica de la sociedad española. El orden público internacional español opera siempre con carácter restrictivo a la luz de las concretas circunstancias del asunto y para el caso de que éste conduzca a un resultado manifiestamente incompatible e inadmisibles respecto a los principios actuales que inspiran la cohesión jurídica de la sociedad española.

167. Ahora bien, la cláusula de orden público internacional no opera por el hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley estatal distinta de la que el juez español hubiera aplicado al mismo caso. El Juzgado de Primera Instancia español no puede activar la cláusula de orden público internacional español y rechazar el reconocimiento/*exequatur* de una resolución marroquí de repudio por el hecho de que la autoridad marroquí aplicara al litigio una Ley material distinta de la que, al mismo caso, habría aplicado el juez español. El Juzgado de Primera Instancia español no tiene que controlar qué Ley estatal aplicó la autoridad marroquí al repudio. La autoridad marroquí se declaró competente para conocer del repudio según sus foros de competencia judicial internacional y aplicó al litigio la Ley del país que designaran las normas de conflicto de Derecho internacional privado marroquí. Por esta razón, el Juzgado de Primera Instancia español debe ser consciente de que su actividad se limita a controlar si el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí que concede el repudio, válidamente constituido en Marruecos, produce un resultado contrario al orden público internacional español.

168. El orden público internacional español interviene, con frecuencia, en los casos en los que la resolución extranjera de repudio vulnera el principio constitucional de igualdad respecto a los derechos y deberes del marido y la mujer (art. 14 CE, art. 66 CC y *SAP Murcia* 12 mayo 2003¹¹⁶) o si la causa por la que se otorgó el divorcio en el extranjero resulta contraria a la dignidad de la persona o a sus Derechos

¹¹⁴ ATS 23 julio 1996, *RJ* 1998/2907: denegación del reconocimiento a un acta de divorcio otorgada ante dos Notarios en Marruecos por no ser firme la resolución a reconocer.

¹¹⁵ ATS 21 abril 1998, *RJ* 1998/3563: otorgamiento del reconocimiento a un acta de divorcio no revocable otorgada por un Notario en El Cairo.

¹¹⁶ *SAP Murcia* 12 de mayo de 2003, *AC/2003/1676*

fundamentales. El mecanismo del orden público internacional se activa ante la vulneración de un Derecho Humano que tiene su base en el principio de igualdad entre el hombre y la mujer¹¹⁷.

169. Los Derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española no se aplican *erga omnes* a todas las controversias jurídicas, cualesquiera que sean los litigantes y los hechos del caso y con independencia del lugar en el que los actos se hayan verificado¹¹⁸. Ahora bien, son las normas de Derecho internacional privado y no la Constitución Española, las que indican la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. En este sentido, sólo si las normas españolas de Derecho internacional privado conducen a la aplicación de la Ley sustantiva española, la Constitución Española también será aplicable a la situación privada internacional. No obstante, en el caso de que la situación privada internacional se regule por un Derecho material extranjero, en España, que vulnere los Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Española, se activará la cláusula de orden público internacional español para evitar la aplicación de ese Derecho sustantivo extranjero.

170. Pues bien, la cuestión que se plantea consiste en determinar qué sucede si, a pesar de que se vulnere el Derecho fundamental a la igualdad de los cónyuges, la esposa pretende obtener, en España, el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí de repudio. Resulta necesario concretar si la pretensión de la esposa demandante del reconocimiento/*exequatur* faculta al Juzgado de Primera Instancia español para no activar la cláusula de orden público internacional, aun cuando la resolución marroquí de repudio produzca un resultado contrario a los principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad española.

171. Algún autor¹¹⁹ considera que el Juzgado de Primera Instancia español no tiene que activar la cláusula de orden público internacional en el caso de que la esposa, cuyo derecho ha sido vulnerado, manifieste su conformidad con el repudio, porque desaparece la situación de desigualdad de los cónyuges. No obstante, otro autor¹²⁰ estima que el Juzgado de Primera Instancia español tiene que decidir, caso por caso, si la intervención del orden público internacional español puede impedir el derecho de una esposa repudiada a obtener una tutela judicial efectiva en defensa de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 CE). En opinión de este autor, el tribunal español tiene que ponderar, según el caso concreto, la importancia del derecho fundamental a la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 14 CE) y el derecho fundamental de la esposa repudiada a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

172. Pues bien, en ocasiones, se solicita a la autoridad competente que otorgue el reconocimiento/*exequatur* a una resolución extranjera de repudio con la finalidad de evitar el surgimiento de situaciones matrimoniales claudicantes en las que ambos cónyuges puedan verse perjudicados¹²¹. Por esta razón, el mecanismo del orden público atenuado u orden público de proximidad incorpora la dosis de flexibilidad necesaria para el respeto de la diversidad cultural y de la seguridad jurídica¹²².

¹¹⁷ C. STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 728.

¹¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 72-75.

¹¹⁹ N. MARCHAL ESCALONA, "El repudio ante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376, esp. p. 370 considera que no debe intervenir la cláusula de orden público internacional para los casos en los que es la mujer la que solicita el reconocimiento de la sentencia extranjera de repudio.

¹²⁰ A. FERNÁNDEZ-CORONADO, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 125-156, esp. p. 151.

¹²¹ J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France : aspects de Droit international privé » en *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Karthala, París, 1996, pp. 113 y ss.

¹²² P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public International face à la polygamie et à la répudiation", *Mélanges en l'honneur de F. Rigaux*, nº 2, 1993, pp. 263-282 realiza un estudio de los efectos que produce el fenómeno del orden público internacional atenuado en el repudio en Francia; C. STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 721.

173. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que el acta de repudio marroquí puede producir efectos jurídicos en España si es la mujer repudiada la que solicita el reconocimiento/*exequatur* de dicha resolución. En el caso hipotético de que el Tribunal Supremo denegara a la esposa demandante el reconocimiento/*exequatur* de la resolución de repudio válidamente dictada en el extranjero, la mujer quedaría en situación de grave perjuicio. Ella estaría divorciada en su país de origen pero seguiría casada en España. Esta situación le obligaría a instar un proceso de divorcio en España. En consecuencia, la esposa obtendría el mismo resultado –la disolución de su vínculo matrimonial–, pero a través de dos cauces distintos: la concesión del reconocimiento/*exequatur* de la resolución de repudio dictada en el extranjero, o bien, la incoación de un proceso de divorcio en España. Así las cosas, en este supuesto, el principio constitucional de igualdad de los cónyuges no puede primar siempre respecto de las circunstancias que condicionan el asunto concreto (ATS 21 abril 1998¹²³).

174. Además de los supuestos indicados con anterioridad, también se activa, frecuentemente, la cláusula de orden público internacional para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio que presente carácter revocable a voluntad del varón o, respecto de aquellos supuestos en los que el Derecho aplicable al divorcio prevé, en exclusiva, un divorcio que se obtiene por la voluntad de las partes sin que resulte exigible la intervención de una autoridad.

175. Sin embargo, no puede activarse la cláusula de orden público internacional español en el caso de que la Ley extranjera admita el divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges, sin que exista causa objetiva de divorcio, porque el Derecho español lo permite. Pues bien, el Derecho marroquí admite que el matrimonio se disuelva a petición de uno sólo de los cónyuges o de ambos de mutuo acuerdo. El marido puede ejercitar la acción de repudio sobre su esposa sin necesidad de acreditar la concurrencia de una causa determinada. La mujer también puede ejercitar el derecho de repudio sobre su esposo, pero únicamente si el marido le ha cedido previamente ese derecho o por compensación económica. No obstante, la mujer también podrá pedir el divorcio ante la autoridad marroquí si concurre alguna de las causas previstas en el Código marroquí de la Familia (art. 98 CF).

C) Inscripción del acta de repudio marroquí en el Registro Civil español

176. El acto de repudio, con independencia de que se ejercite unilateralmente por uno de los cónyuges o por ambos de mutuo acuerdo, se legaliza a través de un acta expedida por dos Notarios (*adul*) en Marruecos (art. 80-82 CF). Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que un acta expedida por una autoridad pública fedataria extranjera revestida de potestad de *imperium* es equiparable, a efectos de inscripción en el Registro Civil español, a una sentencia judicial extranjera (ATS 12 mayo 1998, ATS 5 octubre 1999¹²⁴). La sentencia extranjera, para poder acceder al Registro Civil español, tiene que haber obtenido previamente el reconocimiento o, en su caso, el *exequatur* ante el Juzgado de Primera instancia español competente (art. 83 RRC¹²⁵).

177. Pues bien, se plantea la cuestión de determinar si la sentencia marroquí de repudio debe haber obtenido el reconocimiento o el *exequatur* para poder acceder al Registro Civil español. Si la sentencia marroquí de repudio se limita a constatar la disolución del vínculo matrimonial, ésta tiene que obtener el reconocimiento en España para poder acceder al Registro Civil español. Por el contrario, si la misma sentencia contiene pronunciamientos a ejecutar, se exige el *exequatur* para poder practicarse la inscripción en el Registro Civil español.

¹²³ ATS 21 abril 1998, RJ 1998/3563.

¹²⁴ ATS 12 mayo 1998, RJ 1998/4344; ATS 5 octubre 1999, RJ 1999/8021.

¹²⁵ Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *exequatur*, deberá ser previamente obtenido”.

IV. Conclusiones

178. Los flujos migratorios de sujetos procedentes de Marruecos son muy significativos. Esta situación provoca la emigración familiar de una cultura muy distinta a la de la UE, lo que incrementa el número de contenciosos judiciales de carácter familiar entre extranjeros en España. Tras el análisis valorativo de la aplicación del Derecho marroquí en la UE, las principales conclusiones del presente trabajo son las que siguen:

179. *Primera conclusión.* Los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE pueden encontrarse con el deber de dar una respuesta ante una demanda judicial de repudio, para garantizar el Derecho fundamental de los cónyuges a una tutela judicial efectiva. Sin embargo, el *status quaestionis* actual presenta un DIPr. europeo que no se pronuncia, de manera expresa, sobre el régimen jurídico aplicable a la institución legal de repudio, propia de los países islámicos. El repudio es una institución jurídica desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de cada Estado miembro.

No obstante, el tribunal del Estado miembro de la UE ante el que se ejercite la acción de repudio es el que tiene la obligación de calificar jurídicamente la pretensión del actor. La calificación del tribunal europeo determina qué norma de competencia judicial internacional es aplicable en materia de crisis matrimoniales y si dicha norma contiene un foro que le otorga competencia para conocer del asunto. En caso afirmativo, el tribunal competente, calificará jurídicamente, de nuevo, la pretensión del demandante para concretar la norma de conflicto de leyes aplicable al caso.

La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de competencia judicial internacional y por la norma de conflicto de leyes en materia de disolución del vínculo matrimonial, se *amplíe* para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico del país cuyos tribunales conocen del asunto. Por ello, el término “divorcio” debe *ampliarse* en la normativa de Derecho internacional privado de la UE para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio.

En efecto, las normas de Derecho internacional privado europeo que determinen el tribunal competente y la Ley reguladora de un divorcio internacional en Europa son también las normas aplicables a la institución legal del repudio marroquí. Esto es así, porque el Derecho internacional privado regula supuestos internacionales, desarrolla una función internacional y persigue objetivos internacionales. El Derecho internacional privado actúa en un escenario social de carácter internacional.

180. *Segunda conclusión.* Un acto de repudio judicial pronunciado en el extranjero produce efectos jurídicos en España. La cláusula de orden público internacional español opera, con frecuencia pero no siempre, en los casos en los que la resolución marroquí de repudio vulnera el principio constitucional de igualdad respecto a los derechos y deberes del marido y la mujer (art. 14 CE). El principio constitucional de igualdad de los cónyuges no puede primar siempre respecto de las circunstancias que condicionan el asunto concreto. En efecto, se utiliza el mecanismo del orden público internacional atenuado, en los casos en los que es la mujer repudiada la que solicita el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí. La finalidad es evitar el surgimiento de situaciones matrimoniales claudicantes en las que ambos cónyuges puedan verse perjudicados. Ella estaría divorciada en su país de origen pero seguiría casada en España. Esta situación le obligaría a instar un proceso de divorcio en España para obtener el mismo resultado que habría alcanzado con el reconocimiento de la resolución marroquí de repudio.

181. *Tercera conclusión.* Un acto de repudio extrajudicial pronunciado en el extranjero no puede producir, en ningún caso, efectos jurídicos en España. El repudio privado, que no consta en una “resolución judicial” ni tampoco en un “documento público”, no producirá efectos jurídicos en España. De una parte, si el repudio afecta a un ciudadano español, dicho repudio no podrá acceder al Registro Civil al no constar en documento público. De otra parte, si el repudio afecta a un ciudadano extranjero, no existe una autoridad pública que pueda declararse competente para disolver el matrimonio.

Además, la cláusula de orden público internacional español se activa, siempre, para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio que presente carácter revocable a

voluntad del varón y, también, respecto de aquellos supuestos en los que el Derecho aplicable al divorcio prevé, en exclusiva, un divorcio que se obtiene por la voluntad de las partes sin que resulte exigible la intervención de una autoridad.

182. Reflexión final. El Derecho internacional privado de la UE no está enrocado en sí mismo, sino que está preparado para afrontar “realidades jurídicas islámicas”. El Derecho internacional privado de la UE dispone de herramientas y técnicas, propias, que le permiten dar una respuesta jurídica adecuada a situaciones privadas internacionales controvertidas, desconocidas en la cultura occidental. En efecto, los reglamentos de la UE recogen conceptos jurídicos amplios propios del Derecho de la UE y que contienen normas uniformes de conflicto de leyes. Ello permite que tales reglamentos puedan aplicarse por los tribunales de los Estados miembros a situaciones privadas internacionales que proceden de países con concepciones jurídico-culturales muy distintas. De ese modo, la tutela judicial efectiva resulta potenciada y los particulares que se encuentran en el espacio judicial europeo encuentran soluciones eficientes de DIPr., por muy lejanos que sean los modelos culturales y jurídicos de sus países de origen.

SPUNTI IN TEMA DI RICONOSCIMENTO DI ADOZIONI OMOPARENTALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

GIULIA ROSSOLILLO
Professore straordinario
Università di Pavia

Recibido: 22.07.2014 / Aceptado: 29.07.2014

Riassunto: L'ordinamento italiano è uno dei pochi in Europa a non prevedere alcuna disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso, e a negare il riconoscimento alle unioni di questo genere registrate all'estero. La mancata previsione di una disciplina delle unioni omosessuali comporta necessariamente che l'adozione sia aperta solo alle coppie eterosessuali, dal momento che all'adozione sono ammesse solo coppie legate dal vincolo matrimoniale. È tuttavia difficile giustificare il mancato riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali decise all'estero: in tali ipotesi, infatti, a venire in gioco non è esclusivamente l'interesse dei *partners* dello stesso sesso, bensì un ruolo di importanza fondamentale è giocato dal principio della tutela del superiore interesse del minore, che in caso di mancato riconoscimento del vincolo di adozione verrebbe fortemente pregiudicato.

Parole chiave: Partnerships registrate. Matrimoni tra persone dello stesso sesso. Adozioni omoparentali. Riconoscimento. Superiore interesse del minore.

Abstract: Italy, like few States in Europe, doesn't allow same-sex couples to establish a civil partnership or to marry, nor it recognizes same-sex partnerships or marriages registered/celebrated abroad. As a consequence, the right to adopt is denied to same-sex couples, as only married couples can adopt. It is however difficult to find a justification for non recognition in Italy of adoptions performed abroad: in this case not only the interest of same-sex partners, but the best interest of the child is at stake, which the non-recognition of the parental relationship would seriously undermine.

Key Words: Registered partnerships. Same-sex marriages. Same-sex adoptions. Recognition. Best interest of the child.

Sommario: I. Introduzione – II. Gli orientamenti generali delle legislazioni che prevedono forme di unioni tra persone dello stesso sesso: l'atteggiamento restrittivo nei confronti delle adozioni omoparentali – III. L'impossibilità di dedurre dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia un obbligo di riconoscimento delle unioni omosessuali e le aperture in materia di adozione – IV. Il superiore interesse del minore come criterio-guida e i risultati paradossali ai quali conducono parametri di valutazione differenti – V. Le pronunce italiane in materia di affidamento e il superamento del pregiudizio nei confronti delle famiglie omoparentali.

I. Introduzione

1. La dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 164 del 1982, relativi alla cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, pone nuovamente al centro del dibattito la questione dell'introduzione nell'ordinamento italiano di forme di unione tra persone dello stesso sesso. Come sottolineato dalla Corte costitu-

zionale¹, in effetti, non essendo possibile, mediante una pronuncia manipolativa, sostituire il divorzio automatico con un divorzio a domanda «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.», «sarà ... compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti».

2. A distanza di quattro anni dalla sentenza 138 del 2010², la pronuncia sembra confermare da un lato che, data la diffusione di tali forme di unione in numerosi Paesi europei, diviene sempre più difficoltoso per il legislatore italiano non affrontare la questione delle unioni tra persone dello stesso sesso, dall'altro che è appunto solo attraverso un intervento legislativo che le coppie omosessuali potranno trovare una forma di riconoscimento, non potendosi dedurre dal diritto internazionale o dell'Unione europea (e in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea) alcun obbligo di prevedere tali unioni o di riconoscerle se celebrate all'estero. Nell'attesa che tale intervento legislativo si realizzi, l'ordinamento italiano rimane uno dei pochi in Europa a non consentire la registrazione/celebrazione alcuna forma di unione omosessuale e a negare dunque il riconoscimento alle unioni di tal genere concluse all'estero.

3. Mentre la mancanza nel nostro ordinamento di forme di unione familiare non tradizionali è stata ed è oggetto di ampio dibattito in dottrina³, un profilo meno studiato è quello concernente la possibilità per le coppie omosessuali di accedere all'adozione. Se tale profilo non viene in considerazione nel nostro ordinamento direttamente, dal momento che dall'impossibilità di creare forme di unione familiare tra persone del medesimo sesso e dall'apertura dell'adozione unicamente alle coppie unite in matrimonio discende l'impossibilità per le coppie omosessuali di adottare, sul piano del riconoscimento di situazioni venutesi a creare all'estero la questione assume rilevanza. È ben possibile, infatti, che cittadini di Stati che ammettono adozioni omoparentali adottino un minore nel loro ordinamento di origine e, trasferitisi in Italia, chiedano il riconoscimento del provvedimento nel nostro ordinamento, o che cittadini italiani sfruttino la possibilità di effettuare un'adozione omoparentale all'estero e tornino poi in Italia con i minori adottati.

II. Gli orientamenti generali delle legislazioni che prevedono forme di unioni tra persone dello stesso sesso: l'atteggiamento restrittivo nei confronti delle adozioni omoparentali

4. Anche negli ordinamenti che fin dagli anni '90 hanno riconosciuto la possibilità per le persone dello stesso sesso di entrare a far parte di un'unione registrata, l'atteggiamento nei confronti delle adozioni omoparentali è stato piuttosto prudente. Da un lato, infatti, la possibilità per i *partners* omoses-

¹ Corte costituzionale, sentenza 170/2014, dell'11.6.2014.

² Corte costituzionale, sentenza 138/2010, del 14.4.2010, nella quale la Corte, pur riconoscendo che la nozione di 'formazione sociale' di cui all'articolo 2 Cost. include «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone ... il riconoscimento giuridico», sottolinea che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni».

³ Sul punto v. tra gli altri R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010; M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, 2010; E. CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, 2009; e, per quanto riguarda i profili internazionalprivatistici della questione, analizzati dal punto di vista dell'ordinamento italiano: N. BOSCHIERO, "Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *RDI*, 2007, p. 50 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012; S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007.

suali di adottare - quando prevista - è stata generalmente introdotta in un momento successivo rispetto a quello dell'apertura dell'ordinamento a forme di unione familiare non tradizionali; dall'altro, alcuni ordinamenti hanno ammesso unicamente la possibilità per uno dei partners di adottare i figli dell'altro, escludendo invece che la coppia omosessuale possa accedere ad un'adozione congiunta⁴. Emblematico è il caso della Danimarca, primo Stato a prevedere unioni registrate tra persone dello stesso sesso: mentre il *Danish Registered Partnership Act* risale al 1989⁵, solo nel 1999⁶ è stata prevista la possibilità per uno dei partner di adottare il figlio dell'altro; mentre è del 2010⁷ la legge che introduce la possibilità di adozione congiunta anche da parte di coppie omosessuali. L'apertura del matrimonio a persone dello stesso sesso⁸ ha poi comportato l'abrogazione delle norme ora citate e l'equiparazione, nell'ambito del matrimonio, dei diritti delle coppie omosessuali - anche dal punto di vista della possibilità di adottare - a quelli delle coppie eterosessuali. Un'evoluzione simile si è verificata nei Paesi Bassi e in Svezia, Stati che, come quello danese, hanno introdotto dapprima forme di unioni omosessuali distinte dal matrimonio⁹ - le *partnerships* registrate o unioni civili - e in un secondo momento hanno aperto l'istituto del matrimonio anche alle persone del medesimo sesso¹⁰. In entrambi i casi, infatti, come avvenuto in Danimarca, la possibilità di adottare è stata prevista solo in un momento successivo a quello dell'introduzione nell'ordinamento di forme di unione omosessuale registrate¹¹.

5. Ad oggi, circoscrivendo l'indagine agli Stati membri dell'Unione europea, gli ordinamenti che si limitano a prevedere per le coppie omosessuali forme di unione differenti dal matrimonio¹² escludono generalmente - ad eccezione di Malta¹³ - la possibilità per detti soggetti di accedere all'adozione congiunta; mentre l'adozione da parte di un partner dei figli dell'altro è ammessa dagli ordinamenti tedesco¹⁴, finlandese¹⁵ e austriaco¹⁶ (in Slovenia tale tipo di adozione era stato previsto con legge del 2011, abrogata poi l'anno successivo tramite redefendum). Quanto agli ordinamenti che hanno accolto una

⁴ Con l'espressione "adozione congiunta" si vuole intendere un'adozione piena, legittimante, da parte di entrambi i partners, che recide i legami del minore con la sua famiglia di origine.

⁵ Lov om registeret partnerskab, del 7.6.1989. Sull'evoluzione della disciplina danese in materia v. C. G. Jeppesen de Boer, A. Kronborg, *National Report: Denmark*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2012, p. 113 ss.

⁶ Lov om ændring af betingelserne for indgåelse af registreret partnerskab og stedbarnsadoption for registrerede partnere, del 2.6.1999.

⁷ Lov om ændring af lov om registreret partnerskab, lov om en børnefamilieydelse og lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag (Udvidet adgang for registrerede partnere til adoption og overførsel af forældremyndighed), del 26.5.2010.

⁸ Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab, del 13.6.2012. La legge ha vietato la registrazione di nuove *partnerships*, consentendo al contempo ai soggetti già uniti da una *registered partnership* di convertirla in matrimonio.

⁹ Per quanto riguarda l'ordinamento svedese, la possibilità di registrare una *partnership* tra persone dello stesso sesso è stata introdotta nel 1994 (Lag om registrerat partnerskap, del 23.6.1994), mentre la legge olandese in materia è del 1997 (Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Verband met opneming daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, del 5.7.1997).

¹⁰ I Paesi Bassi sono stati il primo paese ad introdurre nel proprio ordinamento i matrimoni tra persone dello stesso sesso (Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, del 21.12.2000), mentre in Svezia il matrimonio è stato aperto alle coppie omosessuali solo nel 2009. In quest'ultimo ordinamento, peraltro, come in Danimarca, la legge che ha riformato la nozione di matrimonio ha abrogato gli atti precedenti relativi alle *registered partnerships*, consentendo ai soggetti che avessero registrato una *partnership* di convertirla in matrimonio e vietando la registrazione di nuove *partnerships*.

¹¹ Nei Paesi Bassi la possibilità per le coppie di persone dello stesso sesso unite in matrimonio di adottare era inizialmente limitata all'adozione interna. Solo nel 2005 la legge è stata modificata per consentire l'adozione internazionale.

¹² Finlandia, Irlanda, Repubblica ceca, Ungheria, Austria, Malta, Germania.

¹³ Civil Union Act, 14.4.2014. La legge equipara le unioni ai matrimoni, consentendo ai partners anche l'adozione congiunta.

¹⁴ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 16.2.2001.

¹⁵ La possibilità per uno dei partners di adottare i figli dell'altro è stata introdotta nel 2009 a modifica della legge istitutiva delle *partnerships*, del 2001 (Laki rekisteröideystä parisuhteesta n. 950).

¹⁶ Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, 30.12.2009.

nozione di matrimonio indipendente dal sesso dei coniugi¹⁷, ad eccezione del Portogallo¹⁸ (ordinamento nel quale ai coniugi del medesimo sesso è preclusa l'adozione), dal punto di vista della possibilità di adottare, la situazione dei coniugi dello stesso sesso è totalmente equiparata a quella dei coniugi di sesso differente. Qualora infine accanto al matrimonio omosessuale permanga la possibilità di registrare una *partnership*, le soluzioni adottate relativamente alla possibilità per i partners di adottare sono differenti: mentre in Francia¹⁹ ai soggetti uniti in un *PACS* è preclusa l'adozione *tout court* e in Lussemburgo²⁰ l'adozione congiunta, in Belgio²¹, Regno Unito²² e Olanda il vincolo di *partnership*, dal punto di vista della possibilità di adottare, è equiparato a quello matrimoniale.

6. La difficoltà riscontrata in molti ordinamenti ad accettare l'apertura dell'adozione anche alle coppie omosessuali, senza dubbio fondata sull'idea che sia la famiglia composta da genitori di sesso diverso l'unica a poter garantire al minore un ambiente favorevole nel quale crescere, sembra tuttavia destinata ad attenuarsi nei confronti delle adozioni venutesi a creare in un ordinamento straniero. Se è infatti perfettamente legittimo che un ordinamento non ammetta la costituzione al suo interno di un rapporto di adozione omoparentale, più difficile è negare il riconoscimento a un rapporto già creatosi in un altro ordinamento, in considerazione del fatto che in tale ipotesi sarebbe l'interesse del minore coinvolto nell'adozione ad essere pregiudicato. Come vedremo, nonostante un obbligo di riconoscimento del rapporto di adozione non sia stato espressamente affermato né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, né dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, vari elementi sembrano spingere in questa direzione. Paradossalmente, pertanto, mentre sul piano della creazione del rapporto i legislatori nazionali anche di Stati che prevedono unioni tra persone dello stesso sesso hanno avuto un atteggiamento di diffidenza nei confronti delle adozioni omoparentali, sul piano del riconoscimento dei rapporti già formati, l'attribuzione di efficacia ad adozioni omoparentali straniere sembra imporsi anche ad ordinamenti che al legame tra persone del medesimo sesso non attribuiscono alcuna rilevanza giuridica.

III. L'impossibilità di dedurre dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia un obbligo di riconoscimento delle unioni omosessuali e le aperture in materia di adozione

7. Nonostante il diritto di famiglia sia una materia rimasta essenzialmente di competenza statale, le incursioni del diritto dell'Unione europea e delle norme internazionali poste a tutela dei diritti fondamentali in tale ambito, e dunque l'influenza che le fonti sovranazionali esercitano sulle scelte dei legislatori nazionali, sono divenute negli anni sempre più frequenti. Il diritto dell'Unione europea, in primo luogo, per garantire la realizzazione delle libertà di circolazione previste dai Trattati, considera contrarie al diritto dell'Unione tutte quelle normative nazionali, anche di diritto di famiglia, che siano idonee ad ostacolare in qualche misura il godimento della libertà di circolazione da parte dei cittadini dell'Unione e che non siano giustificate da esigenze imperative, ponendo in questo modo un limite alle scelte di politica legislativa degli Stati membri, almeno per quanto riguarda i rapporti intracomunitari. A ciò si aggiunga che l'attribuzione di carattere vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del Trattato di Lisbona ha dotato l'Unione di ulteriori strumenti di intervento in materia, essendo gli articoli 7, 9 e 24 della Carta espressamente dedicati al rispetto della vita privata e familiare, al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia e ai diritti del minore. Quanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo hanno in numerose

¹⁷ Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia.

¹⁸ Lei 9/2010, 31.5.2010. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁹ Loi n. 1999-994 relative aux Pactes Civils de Solidarité, 15.11.1999.

²⁰ Loi relative aux effets légaux de certains partenariats, 9.7.2004. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato introdotto in Lussemburgo con legge del 17.7.2014.

²¹ Loi instaurant la cohabitation légale, 23.11.1998.

²² Civil Partnership Act, 18.11.2004.

occasioni fatto uso dell'articolo 8 relativo alla tutela della vita privata e familiare per censurare prassi nazionali in materia familiare. Tali incursioni non si sono tuttavia mai tradotte in un obbligo per gli Stati di prevedere nel proprio ordinamento forme di unione tra persone dello stesso sesso né di riconoscere le unioni celebrate all'estero.

8. Concentrandoci sul profilo del riconoscimento, va in effetti messo in luce che, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dagli atti di diritto derivato in materia di ricongiungimento familiare, e dalle stesse vicende della Carta dei diritti fondamentali emerge l'assenza di un obbligo per gli Stati che non contemplano forme di unioni omosessuali di riconoscere le unioni costituite negli altri Stati membri. E' vero, infatti, che la Corte di giustizia, nel perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione delle persone, ha censurato disposizioni nazionali relative allo *status* delle persone perché potenzialmente atte a costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, facendo emergere in controluce l'idea che la piena realizzazione delle libertà di circolazione richiederebbe che lo *status* acquisito da un soggetto in uno stato membro venga riconosciuto in tutti gli altri, anche contraddicendo il risultato al quale si sarebbe arrivati applicando le norme di diritto internazionale privato²³. Tuttavia, quanto alla possibilità di estendere tale ragionamento anche alle *partnerships* o matrimoni tra persone dello stesso sesso, la Corte non si è mai pronunciata sul punto²⁴, e un atteggiamento di prudenza emerge anche dalla direttiva sul ricongiungimento familiare di cittadini di Stati membri²⁵, che impone allo Stato di destinazione di consentire il ricongiungimento anche a *partners* dello stesso sesso solo nella misura in cui tali unioni siano equiparate dall'ordinamento in questione al matrimonio. Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, essa non è mai occupata direttamente del riconoscimento di unioni omosessuali registrate/celebrate all'estero²⁶, ma, quanto alla loro costituzione, ha ritenuto che non sussista un consenso tra gli Stati contraenti tale da imporre l'introduzione nei rispettivi ordinamenti di una disciplina di tali tipi di unioni²⁷.

9. Le medesime conclusioni si possono apparentemente trarre per quanto concerne il riconoscimento di adozioni omoparentali. Né la Corte di giustizia, né la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno in effetti mai censurato prassi nazionali che negassero il riconoscimento a tali adozioni²⁸. Mentre tuttavia

²³ Sul tema, ormai oggetto di amplissima bibliografia, v. per tutti K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2009; D. HENRICH, "Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage", *IPRax*, 2005, p. 422 ss.; H. P. MANSSEL, "The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules", *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, p. 291 ss.

²⁴ In generale sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e le unioni tra persone dello stesso sesso v. K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Partnerships in Europe*, 2nd ed., Antwerp, 2012; M. MELCHER, "Private international law and registered relationships: an EU perspective", *European Review of Private Law*, 2012, p. 1075; J. RIJMA, N. KOFFEMAN, "Free Movement Rights for same-Sex Couples under EU Law: What Role to Play for the CJEU?", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples before Nations, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2014, p. 455 ss.

²⁵ Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in G.U.U.E. L 229 del 29.6.2004, p. 35, art. 2, n. 2, lett. b).

²⁶ La questione del riconoscimento di un'unione registrata all'estero è stata però sottoposta all'attenzione della Corte europea nel caso *Taddeucci c. Italia*, 51362/09, sul quale la Corte non si è ancora pronunciata.

²⁷ Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di unioni omosessuali v. per tutti P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, London, 2013; L. MAGI, "La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio tra individui dello stesso sesso", *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 397 ss.; P. PUSTORINO, "Same-Sex Couples Before the EctHR: The Right to Marriage", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couplet*, cit.; J. M. SCHERPE, "The legal recognition of same-sex couples in Europe and the role of the European Court of human rights", *Equal Rights Review*, 2013, p. 83 ss.; M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, spec. p. 79 ss.; R. WIEMANN, *Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, p. 408 ss.

²⁸ Un obbligo in tal senso non discende nemmeno dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2008 sull'adozione dei minori, non ratificata dall'Italia. All'articolo 7, par. 2 della Convenzione si legge infatti che "states are free to extend the scope of this Convention to same sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this convention to different sex couples and same sex couples who are living together in a stable relationship".

la Corte di giustizia non si è mai confrontata con il problema dell'adozione omoparentale, la Corte europea di diritti dell'uomo si è pronunciata più volte sulla costituzione di rapporti di adozione con soggetti omosessuali²⁹, ma non del loro riconoscimento nel caso di rapporti costituitisi all'estero, profilo preso in considerazione dalla Corte solo in ipotesi di adozione da parte di eterosessuali. Per quanto riguarda la costituzione di rapporti di adozione omoparentale, si può fare riferimento, in particolare, alle sentenze *Fretté c. Francia*³⁰, *E.B. c. Francia*³¹, *Gas e Dubois c. Francia*³² e *X e altri c. Austria*³³, pronunce aventi tutte ad oggetto ipotesi di adozione omoparentale da parte di *singles* o da parte di uno dei *partners* dei figli dell'altro, e mai invece ipotesi di adozione congiunta. Relativamente ad entrambi i tipi di adozione presi in esame, va detto che la Corte ha in un primo momento escluso che venissero in rilievo profili di incompatibilità delle normative nazionali in questione con la Convenzione, per poi ravvisare, nelle pronunce successive, una violazione degli articoli 8 e 14 CEDU. In effetti, mentre nella sentenza *Fretté c. Francia* la Corte giustifica la prassi francese di non ammettere all'adozione da parte di *singles* un soggetto omosessuale, considerando che la differenza di trattamento rispetto al *single* eterosessuale si giustificasse sulla base della necessità di tutelare la salute e i diritti del minore³⁴ e che gli Stati godessero in materia di un ampio margine di apprezzamento, nella pronuncia *E.B. c. Francia* essa ribalta la propria posizione. Il rifiuto da parte delle autorità francesi di dare in adozione un minore a una donna legata a un'altra da una relazione omosessuale e fondato sul fatto che il minore non avrebbe avuto una figura paterna di riferimento viene infatti considerato dalla Corte contrario alla Convenzione.³⁵ Similmente, quanto all'adozione da parte di uno dei *partners* dei figli dell'altro, nella sentenza *Gas e Dubois c. Francia* la Corte ritiene che la normativa non comporti una violazione del divieto di discriminazione, dal momento che vietava tale tipo di adozione alle coppie non sposate, sia omosessuali che eterosessuali. Nella pronuncia *X e altri c. Austria*, invece, una violazione viene ravvisata, dal momento che nell'ordinamento austriaco l'adozione in questione era aperta anche alle coppie non sposate, purché eterosessuali e che il governo austriaco non aveva dimostrato che tale differenza di trattamento fosse giustificata da un'indoneità delle coppie omosessuali a costituire un ambiente adatto per la crescita di un minore adottato³⁶.

10. La posizione del minore nel rapporto di adozione viene dunque presa in considerazione dalla Corte solo in due pronunce – *Fretté c. Francia* e *X e altri c. Austria* – al fine di valutare (con risultati peraltro opposti) la proporzionalità della misura nazionale in questione. In tutte le sentenze citate, tuttavia, il ragionamento della Corte ruota intorno alla posizione dei *partners* omosessuali e alla comparazione tra questa e il trattamento delle coppie eterosessuali³⁷. Tale atteggiamento si giustifica sulla base del fatto che le ipotesi sopra citate si riferiscono a un momento nel quale il rapporto di adozione deve essere ancora posto in essere, e non al riconoscimento di un'adozione già avvenuta: prima che l'adozione venga in essere, è evidente che l'interesse del minore è in secondo piano, ed è invece l'interesse del *single* o della coppia ad adottare a venire in rilievo. Ben diverso sarebbe il discorso se il rapporto si fosse già costituito e consolidato all'estero: in tale ipotesi, il mancato riconoscimento dell'adozione comporterebbe

²⁹ Sul punto v. F. CRISAFULLI, "Same-Sex Couples Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples*, cit., p. 409 ss., spec. p. 425; G. REPETTO, "Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo", consultabile su www.academia.edu; M. C. VITUCCI, "Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 481 ss.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Fretté c. Francia*, 28.2.2002.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *E.B. c. Francia*, 22.1.2008.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Gas e Dubois c. Francia*, 15.3.2012.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *X e altri c. Austria*, 19.2.2013.

³⁴ Come nota VITUCCI, *Orientamento sessuale*, cit., p. 480, tre giudici su sette non hanno condiviso tale lettura del principio del superiore interesse del minore.

³⁵ Secondo la Corte, in particolare, il riferimento alla mancanza di una figura paterna (e dunque di una delle due figure genitoriali) sarebbe privo di senso, trattandosi di adozione da parte di *singles*.

³⁶ Al par. 142 della sentenza si legge in effetti che «the Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children». Per tale ragione la Corte ritiene che il divieto previsto dalla legislazione austriaca non risponda al principio di proporzionalità.

³⁷ In questo senso v. G. REPETTO, "Le adozioni omoparentali", cit., p. 11.

conseguenze gravi sul minore, soprattutto se il rapporto con il genitore adottivo si è già consolidato nel tempo. In questo senso la stessa Corte europea si è pronunciata nella sentenza *Wagner c. Lussemburgo*³⁸, relativa ad un'ipotesi di adozione da parte di un *single* eterosessuale. Investita della questione della compatibilità con la CEDU del rifiuto da parte delle autorità lussemburghesi di riconoscere un'adozione di questo tipo realizzatasi all'estero, la Corte ha infatti sottolineato che sussiste violazione dell'articolo 8 CEDU quando i giudici di un paese neghino il riconoscimento di un provvedimento di adozione da parte di un *single* nell'ipotesi in cui abbiano già in precedenza ammesso adozioni di tal tipo, l'adottante abbia agito in buona fede e la decisione giudiziaria non tenga in debito conto il superiore interesse del minore a che gli venga riconosciuto o *status* di figlio e cittadino del paese dell'adottante.

11. Il riferimento al superiore interesse del minore rappresenta peraltro una costante di tutti gli atti internazionali in materia di minori, prima fra tutti la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, il cui articolo 3 pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse del fanciullo in tutte le decisioni a lui relative; e gli stessi atti di diritto derivato dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria civile in materia confermano il ruolo-cardine che tale principio riveste nella disciplina dei rapporti genitoriali. Nei considerando 12 e 23 del regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale³⁹ si legge infatti che "è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel ... regolamento si informino all'interesse superiore del minore" e che il regolamento "mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", disposizione quest'ultima che pone l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private. Dal canto suo, l'articolo 23 del regolamento stabilisce che una decisione relativa alla responsabilità genitoriale non è riconosciuta se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico.

12. Pur non avendo mai giurisprudenza e convenzioni internazionali o atti di diritto dell'Unione europea imposto il riconoscimento dell'adozione da parte di omosessuali, l'esigenza di tutelare il superiore interesse del minore, e dunque di non privarlo di un rapporto già costituitosi e dello *status* di figlio con tutte le conseguenze (in termini di mantenimento ereditari ecc...) che ne derivano porta dunque senza dubbio a un notevole assottigliamento della discrezionalità dello stato in merito al riconoscimento o meno di tali adozioni. E' infatti indubbio, soprattutto quando si tratta di adozioni congiunte, che il mancato riconoscimento del legame di filiazione nello Stato di destinazione priverebbe il minore di qualsiasi tutela nel territorio dello Stato in questione⁴⁰.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Wagner c. Lussemburgo*, 28.6.2007. Per un commento v. P. PIRRONE, "Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.

³⁹ V. O. LOPES PEGNA, "L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003", *RDIPP*, 2013, p. 357 ss.

⁴⁰ Come nota J-D. AZINCOURT, "Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel?", *La Semaine juridique, Notariale et Immobiliare*, 31.8.2012, p. 49 ss., a p. 52, «l'enfant mineur adopté à l'étranger, et dont le jugement d'adoption ne bénéficie pas de l'exequatur, est privé ... de tous les droits et obligations procédant de l'autorité parentale à l'égard de ses parents adoptifs au sens de la législation étrangère. De même, les règles liées aux obligations légales alimentaires ... ne seraient pas applicables à l'enfant adopté à l'étranger et à ses parents adoptifs. En outre, l'enfant adopté à l'étranger ne disposerait d'aucune vocation successorale ab intestat». Considerazioni simili si possono leggere nel parere presentato al Senato francese dalla Commissione agli affari sociali e relativo alla legge 'mariage pour tous' (n. 435, Sénat, session ordinaire 2012-2013, Avis présenté au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couplet de même sexe, par M. Meunier). Sul punto v. anche M. WINKLER, "Same-Sex Families Across Borders", D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (Editors), *Same-Sex Couples*, cit., p. 381 ss., a p. 384. Per le ragioni ora esposte, secondo M. WINKLER, "Friend sto Our Children: omogenitorialità e diritto internazionale privato", A SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, p. 115 ss, a p. 133, non assume alcun rilievo il fatto che l'adozione sia avvenuta in modo 'fraudolento', e cioè che la coppia si sia recata all'estero con l'unico scopo di adottare un minore per tornare poi nello Stato di origine dove una simile adozione è vietata: in tali ipotesi, infatti, il mancato riconoscimento sarebbe in ogni caso idoneo a ledere l'interesse del minore.

IV. Il superiore interesse del minore come criterio-guida e i risultati paradossali ai quali conducono parametri di valutazione differenti

13. Che il superiore interesse del minore costituisca un criterio di fondamentale importanza anche in relazione al riconoscimento delle adozioni omoparentali emerge peraltro anche dai risultati paradossali ai quali conduce l'applicazione di criteri differenti. Emblematiche a questo proposito sono tre pronunce della Cour de cassation francese del 2010 e del 2012, e dunque anteriori all'approvazione della legge "mariage pour tous"⁴¹, che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali. Nella prima⁴², la vicenda concerneva una coppia composta da una cittadina francese e da una cittadina americana, unite in una "domestic partnership". La prima aveva adottato negli Stati Uniti la figlia naturale della seconda, concepita tramite inseminazione artificiale con donatore anonimo, e si era vista negare il riconoscimento in Francia del provvedimento di adozione. Il ragionamento seguito dalla Cour d'appel di Parigi si fondeva in effetti sull'attribuzione all'adozione americana dei medesimi effetti ricollegabili all'adozione "simple" disciplinata dall'ordinamento francese, istituto che comporta che l'adottante sia investito in via esclusiva della potestà parentale sul minore, tranne che nel caso in cui l'adottante sia coniuge dell'adottato. Interpretando la nozione di coniuge in senso stretto, la giurisprudenza francese ha sempre escluso che l'adozione simple fosse aperta alle coppie non sposate (eterosessuali o omosessuali), dal momento che essa avrebbe come conseguenza di privare della potestà parentale il genitore biologico del minore, contro la volontà di quest'ultimo. Un'adozione di questo tipo avvenuta all'estero era dunque considerata dalla Cour d'appel come in contrasto con l'ordine pubblico. Nell'annullare la decisione in questione, la Cour de cassation evita di prendere in considerazione l'adozione omoparentale in sé, concentrandosi invece sul fatto che il provvedimento straniero di adozione comportava, nell'ordinamento di origine, che entrambe le donne esercitassero congiuntamente la potestà genitoriale sul minore, risultato perfettamente compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento francese. Il criterio del superiore interesse del minore non viene invece menzionato né in tale pronuncia, né nelle decisioni del 2012⁴³. Queste ultime riguardavano due adozioni piene (legittimanti) effettuate da due coppie di uomini, l'una nel Regno Unito e l'altra in Canada⁴⁴, delle quali si chiedeva il riconoscimento in Francia. Nel prendere in esame le decisioni di diniego del riconoscimento della Cour d'appel di Parigi, ancora una volta la Cour de cassation evita di prendere in esame i caratteri dell'adozione omoparentale straniera, soffermandosi invece sul profilo degli effetti della trascrizione dell'adozione nei registri di stato civile francesi. Il risultato al quale giunge è però opposto rispetto a quello della sentenza del 2010 sopra citata. Comportando infatti l'adozione piena la recisione dei legami con la famiglia di origine e valendo la trascrizione dell'adozione come atto di nascita del minore, quest'ultimo risulterebbe infatti essere figlio di due individui di sesso maschile, in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento francese. Il diniego di riconoscimento viene dunque confermato.

14. Al di là dell'esame dettagliato delle argomentazioni utilizzate dalla Cour de cassation nelle tre pronunce in esame, va messo in luce che il risultato concreto al quale essa perviene pone problemi di compatibilità con il principio del superiore interesse del minore, al rispetto del quale anche l'ordinamento francese è vincolato. Se è vero infatti che il mancato riconoscimento di un'adozione "simple" omoparentale potrebbe comportare effetti assai pregiudizievoli per il minore nelle ipotesi nelle quali il genitore naturale venisse a mancare, dal momento che il minore non potrebbe vantare alcun diritto nei confronti del compagno del genitore, non va dimenticato che il mancato riconoscimento di un'adozione

⁴¹ Loi n. 2013-404 du 17.5.2013 ouvrant le mariage aux couplet de personnes de même sexe.

⁴² Cass. 1re Ch. Civ., 8.7.2010, n. 8-21.740. Per un commento v. P. HAMMJE, *RCDIP*, 2010, p. 748 ss.; S. BOLLÉE, *JDI*, 2011, p. 119 ss.

⁴³ Cass. 1re Ch. Civ., 7.6.2012, n. 11-30.261; Cass. 1re Ch. Civ., 7.6.2012, n. 11-30.262. Per un commento v. J-D. AZINCOURT, «Quel état civil», cit.; F. CHÉNÉDÉ, «Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels», *Juris Classeur périodique, Edition générale*, 16.7.2012, p. 857 ss.; C. NEIRINCK, «Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil», *Droit de la famille*, luglio-agosto 2012, p. 1 s.

⁴⁴ Nella prima ipotesi si trattava di un cittadino francese e di un cittadino britannico residenti nel Regno Unito; nella seconda di due cittadini franco-canadesi, residenti in Canada.

omoparentale piena produce effetti decisamente più pregiudizievoli per il minore in questione che, privo di legami con la famiglia di origine, verrebbe privato anche di quelli con la famiglia adottiva. L'applicazione del criterio del superiore interesse del minore imporrebbe al contrario di bilanciare il limite dell'ordine pubblico con l'esigenza di garantire al minore la continuità dei legami affettivi e di evitare che lo stesso sia privato di qualsiasi forma di tutela nell'ordinamento di destinazione. Si tratta dunque di un criterio che, soprattutto nel caso di adozioni piene, spinge nel senso di un loro riconoscimento anche in ordinamenti che non ammettono forme di adozione omoparentale⁴⁵.

V. Le pronunce italiane in materia di affidamento e il superamento del pregiudizio nei confronti delle famiglie omoparentali

15. L'utilizzo del criterio del superiore interesse del minore come strumento atto a garantire il riconoscimento di adozioni omoparentali anche in ordinamenti fedeli al modello tradizionale di famiglia è tuttavia condizionato dal contenuto che all'espressione "superiore interesse del minore" si voglia dare. Se si accogliesse in effetti l'interpretazione, da alcuni prospettata, secondo la quale non risponde all'interesse del minore il fatto di crescere in una famiglia non tradizionale, nella quale non sono definiti i ruoli maschile e femminile dei genitori, il criterio del superiore interesse del minore, anziché costituire un controlimite all'operare dell'ordine pubblico, diverrebbe idoneo a rafforzare tale ultimo limite e ad impedire dunque il riconoscimento del rapporto formatosi all'estero.

16. A tale ricostruzione si oppongono però due considerazioni, una di carattere generale, l'altra attinente l'ordinamento italiano. Per quanto concerne la prima, non va dimenticato che nelle ipotesi di riconoscimento di adozioni omoparentali avvenute all'estero, e dunque di rapporti di adozione già venuti in essere, il mancato riconoscimento dell'adozione influirebbe su un rapporto già creatosi, con gravi conseguenze sul minore che, soprattutto in caso di adozione congiunta, già privo di legami con la famiglia naturale si vedrebbe privato anche di quelli con la famiglia adottiva. Le perplessità sull'idoneità di una coppia omosessuale a costituire un ambiente adatto alla crescita del minore andrebbero dunque bilanciate con la presa in considerazione delle conseguenze che il mancato riconoscimento in tali ipotesi comporterebbe.

Quanto poi all'ordinamento italiano, negli ultimi anni sia la Corte di cassazione sia i tribunali di merito - se pur non in materia di adozione, bensì di affidamento di minori - sembrano mostrare segni di apertura verso il rapporto genitoriale omoparentale. Nella sentenza 601 del 2013⁴⁶, in effetti, la Corte di cassazione si è pronunciata in senso favorevole all'affidamento esclusivo di un minore alla madre convivente con un'altra donna, sul presupposto che l'opposizione a tale provvedimento si fondasse «su un mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» e che in tal modo si desse «per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». È poi del Tribunale per i minorenni di Bologna⁴⁷ una decisione di affidamento temporaneo di una minore a una coppia omosessuale, questa volta non formata dalla madre naturale e dalla compagna, ma da due uomini, nessuno dei quali padre naturale della bambina, seguita, anche se con argomentazioni più ambigue, da un analogo decreto del Tribunale per i minorenni di Palermo⁴⁸.

⁴⁵ La dottrina fa riferimento al superiore interesse del minore come a una sorta di controlimite all'ordine pubblico: F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, "Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale", *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2005, p. 336 ss, spec. p. 358; O. LOPES PEGNA, "L'interesse superiore", cit. La presa in considerazione del superiore interesse del minore sembra in altre parole imporre di applicare in materia di riconoscimento di adozioni omoparentali il medesimo ragionamento seguito dalla giurisprudenza di vari Paesi in materia di maternità surrogata. Sul punto V. C. CAMPIGLIO, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *RDIPP*, 2009, p. 589 ss., e la giurisprudenza straniera ivi citata a p. 603 s.; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, p. 294 ss.

⁴⁶ Corte suprema di Cassazione, Sezione prima civile, sentenza 11.1.2013 n. 601.

⁴⁷ Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto 31 ottobre 2013.

⁴⁸ Tribunale per i minorenni di Palermo, decreto 4 dicembre 2013. dal decreto emerge peraltro ancora un atteggiamento di dif-

17. Ora, pur non volendosi sostenere una equiparazione tra adozione e affidamento, equiparazione che peraltro viene negata dalle decisioni ora citate, non vi è dubbio che l'orientamento ora illustrato manifesta un mutamento dell'atteggiamento della giurisprudenza italiana nei confronti delle coppie omosessuali, ritenute in grado di garantire al minore quel benessere e quella serenità che costituiscono finalità fondamentali dell'affidamento. Sarà dunque senza dubbio più difficile in futuro negare il riconoscimento ad adozioni omoparentali sulla base della motivazione che la crescita in una famiglia non tradizionale influirebbe negativamente su benessere ed equilibrio del minore in questione.

fidenza nei confronti della famiglia omoparentale, espresso dal Tribunale nella considerazione secondo la quale «non può negarsi ... che l'inserimento di un minore in tenera età all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso potrebbe attivare dinamiche ben diverse rispetto all'inserimento di un giovane con una personalità strutturatae con orientamenti sessuali già ben definiti».

EN BUSCA DE UNA ALTERNATIVA AL *TRUST* PARA ARTICULAR PLANES DE PARTICIPACIÓN FINANCIERA: *EMPLOYEE STOCK OWNERSHIP PLANS* (ESOPS)

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Recibido: 17.06.2014 / Aceptado: 27.06.2014

Resumen: La Unión Europea está promocionando la participación financiera de los empleados en los beneficios de las empresas, especialmente en la propiedad del capital social, mediante el modelo de los llamados *Employee Stock Ownership Plans* (ESOPs). Se trata de un sistema muy exitoso en EEUU donde son conocidos no solo por su influencia en el aumento de la innovación y competitividad de pequeñas y medianas empresas, sino también para lograr la transmisión de empresas familiares. El Parlamento Europeo anima a los Estados miembros en una reciente Resolución de 14 de enero de 2014 a desarrollar modelos nacionales de este tipo de planes para las empresas europeas y también estimula a la Comisión Europea a reflexionar sobre un posible modelo europeo opcional (régimen 29º). El *handicap* desde el punto de vista de Derecho civil es que los ESOPs se articulan mediante el *trust*, se han implementado en Reino Unido y otros sistemas jurídicos de *common law*, pero es un reto adaptar este *trust* a los sistemas de *civil law* como España. Este artículo trata de analizar si planes de este tipo pueden ser posibles en nuestro ordenamiento jurídico y bajo qué institución fiduciaria.

Palabras clave: Fiducia. *Trust* en beneficio de empleados. Patrimonio fiduciario. Fondo de participación financiera. ESOP. *Employee Stock Ownership Plan*. Fondo protegido. Unión Europea.

Abstract: The European Union is promoting employee financial participation in company proceeds, especially in company stock under the so called Employee Stock Ownership Plans (ESOPs). These plans are successful in USA not only for its influence increasing innovation and competitiveness, but also in achieving the transfer of closely-held businesses. The European Parliament through the Resolution of 14th January 2014 encourages Member States to develop national models in European companies and at the same time it calls European Commission to think about a possible European optional model (29th system). The handicap is that ESOPs are articulated by trust and employee benefit trusts have been extended to the UK and other common law legal systems. However, it is a challenge to implement this trust into civil law systems where this institution does not exist. This would be the case of Spain. This article is about whether such schemes could be possible in our legal system and under what fiduciary institution.

Key Words: Fiducia. Employee benefit trust. Fiduciary patrimony. Financial participation funds. ESOP. Employee Stock Ownership Plan. Protected fund. European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La participación financiera en el accionariado de las empresas europeas. III. Interés de la Unión Europea en el accionariado asalariado. 1. Origen del compromiso europeo. 2. Fomento europeo y respeto jurídico al marco nacional de Derecho privado. 3. Resolución del Parlamento Europeo de 14 enero de 2014: La promoción del *trust versus* el modelo nacional adaptado. IV. Planes de participación accionarial asalariado: *Employee Stock Ownership Plans* (ESOPs) mediante *trust*: una referencia para Europa. 1. Aproximación a la figura. 2. El funcionamiento básico del plan de participación accionarial basado en el *trust*. 3. Configuración como *trust* de carácter financiero: *employee benefit trust*. 4. Los ESOPs en Europa. La experiencia en

Reino Unido, Francia y Alemania. A. Reino Unido: Los *Employee Benefit Trusts* (EBTs). B. Francia: *Los fonds commun de placement d'entreprise de reprise*. a.- Los FCPE de *reprise* y la transmisión empresarial. b.- La perspectiva fiduciaria. C. Alemania: La réplica del fondo fiduciario francés. V. Intentos de regulación en España. 1. Insuficiencia del marco jurídico societario. 2. El “remedio” de las sociedades civiles. 3. El “fideicomiso” en la Proposición de Ley de Ley de 10 de mayo de 2002 sobre “Fondos de participación patrimonial”. VI. La posibilidad de regular los ESOPs en España con un fondo fiduciario. 1. La búsqueda de un modelo nacional alternativo en sede de fiducia. A. La consideración del fondo como patrimonio separado sin personalidad jurídica. B. La potencialidad fiduciaria respecto a la cuestión jurídico-real de la propiedad. a.- La atribución de propiedad a la entidad fiduciaria y la aproximación al ESOP. b.- El fondo de participación accionarial regulado conforme a la propuesta académica de Directiva de “fondos protegidos”. c.- ¿Dónde queda la “ownership” de los empleados? 2. El interés de una sociedad *holding* en un modelo de fondo separado protegido. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La cuestión que suscita este trabajo es la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014 sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas¹. La decisión europea toma como referencia el modelo estadounidense de los ESOPs (*Employee Stock Ownership Plans*) que podría traducirse como “Planes de Participación Accionarial de Trabajadores o Asalariados”. Este tipo de planes se articulan a través de la institución del *trust*, y allí donde esta institución no existe, se anima a los Estados Miembros a desarrollar un modelo nacional adaptado. Esta iniciativa comunitaria es un paso más dentro de un largo recorrido de la Unión Europea sobre la promoción de la participación accionarial para empleados, que ahora se acelera porque se considera que puede contribuir a una economía europea más competitiva y con un grado mayor de cohesión social.

2. Las empresas europeas normalmente no abordan proyectos de esta naturaleza a pesar de que pueden ser un elemento importante de competitividad². Por su parte, las PYMEs y empresas familiares sienten la necesidad de la regulación de un mecanismo que facilite la transmisión de la empresa cuando el fundador no cuenta con una solución en la propia familia y ve en la sucesión de los propios empleados la mejor alternativa para la supervivencia de la sociedad³.

3. El desarrollo de un modelo adaptado para articular este tipo de planes de participación financiera, que sólo existen como tales en países de *common law*, coloca una vez más a la Unión Europea, y a los países de *civil law* en particular, ante el reto de abordar un esquema fiduciario que se acople a las líneas principales de la institución que se trata de acoger. De nuevo estamos ante un *trust* anglosajón cuyo probado éxito en el ámbito económico-financiero intenta ser acogido en un sistema jurídico que con frecuencia sigue percibiendo el *trust* como un intruso.

4. Se toma en las siguientes páginas como punto de partida, las cifras sobre esta realidad económica en Europa, y en España en particular. Los últimos veinte años muestran que el número de empresas europeas en las que los empleados son titulares de acciones o participaciones va en aumento. En segundo

¹ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 enero 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas, A7-0465/2013.

² COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen: «Participación financiera de los trabajadores en Europa» (Dictamen de iniciativa. 2011/C 51/01). Ponente: Alexander Graf von SCHWERIN y Co-ponente: Madi SHARMA. DOUE C 51/1 de 17 febrero 2011. Según este informe la participación financiera de los trabajadores en las PYME puede constituir uno de los mecanismos para alcanzar este objetivo de aumento de competitividad de estas empresas. Resulta curioso que el reciente Reglamento nº 1287/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece un Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión nº. 1639/2006/CE. DOUE L 347/33 de 20 diciembre 2013, no hace referencia explícita a la participación de los trabajadores en la empresa.

³ Considerando H, Resolución del Parlamento Europeo de 14 enero 2014, *supra* n.1

lugar, se analiza la posición de la Unión Europea que anima a los Estados miembros a fomentar este tipo de participación accionarial y considera el modelo basado en el *trust* como el más eficiente. Se baraja incluso el desarrollo de un ESOP “a la europea” que funcionaría como régimen opcional (régimen 29º) bajo la clave del *trust* o forma asimilada. En tercer lugar, se hace un recorrido por las fórmulas jurídicas empleadas por Reino Unido, Francia y Alemania. En cuarto lugar, ante la ausencia del *trust* en nuestro ordenamiento, se valora la viabilidad del mecanismo fiduciario aplicable a este tipo de planes de participación financiera⁴. No se aborda la visión constitucional de la cuestión, a pesar de estar ante lo que sería un desarrollo del art. 129.2 CE, que compromete a los poderes públicos a promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y a establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, sin que este mandato se haya plasmado hasta la fecha en una regulación sistemática.

II. La participación financiera en el accionariado de las empresas europeas

5. Según cifras publicadas por la *European Federation Employee Share Ownership* (EFES)⁵ hay 10 millones de empleados con participación en capital, una cifra que ha ido en aumento entre 1945 y 2012⁶ y se ha intensificado en los últimos años ya que en el año 2007 eran 8 millones. En cuanto a tipo de empresas, son las que cotizan en Bolsa, especialmente aquellas con más empleados y facturación, las que concentran el mayor número de planes de participación accionarial en Europa, mientras que las PYMEs sólo aportan el dato de un millón de empleados partícipes en el capital societario. En 2013 la cifra porcentual del capital en manos de empleados en empresas europeas ascendió a 2,99 por ciento (2,46 por ciento en 2006) y esto viene a confirmar que estamos ante un fenómeno progresivo en Europa donde el 30 por ciento de todas las grandes empresas europeas han lanzado nuevos planes de participación⁷.

6. Si prestamos atención a los países analizados, a la cabeza se encuentra Reino Unido, seguido de Francia de modo muy destacado. En ambos casos los planes de participación accionarial gozan además de fuerte apoyo institucional⁸. En términos generales los países del Sur de Europa tienen un índice bajo de participación financiera de sus trabajadores; y por lo que respecta al Este de Europa, el fenómeno de los planes de participación financiera tiene también escasa difusión, una vez superados los años en

⁴ Sobre el tema de la participación financiera en España, y participación en capital en particular, son varias las obras publicadas en los últimos años que aportan diferentes enfoques mercantiles, laborales y fiscales: M. ENCISO SANTOCILDES, (coord.), *La participación de las personas en la empresa. Algunas reflexiones y propuestas para su desarrollo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2011; P. NIETO ROJAS, *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; J.P. LANDA ZAPIRAIN (Coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2004; AA.VV., *La participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Marcial Pons-Gobierno Vasco (GEZKI), 2003.

⁵ Asociación impulsada por la Unión Europea para su creación entre 1998-2000. Con sede en Bruselas representa mayoritariamente a todas las organizaciones que en Europa promueven planes de participación accionarial. Su primer estudio importante fue la elaboración de la base de datos: “*The European Employee Ownership Top 100 – Identifying, ranking, analysing all large European employee ownership companies*” (2006), que posteriormente ha dado paso a la publicación anual del “*Annual Economic Survey of Employee Ownership in European Countries*” y la base de datos *Database of employee ownership in European companies*. Promueve la apertura de centros de representación en todos los países UE. (<http://www.efesonline.org/>) Última consulta: 1 marzo 2014. Otra fuente de información es el informe CRANET, elaborado por Cranfield University cada cuatro años desde 1992 sobre empresas con más de 200 empleados.

⁶ Fuente: *Database of employee ownership in European companies* (Versión 26.02.2014: <http://www.efesonline.org>). La base de datos elaborada por European Federation Employee Share Ownership e incluye información de 2.483 compañías en 2013 de 28 países de la UE (más Islandia, Noruega y Suiza). Es bastante exhaustiva porque recoge información de las más importantes empresas cotizadas; y de las no cotizadas pero con 100 o más empleados cuyo capital en al menos 50 por ciento esté en manos de empleados. Estas últimas son bien cooperativas, bien sociedades laborales o bien *trust* de participación accionarial de trabajadores.

⁷ Son cifras extraídas de M. MATHIEU, *Annual Economic Survey of Employee Ownership in European Countries 2013*, Bruselas, ed. European Federation of Employee Share Ownership (EFES), 2013, que recoge la evolución entre 2006 y 2013. Se sitúa al mismo nivel que antes de la crisis financiera. Este incremento es debido no solo a nuevos planes de accionariado asalariado sino que también es debido a que los precios de las acciones incrementaron más en empresas que tenían propiedad participada por empleados, lo que ha llevado de forma automática a un nivel medio de capital más alto

⁸ En 2013, Reino Unido arroja la cifra de 512 empresas con planes de accionariado asalariado, de las cuales 474 son cotizadas y 38 no cotizadas (3 de ellas cooperativas); en Francia son 338 (de las cuales 248 cotizadas, 90 no cotizadas entre las cuales hay 76 cooperativas).

los que el cambio político llevó a la lógica privatización de empresas por la transición realizada hacia economías de mercado⁹.

7. Por lo que respecta a España, la participación financiera en el capital por los trabajadores es menor que en otros países de la Unión Europea. Básicamente se centra en empresas de economía social como son las sociedades laborales y las cooperativas. En las grandes empresas los planes de participación financiera en general están por debajo de la media europea (menos de 52 por ciento) y lo mismo puede decirse del porcentaje de capital en manos de trabajadores (2,85 por ciento es la media europea, mientras que en España es de 2,46 por ciento, pero si descontamos las cooperativas, el porcentaje sería realmente muy inferior¹⁰).

III. Interés de la Unión Europea en el accionariado asalariado

8. La Unión Europea está mostrando un interés creciente en las dos últimas décadas en la participación financiera de los trabajadores¹¹, la cual puede llevarse a cabo de varias formas. La más frecuente es la participación en los beneficios, otras son las opciones sobre el capital y la que se concentra en acciones o participaciones de la empresa. Dentro de esta última se encuentran las fórmulas colectivas a través de planes de “accionariado asalariado” que generan una participación indirecta por parte de los empleados en la propiedad de la empresa, a diferencia de la participación directa en el capital que se produce cuando el trabajador adquiere acciones a título individual, recibe dividendos y ejercita su derecho al voto en reuniones de accionistas. Ante esta realidad, las instituciones europeas han considerado que la participación financiera en general y en concreto la que versa sobre la propiedad, el capital societario, ha de tenerse muy presente como factor de impulso económico. La realidad arroja datos evidentes de que las sociedades capitalistas participadas financieramente por trabajadores son más rentables y eficientes¹².

1. Origen del compromiso europeo

9. La primera vez que se alude en el ámbito europeo a la participación financiera de la que hablamos fue en sede mercantil, a través de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976¹³,

⁹ Según el informe elaborado por EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Employee financial participation in the New Member States*, 2007: Hungría, Polonia y Eslovenia tienen larga tradición en participación de los trabajadores. Por su parte, Chipre y Malta se han convertido en países más activos en planes de participación. Más información sobre los nuevos miembros de la UE en el informe.

¹⁰ Datos aportados en informe elaborado por J. SAN JOSÉ, en nombre de CONFESAL (representante EFES en España), “Hacia una participación financiera de los trabajadores en España”, Bruselas, EFES, 22 marzo 2012. Los datos actualizados a fecha 31 Diciembre 2011. El autor destaca la falta de incentivos fiscales y de ayudas a la promoción de este tipo de políticas junto con el desconocimiento sobre las posibilidades que pueda ofrecer empresarialmente. En la base de datos citada *supra* (MATHIEU, 2013), España arroja el número total de empresas con planes de este tipo de 167 (de las cuales 99 son cotizadas, 68 no cotizadas –de ellas 43 son cooperativas).

¹¹ Durante la Presidencia francesa de la Unión Europea en 2008 se aprobó la llamada hoja de ruta para la propiedad financiera de los empleados en Europa (“*The Political Roadmap for Employee Ownership in Europe*”) que subraya la necesidad de una legislación europea adecuada que potencie la política de participación financiera de los empleados centrada no tanto en el reparto de beneficios sino en el acceso al accionariado. Organizado por el MEDEF, París, 17 Octubre 2010. Esas ideas se hacen más explícitas en el curso de la conferencia “*Ten years of public policies for employee ownership in Europe – past, present, future*” (Bruselas, 26 noviembre 2010).

¹² A título de ejemplo véase el estudio realizado por J. FERNÁNDEZ GUADAÑO, “La participación financiera de los trabajadoras en las empresas. Diferencias económicas de las empresas clasificadas según la estructura de la propiedad del capital”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, núm. 64, abril 2009, pp. 151-169, del que resulta que la variable de rentabilidad financiera es más alta en las empresas participadas por los trabajadores, con un mejor uso y aprovechamiento del factor capital.

¹³ Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DO L 26 de 31 enero 1977). Fue modificada posteriormente por la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006.

sobre garantías para el mantenimiento e integridad del capital social. Como regla general, esta Directiva prohibía la emisión de acciones propias si no existía una efectiva aportación de capital, pero permitía que los Estados miembros admitiesen la adquisición derivativa de acciones propias para distribuir las “entre los empleados de esa sociedad o una sociedad ligada a ésta” (art. 19.3). Además admitía la asistencia financiera cuando tuviera por fin “la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a ésta” (art. 23.2). Se inspiraba esta Directiva en la *Companies Act* de 1948 del Reino Unido que autorizaba la asistencia financiera a los trabajadores dentro del *employee’s share scheme*. Actualmente, la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012¹⁴, relativa a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, se pronuncia en el mismo sentido (arts. 21.3 y 45)¹⁵ y también respecto a la asistencia financiera (art. 27.6)¹⁶.

10. La Segunda Directiva no tuvo una transposición homogénea¹⁷. En pocos países ha sido utilizada por las empresas. En España como se verá más adelante, no se ha percibido como un marco jurídico apropiado y cómodo para este fin. No obstante, estas Directivas sirven de fundamento jurídico para una futura regulación europea en los términos que sea posible de acuerdo con las competencias de la Unión Europea, pero el verdadero compromiso de la Unión Europea con la participación financiera empieza una década más tarde. Se produce cuando se propuso la adopción de un instrumento comunitario sobre participación financiera de los trabajadores en las empresas dentro del Programa de Acción de la Comisión Europea para la aplicación de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 1989. Se financió un estudio que analizó el arraigo que tal participación tenía en los países miembros. Fue el primero de los llamados informes PEPPER, que han sido fundamentales desde entonces en el análisis y empuje de las iniciativas comunitarias sobre participación. El acrónimo PEPPER responde a *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results*¹⁸.

11. El primer informe PEPPER se publica en 1991¹⁹; le siguió el informe PEPPER II en 1996²⁰; PEPPER III en 2006²¹ y PEPPER IV en 2009²² (este último ofrece una panorámica de la participación

¹⁴ DOUE L 315/74 de 14 diciembre 2012.

¹⁵ Art. 21.3: “Los Estados miembros podrán no aplicar el apartado 1, letra a), frase primera, a las acciones adquiridas, bien sea por la misma sociedad o bien por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad, con el fin de distribuir las entre el personal de esta o entre el personal de una sociedad ligada a esta última”.

Art. 45: Los Estados miembros podrán no aplicar el artículo 9, párrafo primero, el artículo 21, apartado 1, letra a), primera frase, así como los artículos 29, 30 y 33, en la medida en que estas derogaciones fueran necesarias para la adopción o la aplicación de las disposiciones destinadas a favorecer la participación de los trabajadores o de otras categorías de personas determinadas por la ley nacional en el capital de las empresas.

¹⁶ Art. 27.6: “Los apartados 1 a 5 no se aplicarán ni a las transacciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de los bancos y demás establecimientos financieros, ni a las operaciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a esta”.

¹⁷ Referencias de Derecho comparado pueden verse en: L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en Derecho societario”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999, pp. 1361-1468 [1369-1386]; M^a C. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Granada, Comares, 2001, pp. 317-328. Ver *infra* sobre la transposición en Derecho español y su repercusión respecto a los planes de participación accionarial.

¹⁸ El uso de estas siglas no es casual, respondió a la idea de Mario Nuti (Università di Roma “La Sapienza”) quien consideró que el concepto de participación financiera de los empleados añadía “pepper” a las relaciones industriales. Ver en website EFES: *History and Background. Employee share ownership*, 19 junio 2013 [p.5].

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, *The Pepper report, Promotion of employee participation in profits and enterprise results*, Social Europe Supplement 3/1991, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones UE, 1991.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Pepper II report, Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results in Member States*, COM (96) 697 final, Brussels, 1997. Este informe se basó en un cuestionario que se envió a cada Estado miembro.

²¹ PEPPER III Report: *Promotion of employee participation in profits and enterprise results in the new member and candidate countries of the European Union*, Inter-University Centre at the Institute for Eastern European Studies, Free University of Berlin, Rome/Berlin, 2006. Este informe está editado por Jens Lowitzsch.

²² PEPPER IV Report: *Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*, Free University of Berlin, Berlin, 2009. Este informe está editado por Jens Lowitzsch, Iraj Hashi y Richard Woodward.

de los trabajadores en los entonces 27 Estados Miembros), estando en marcha en la actualidad la elaboración del informe PEPPER V. Estos informes han ido aportando datos cuantitativos y cualitativos de cada uno de los Estados miembros, reflejando la gran variedad existente en cuanto a modelos de participación, instituciones jurídicas de Derecho privado que se aplican, normativa fiscal, etc. Esa heterogeneidad alcanza también como antes se ha apuntado a la actitud gubernamental, la cual va desde el desinterés más absoluto hasta la activa involucración en países como Francia y Reino Unido, donde los agentes sociales y el empuje institucional destacan frente a otros que se encuentran en el polo opuesto, como España²³. El problema se hace más evidente por la disparidad en los modelos jurídicos de Derecho privado que se utilizan para lograr este fin, siendo el *trust* una institución especialmente dúctil para articular la participación en la propiedad empresarial y la transmisión de empresas familiares.

2. Fomento europeo y respeto jurídico al marco nacional de Derecho privado

12. La consecuencia del primer informe PEPPER, que animaba a la regulación de un marco normativo europeo dirigido a regular este tipo de participación accionarial, se quedó en una mera Recomendación del Consejo 92/443/CEE de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). Se recomendó a los Estados que garantizaran las estructuras jurídicas que permitiesen la introducción de fórmulas de participación²⁴, pero tuvieron que pasar diez años más para que una Comunicación de la Comisión Europea en 2002 abordase la idea de ese marco comunitario para fomentar la participación financiera de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa²⁵. En ella se establecieron por primera vez los principios esenciales en los que debería inspirarse²⁶.

13. A resultas de esa iniciativa se puso en marcha la formación de un grupo de expertos para analizar los obstáculos legales transfronterizos que encuentran las fórmulas de participación financiera en empresas con dimensión internacional, cuyos resultados se publicaron en 2004²⁷. El primero de esos obstáculos es la gran heterogeneidad de marco jurídico sustantivo (léase, civil), fiscal y laboral entre los Estados miembros y en consecuencia la dificultad de intervención armonizadora europea, teniendo en cuenta además la ausencia de competencia por ejemplo en el ámbito fiscal, que es el primero de los incentivos de este tipo de iniciativas allí donde han triunfado. Otros dos importantes obstáculos son la heterogeneidad en el marco jurídico en los Estados miembros (tradición romano-germánica *versus* anglosajona) y la enorme disparidad de cultura empresarial y de dinámica de agentes sociales. A pesar de estos *handicaps*, se mantuvo el interés en profundizar en fórmulas jurídicas viables de participación financiera, pensando especialmente en que las PYMES pueden encontrar el *vehículo* idóneo para la

²³ Véase KELSO Institute: <http://www.intercentar.de/en/research/focus-financial-participation-of-employees/> Última consulta: 18.02.2014. Asimismo son de interés los informes elaborados a lo largo de estos años en la EUROFOUND (Agencia Europea European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions). Entre otros, J. MCCARTNEY, *Financial participation in the EU: Indicators for benchmarking*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones UE, 2004 (que desarrolla indicadores de medición de participación financiera para aplicarlos en los diferentes Estados); A. PENDLETON y E. POUTSMA, *Financial participation: The role of Governments and social partners*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones UE, 2004; A. PENDLETON, E. POUTSMA, J. VAN OMMEREN, y C. BREWSTER, *Employee share ownership and profit-sharing in the European Union*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones UE, 2001; E. POUTSMA, *Recent trends in employee financial participation in the European Union*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones UE, 2001.

²⁴ DOUE L 245/53 de 26 agosto 1992.

²⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores. Bruselas, 5 julio 2002. COM(2002) 364 final. Dio lugar a una respuesta del Parlamento Europeo: *Resolution on the Commission Communication to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a framework for the promotion of employee financial participation*, Bruselas, 2003.

²⁶ J. MERCADER UGUINA, "Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 57, 2005, pp. 281-302, sobre la potenciación por parte de la UE de las nuevas formas de participación de los trabajadores.

²⁷ EXPERT GROUP REPORT, *On cross-border obstacles to financial participation of employees for companies having a transnational dimension*. Diciembre 2003 (fecha publicación: 17 septiembre 2004). Constata que la participación de los trabajadores en los beneficios está muy extendida, no así la participación en el accionariado.

supervivencia en el tiempo mediante la sucesión total o parcial de los empleados en el capital empresarial²⁸. Se abre entonces, a través de los dos últimos informes PEPPER, especialmente PEPPER IV en 2009, la posibilidad de aplicar el esquema angloamericano del *trust*. Efectivamente, hacia 2009 se empieza a promover lo que se ha venido en llamar el “*Building Block Approach*”²⁹, esto es, se opta por que cada Estado Miembro dentro de su marco nacional pueda ofrecer cualquiera de las tres opciones de participación financiera, de menor o mayor implicación: participación en resultados; opciones sobre acciones o participaciones –*stock options*–, o bien esquemas colectivos de accionariado asalariado. El tipo de participación que la empresa elija dependerá del tamaño y tipo societario, básicamente si cotiza o no. La última opción a través del modelo del *trust*, allá donde exista, u otra institución en la medida en que sea posible su adaptación nacional.

3. Resolución del Parlamento Europeo de 14 enero de 2014: La promoción del ESOP (*trust*) versus el modelo nacional adaptado

14. La Comisión Europea intenta lograr un compromiso sobre la participación financiera dentro de la Estrategia 2020 que persigue una economía más competitiva y con mayor sostenibilidad en el empleo y considera la participación financiera un pilar del modelo social europeo³⁰. Además la Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo de 2012 ya plasma el interés en promocionar este asunto³¹. Sin embargo, la decisión más relevante es la citada Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, la cual hace un llamamiento a los Estados Miembros y a la Comisión Europea para desarrollar esquemas basados en la voluntariedad y en el principio de no discriminación, teniendo en cuenta especialmente a las PYMEs y micro empresas mediante el modelo del *trust* ESOP como ejemplo de un modelo eficaz de transmisión de empresas no cotizadas, donde interviene una entidad intermediaria para adquirir las acciones en nombre de los trabajadores, que no arriesgan recursos propios en cuanto la adquisición está financiada por una participación en los beneficios adicional a los salarios o por un préstamo de una entidad financiera³². Ciertamente, sí asume el riesgo empresarial en relación a su participación que podrían perder en el caso de que la empresa estuviera en dificultades³³.

15. Esta Resolución ve con interés además la posibilidad de un marco legal común europeo supletorio opcional, esto es, un régimen 29º, de modo que en cada Estado Miembro una empresa pudiera optar por el modelo nacional, si existe; o este otro opcional. Ese esquema europeo podría ser aprobado mediante un Reglamento europeo, respetando los ámbitos de soberanía en materia de legislación fiscal y laboral³⁴. Se trataría por lo tanto de una regulación europea exclusivamente sustantiva. Una armonización normativa integral es inapropiada desde el momento en que los modelos de participación financiera se apoyan en un sistema de ventajas fiscales y la competencia fiscal pertenece a los Estados. La idea de un régimen opcional en este punto aún no está desarrollada pero no es totalmente novedosa dado que

²⁸ Fue una de las áreas claves definidas en: *Final Report of the MAP 2002 Project* (European Commission Enterprise Directorate-General, 2003). Un Informe elaborado por la Fundación Dublín apuntaba también a esta cuestión: R. POSTLETHWAITE, *Financial participation for SMEs: “Financial participation for small and medium-sized enterprises: Barriers and potential solutions”*, Dublin, 2004.

²⁹ Véase J. LOWITZSCH et alii, *Financial participation for a new social Europe. A building block approach*, Rome-Berlin, ed. EFES-IAFP, 2008. Es una respuesta al informe del Comité de Empleo y Asuntos sociales del Parlamento europeo (por W. Menrad) que resumió los avances desde la Recomendación de 92/443 en respuesta a la Comunicación de la Comisión “*on a framework for the promotion of employee financial participation*”.

³⁰ Communication from the Commission EUROPE 2020. *A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*: Brussels, 3 marzo 2010. COM(2010) 2020 final.

³¹ EUROPEAN COMMISSION, *Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*. Brussels, COM(2012) 740/2. Apartado 3.5: *Employee share Ownership*.

³² *Vid supra* n.1.

³³ El hecho de que la mayor parte de la inversión del *trust* constituye *stock* de la compañía, está más expuesto que los trust en los que hay mayor diversificación de inversión.

³⁴ Recomendación núm. 16. También sería interesante en términos de internacionalización de empresas (Recom. 17). El Parlamento anima a la Comisión Europea a presentar una evaluación independiente de impacto sobre tal régimen 29º (Recom. 20).

se está intentando también en otros ámbitos del Derecho privado como en materia de compraventa³⁵. Es una manera de avanzar en la armonización jurídica europea siendo respetuosa con el sistema y cultura de cada país y puede ofrecer un modelo que aspire a ser un referente que con el tiempo y a la vista de sus ventajas transnacionales tenga una fuerza expansiva y competitiva.

16. El modelo nacional será distinto en cada Estado miembro y de acuerdo con su propio sistema jurídico de Derecho privado, si bien pudiera responder al esquema anglosajón del *trust* ESOP, ejemplo de buena práctica³⁶. Como veremos a continuación la figura del *trust* se ha mostrado como un modelo eficaz en Estados Unidos para la transmisión de empresas familiares, pequeñas, no cotizadas, que posibilita adquirir acciones en nombre de los empleados. No extraña que ese modelo se promoció desde instancias europeas si se tiene presente que entre 2006 y 2016 se jubilarán en Europa un tercio de los empresarios³⁷. Ello puede provocar un cambio importante en el panorama regional de los negocios europeos si se producen ventas a inversores internacionales de fuera de la Unión. Los *trusts* aplicados a este fin evitan la transformación masiva de la propiedad de negocios familiares al ser un esquema flexible que facilita al fundador el poder vender todo o parte de la propiedad de modo progresivo y delegar algunas funciones de gestión, a la vez que retiene el control de la compañía hasta la plena jubilación.

17. El legislador europeo puede recurrir a varias fuentes de inspiración. En primer lugar, el Convenio de la Haya de 1985, sobre ley aplicable a los *trusts* y sobre su reconocimiento, que si bien no pretende hacer una regulación sustantiva, sino de normas de derecho internacional privado, sustenta el consenso internacional respecto a aquellas fórmulas que pueden ser objeto de reconocimiento internacional. Ciertamente tomó como punto de partida el régimen anglosajón del *trust*, pero renunció a sus rasgos más definitorios para buscar la aproximación de los Estados con sistemas romano-germánicos. A pesar de ello pocos países de la Unión Europea lo han ratificado³⁸. Otras referencias son las propuestas académicas de naturaleza armonizadora sobre el *trust*, como los denominados *Principles of European Trust Law* (PETL) publicados en 1999³⁹ y el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR, *Draft Common Frame of Reference*) de 2009 que incluyó en la fase final de su redacción el Título X sobre *Trusts*⁴⁰. La ausencia hasta la fecha de un *trust* "europeo"⁴¹ es un *handicap* a superar cuando se trata de impulsar un modelo europeo de ESOP, pero es evidente el interés nacional que con carácter general tiene la institución del *trust* en países ajenos al *common law* y este es un buen ejemplo. El potencial que ofrece el *trust* para las empresas es indiscutible⁴² y se verá *infra* la posibilidad de transposición del mismo aplicado a este fin.

³⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, de 11 de octubre de 2011. COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD).

³⁶ Vid. *supra* el informe *Report on financial participation of employees in companies' proceeds*. Se contempla que ese futuro instrumento comunitario pueda contener una cláusula *opt-out* para aquellos países escépticos a este modelo (p. 16).

³⁷ Esto puede afectar a 690.000 PYMEs y a 2,8 millones de empleos por año según datos aportados en su estudio por LOWITZSCH, *Financial participation...*, op.cit., pp.47-49.

³⁸ *Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*. Concluido en La Haya, el 1 de Julio de 1985, que entró en vigor el 1 enero de 1992. Véanse los países que lo han ratificado en: www.hcch.net. España no está entre ellos. Ver comentarios en: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Consideraciones sobre la ley aplicable al "trust de inversión" en Derecho Internacional Privado Español", en A. CALVO CARAVACA y S. AREAL LUDEÑA (Coord.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 411-424; M. CHECA MARTÍNEZ, *El Trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp.63-104; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust angloamericano y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.

³⁹ D.J. HAYTON, S. KORTMANN y H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Principles of European Trust Law*, vol. I (Law of Business and Finance), Kluwer Law International-W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

⁴⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, ed. C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE (*et alii*), Full edition, Munich, Sellier, 2009 (la versión preliminar - publicada en 2008- no contenía regulación sobre *trusts*).

⁴¹ Por ahora el *trust* es objeto de mención expresa en el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 12 de 16 enero 2001. Cfr. Arts. 5.6; 23.4 y 60.3.

⁴² M. GRIMALDI y F. BARRIÈRE, "Trust and Fiducie", en A.S. HARTKAMP, M.W. HESSEING, E.H. HONDIOUS, CH.MAK y C.E. DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4ª ed. revisada y extendida, The Netherlands, Wolters Kluwer-Ars Aequi, 2011, p. 1100, destacan del *trust* el ser una estructura muy competitiva en el ámbito empresarial.

IV. Planes de participación accionarial asalariado: *Employee Stock Ownership Plans* (ESOPs) mediante *trust*: una referencia para Europa

18. Para responder a la llamada de las instituciones comunitarias veamos previamente en qué consiste el *trust* anglosajón aplicado a los planes ESOP y el esfuerzo que se ha hecho ya en países europeos de nuestro entorno. En EEUU este tipo de planes ESOP se articulan a través de un *trust* que se denomina ESOT⁴³ (*Employee Stock Ownership Trust*)⁴⁴, que como veremos a continuación actúa de depósito y de administrador de acciones de la empresa en beneficio de los empleados, esto es, un *employee benefit trust*.

1. Aproximación a la figura

19. Los planes ESOP están muy extendidos en EEUU, donde han dado muestra de ser un fenómeno empresarial de éxito a lo largo de más de cuatro décadas. Alcanzan actualmente a unas 11.000 empresas, de las cuales entre el 30 al 40 por ciento tienen el cien por cien del capital en poder de los empleados⁴⁵. Según datos del *National Center for Employee Ownership* (NCEO), en 2012 había 28 millones de trabajadores norteamericanos en algún tipo de plan de participación en capital, de los que 10 millones pertenecen a PYMEs. Es decir, el panorama es justo el inverso que el que existe en Europa donde la participación en capital, en general, es más frecuente en grandes empresas⁴⁶.

20. La razón se encuentra en que en EEUU, desde su origen, este tipo de planes se han aplicado principalmente a pequeñas empresas, sobre todo negocios familiares, que estructuran esquemas societarios de este tipo para pasar progresivamente la propiedad de los fundadores a los empleados, manteniendo la marca y el control empresarial⁴⁷. Es en estas compañías donde un modelo fiduciario de participación ac-

⁴³ Con frecuencia el acrónimo ESOP se usa tanto para denominar el plan como la entidad fiduciaria o *trust*, indistintamente.

⁴⁴ Hay alguna voz aislada en España que denomina ESOP, no al plan de participación en propiedad accionarial, sino al de opciones sobre acciones, atribuyendo a la letra "O" la traducción de *options*: Es el caso de A. J. TAPIA HERMIDA, "El paradigma de los nuevos sistemas retributivos: planes de opciones sobre acciones dirigidos a los trabajadores (*Employee Stock Options Plans, ESOPs*)", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm.40, 2003, pp. 65-120; A.J. TAPIA HERMIDA y A.D. TAPIA FRADE, "Stock options (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans ESOPs*)", *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 87, 2002, pp.43-138. Sin embargo, no es la acepción generalizada.

⁴⁵ La bibliografía sobre ESOPs en España es escasa y enfocada sólo desde lo laboral y mercantil. Véase: A.C. MORALES GUTIÉRREZ, "Las ESOPs americanas y las empresas de trabajo asociado españolas. Fórmulas de acceso a la propiedad por parte de los trabajadores", *Boletín de Estudios y Documentación. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, marzo-abril 1988, pp. 80-84; J.A. ZAPATERO RANZ, "Capitalismo social en USA", *Revista Economía y Sociología del Trabajo*, núm.7, 1990, pp. 119-125; M. MONSERRAT JAUME, "El caso de las ESOPs americanas", *Alta dirección*, núm. 162, 1992, pp. 115-118; M.I. MARTÍNEZ TORRE-ENCISO, *Planes de Transferencia de Acciones a los Trabajadores en Norteamérica*, Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Complutense, Madrid, 1996 e Idem, "Definición y naturaleza de los ESOPs", *Anuario Jurídico Económico Escurialense*, núm. 30, 1997, pp. 621-647; J. MERCADER UGUINA, *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 215-218; B. ARRUNADA, *Economía de la empresa. Un enfoque contractual*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 121-124; AA.VV., *La participación de los trabajadores en la empresa*, op.cit.; AA.VV., *La participación financiera de las personas trabajadoras en la empresa*, Fundación EOI-CONFESAL, Madrid, 2013 (una versión anterior puede verse en F. FREUNDLICH y N. ARNAEZ, "Buenas prácticas y retos en EEUU", en AAVV, *La participación en la empresa*, Bilbao, GEZKI-UPV/EHU, 2007, pp. 77-108).

En EEUU la bibliografía es amplia, centrada principalmente en el mecanismo financiero-fiscal. Una de las primeras monografías: J. R. BLASI, *Employee ownership. Revolution or Ripoff?*, New York, Harper and Row, 1988, planteaba la pregunta cuando había mil ESOPs en EEUU, hoy es una realidad incontestable; otros trabajos de interés son: C. ROSEN, J. CASE y M. STAUBUS, *Equity: Why Employee Ownership is Good for Business*, Boston, Harvard Business School, 2005; A.W. STUMPF, "Fifty Years of Utopia: The Weird History of the Employee Stock Ownership Plan. A look back at the weird history of the ESOP", *Tax Lawyer* (Georgetown University Law School/American Bar Association, vol. 62-9, 2009, pp. 419-432; C. ROSEN, *An Ownership Tale*, Oakland, NCEO, 2008; D. ACKERMANN y J.A. KOBER, "How to cash out tax-free, yet keep your business... ESOPs- A Practical Guide for Business Owners and their Advisors", *Conference paper, Annual National Center for Employee Ownership*, San Francisco, 2002.

⁴⁶ Este centro es el principal órgano de información que existe sobre ESOPs en EEUU: <http://www.nceo.org/> (última consulta: 19.02.2014).

⁴⁷ Hay aproximadamente 25 empresas ESOP con plantillas superiores a 5.000 empleados y alguna con más de 150.000, pero en general se aplica más bien a empresas pequeñas o medianas de entre 50 y máximo 125 (AAVV, *La participación...*, op.cit., p. 51).

cionarial puede tener interés para facilitar el relevo generacional manteniendo el arraigo económico local y territorial. También en EEUU se ha utilizado este esquema financiero en supuestos de reestructuración y rescate de empresas en situaciones de insolvencia, pero en menor medida; y a veces han cumplido una interesante función de defensa frente a intentos de adquisición hostil⁴⁸. En cuanto a sectores económicos el tecnológico está resultando en los últimos tiempos el más afín a este modelo de participación con el objetivo de involucrar a los empleados más cualificados y evitar su fuga a otras empresas.

21. Los ESOP se han extendido a otros países de *common law*, no sólo en Europa (donde existen principalmente en Reino Unido e Irlanda) sino en Canadá y Australia, esto es, sobre todo allí donde el *trust* es una institución jurídica admitida y difundida en muchos órdenes de la vida, entre los cuales está el de la empresa. Pero sus comienzos en Estados Unidos se deben al abogado californiano Louis Kelso quien puso en marcha un primer ESOP en 1956⁴⁹, aunque ya existían en Japón desde principios del siglo XX⁵⁰. Kelso extendió después el modelo a muchas empresas (500 aproximadamente), pero no tuvo un reconocimiento legislativo hasta 1974, momento en el que fue aprobada la Ley federal de Protección de Ingresos en la Jubilación (*Employee Retirement Income Security Act*), conocida por el acrónimo ERISA, incluyéndose este tipo de planes a iniciativa de Russell Long como Presidente de la Comisión de Finanzas del Senado que reguló este tipo de participación financiera⁵¹. Hasta entonces sólo tenía reconocimiento limitado por parte del *Internal Revenue Service*⁵². El principal argumento para la regulación de los ESOP fue que su naturaleza de planes de contribuciones definidas hacía posible un mejor reparto de la riqueza nacional convirtiendo a los empleados en partícipes del capital de las empresas fomentando de un lado, mayor compromiso con la productividad y de otro, motivación de los trabajadores para la innovación⁵³. No obstante, la repercusión en un incremento de la productividad empresarial ha sido desde el principio una cuestión controvertida y es un extremo en todo caso ajeno a estas páginas⁵⁴. Lo que sí es posible afirmar es la importante función que cumplen en la economía estadounidense, una función controlada y vigilada, como plan de jubilación puesto que son instrumentos de previsión social y fun-

⁴⁸ Son disuasorios frente a OPAs (ZAPATERO, op.cit., p.121, cita algún caso de importante empresa americana que lo aplicó a tal fin; MERCADER UGUINA, *Modernas Tendencias...*, op.cit., p.217).

⁴⁹ El fenómeno de los ESOPs se asocia a la intervención de Kelso en 1956 en el periódico "*El Peninsula Newspaper, Inc.*" para que los trabajadores pudieran obtener la propiedad del negocio sin disminuir sus salarios ni utilizar sus ahorros. Véase MARTÍNEZ TORRE-ENCISO, "Definición...", op.cit., p. 621.

⁵⁰ Aunque los ESOPs se asocian con Estados Unidos, fue en Japón donde a principios de los años veinte del siglo XX ya se pusieron en marcha. Según D.C. JONES y T. KATO, "The scope, nature, and effects of employee stock ownership plans in Japan", *Industrial & Labour Relations Review*, vol. 46-2, 1993, pp. 352-367, *employee ownership plans* han existido en Japón al menos desde 1919 con la introducción de un plan en una de las compañías comerciales más grandes del país [p. 353]. Según MERCADER UGUINA, *Nuevas fórmulas...*, op.cit., p. 215, a finales de los años ochenta el 91 por ciento de las empresas japonesas cotizadas poseían un plan de este tipo.

⁵¹ Title 29 (Labor) United States Code. Subtitle B. Chapter XXV, Subchapter F: Part 2550. La definición de ESOP se encuentra en Section §2550.407d-6. Asimismo véase el Title 26 (Internal Revenue). Chapter I, Subchapter D: Part 54. Section §54.4975-11.

⁵² ERISA cubre dos tipos de planes de pensiones: "*defined benefit plans*" and "*defined contribution plans*". Los primeros ofrecen una cantidad fija mensual cuando llegue el momento de la jubilación; los segundos no contemplan una cantidad fija, sino que dependerá de la evolución de la sociedad o de las aportaciones que pueda ir haciendo la empresa a lo largo del tiempo (dentro de esta categoría entran los ESOPs como también los planes de reparto de beneficios). Caracteriza al ESOP que es un plan de contribución definida cuyas inversiones primordialmente recaen sobre el capital de la compañía. Estos ESOPs suelen ir acompañados de planes 401 (k) por los cuales el empleado puede elegir recibir parte de salario de forma diferida mediante la contribución de la empresa a un *trust* que articula el ESOP.

⁵³ En el nacimiento de los ESOPs hay tanto fundamentos económicos de permitir al trabajador el acceso al capital, algo que a título individual es normalmente difícil (el reparto de la riqueza empresarial en una sociedad como la americana estaba concentrada entre las grandes fortunas); como en razones psicosociales (AAVV, *La participación financiera...*, op.cit., pp.48-50). Ver J.D. MENKE y D.C. BUXTON, "The Origin and History of the ESOP and Its Future Role as a Business Succession Tool", *Journal of Financial Service Professionals (Society of Financial Service Professionals)*, May 2010.

⁵⁴ A título de ejemplo cabe citar algunos estudios: AVNER BEN-NER y DEREK C. JONES, "Employee Participation, Ownership, and Productivity: A Theoretical Framework", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 34-Issue 4, 1995, pp. 532-554; C. JAMES, J.C. SESIL, D.L. KRUSE y J.R. BLASI, "Sharing Ownership via Employee Stock Ownership". Discussion Paper No. 2001/25. World Institute for Development Economics Research. Asimismo, MARTÍNEZ TORRE-ENCISO, "Definición...", op.cit., pp. 637-638, recoge diferentes estudios realizados al efecto.

cionan en la práctica como plan de pensiones⁵⁵, pero son algo más en cuanto dependen de los resultados de una sola compañía (debe invertir fundamentalmente en el *stock* de la empresa) y pretenden servir al objetivo de aumentar la productividad. Precisamente en ello se justifican los mayores beneficios fiscales y en ello fundan su éxito⁵⁶.

2. El funcionamiento básico del plan de participación accionarial basado en el *trust*

22. La empresa que pone en marcha un plan de participación accionarial de este tipo crea un *trust* ESOT mediante un documento constituyente (*plan document*) en el cual se expresa la intención de que el *trust* soporte un porcentaje determinado del capital⁵⁷. Es el acto unilateral de constitución del *trust*; y además se alcanza posteriormente un convenio entre la empresa, que es previamente valorada por tasador independiente, y ese *trust* por el cual se regula el funcionamiento de traspaso de capital al *trustee*⁵⁸. Como se ha dicho, la finalidad más frecuente para iniciar un ESOP es lograr el relevo generacional de una pequeña empresa. A tal fin, el *trust* solicita un préstamo a un banco u otra entidad financiera con la garantía del activo de la empresa⁵⁹. El *trust* utiliza el préstamo para comprar el número de acciones o participaciones que corresponda por ese valor a quienes sean accionistas actuales de la compañía -operación de venta que estaría exenta fiscalmente-; o bien podrían ser acciones de nueva emisión⁶⁰. Una vez que las acciones están en poder del *trust* se colocan en una “cuenta en suspenso” y están bajo la titularidad del *trustee* que actúa como “*shareholder*”. Sólo se asignarán a los empleados a medida que el préstamo se vaya amortizando anualmente. Para amortizar el préstamo, la compañía va haciendo contribuciones en dinero fruto de su normal funcionamiento, esto es, mediante la liquidez ordinaria que va traspasando al *trust* en una cantidad equivalente a las cuotas de amortización del préstamo. Esas cuotas son objeto de desgravación como gasto de personal o prestación social, es decir, como si fuera la contribución a un fondo de pensiones –no sólo los intereses sino el capital prestado es objeto de desgravación-. También los dividendos de las acciones que gestiona el *trust* contribuyen a la devolución del préstamo hasta que el préstamo esté totalmente amortizado a lo largo del tiempo previsto.

23. Este es el mecanismo financiero requerido legalmente para que entren en juego las desgravaciones fiscales y se denomina “*leveraged ESOP*”⁶¹ (puede traducirse por “ESOP apalancado”). Además es gradual porque a medida que el préstamo se va amortizando anualmente, el *trust* asigna capital a los empleados en unas cuentas individuales (llamadas “cuentas ESOP”) y en ellas quedan depositadas las acciones hasta que causen baja en la compañía (jubilación, cese...). No es una mera asignación contable. Durante ese tiempo son considerados propietarios *in equity* y la asignación se hace en virtud de

⁵⁵ A juicio de H. HANSMANN y U. MATTEI, “The functions of the trust law: a comparative legal and economic analysis”, New York University Law Review, 1998, pp. 434-479 [467], presumiblemente la principal motivación para ello fue asegurar que los valores del fondo fueran inmunes de las reclamaciones de los acreedores de la empresa.

⁵⁶ Son objeto de registro fiscal. Los documentos constituyentes de los ESOPs se registran en el Departamento de Hacienda Federal a efectos tributarios como establece el *Internal Revenue Service*, IRS.

⁵⁷ Para que entren en juego las ventajas fiscales es necesario un porcentaje mínimo de capital en poder del *trust* (30 por ciento).

⁵⁸ J. SHANNAHAN y L. HENNESSY, *Underpinning Partnership at the workplace – An MSF Guide to Profit Sharing, ESOPs and Equity Participation*, Dublin, 1998; AA.VV., *La participación financiera...*, op.cit., pp. 55-66 y anexo (161-176); LOWITZSCH, *Financial participation...*, op.cit., pp. 43-49; y MARTÍNEZ TORRE-ENCISO, “Definición y naturaleza...”, op.cit., pp. 630-632.

⁵⁹ Sería posible que la empresa fuera quien solicitase el préstamo, que a su vez lo transmitiese al *trust*.

⁶⁰ Ver 29 USC. §2550.408b-3: *Loans to Employee Stock Ownership Plans*. Las ventajas fiscales pueden alcanzar al banco que presta el dinero para el apalancamiento (En AA.VV., *La participación financiera...*, op.cit., p.164).

⁶¹ AA.VV., *Leveraged ESOPs and Employee Buyouts*, 6ª ed., Oakland, NCEO, 2013. Hay tres tipos diferentes de préstamo ESOP desde el punto de vista técnico: a) el *leveraged ESOP loan*, que respondería al esquema más clásico al que nos hemos referido donde el préstamo lo recibe el *trust*; b) *immediate allocation ESOP loans*, en cuyo caso el préstamo se realiza directamente a la empresa promotora –este tipo de operaciones suele tener una duración de siete años; y c) *back to back leveraged ESOP loan*, que participa de los dos anteriores porque de un lado la empresa promotora solicita un préstamo, la cual sucesivamente la transfiere al *trust* que la utiliza para adquirir el capital, es decir, hay dos préstamos, el primero entre el banco y la empresa y el segundo entre la empresa y el *trust*. Véase G. MERUZZI, “Back to back Loans”, en F. GALGANO (dir.), *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1995, pp. 845-663 [857-859].

una fórmula preestablecida en cada caso, normalmente en proporción al salario. Cuando los empleados abandonen la empresa, reciben el capital acumulado en su cuenta y en ese momento, bien el *trust* o bien la compañía, depende de lo establecido en cada caso, están obligados si lo pide el empleado (*put option*) a comprar el capital, previa tasación independiente, bien en un solo acto o en varios plazos hasta un máximo, normalmente de cinco años⁶².

24. Esta es la manera habitual de llevar a cabo el relevo generacional en empresas pequeñas. El fundador de una empresa que quiera venderla a sus empleados puede obtener el cien por cien del valor del porcentaje que traspasa si lo hace a través de esta fórmula jurídica y además con la ventaja fiscal adicional de que aplaza el pago del impuesto de plusvalía hasta su fallecimiento siempre que venda un determinado porcentaje del capital empresarial (suele ser del 30 por ciento). Las ventajas fiscales son muy relevantes y es más versátil que los modelos de reparto de beneficios basados en acciones (*share-based profit-sharing scheme*)⁶³. En definitiva, este sistema de endeudamiento es una vía interesante para la adquisición de una empresa sin tener liquidez para ello, que como fórmula genérica se conoce como *leveraged buy-out* (LBO)⁶⁴, una técnica financiera desarrollada en EEUU en los años sesenta para adquirir empresas con fuentes de financiación ajenas a quien promueve la operación y reembolsables con recursos de la propia sociedad adquirida⁶⁵.

25. Si el ESOP no se genera mediante un préstamo, entonces se llama “*non leveraged*” (no apalancado). Aquí el plan se pone en marcha no para organizar una sucesión en la titularidad, sino por otros motivos como simplemente dar participación a los empleados para lograr un modelo empresarial diferente, con más motivación e implicación. En este caso la empresa va aportando al *trust* anualmente una cantidad determinada bien mediante contribuciones en metálico o en acciones; y esa aportación la va desgravando como gasto de personal o prestación social. La cantidad normalmente depende de lo acordado con los empleados en materia de reparto de beneficios. Las acciones que adquiere el *trust* se reparten directamente en las cuentas ESOP individuales de los empleados. En los ESOP no apalancados las contribuciones pueden variar cada año dependiendo de los resultados empresariales.

3. Configuración como *trust* de carácter financiero: *employee benefit trust*

26. En términos jurídico-sustantivos, el sistema responde al de un *trust* constituido jurídicamente en beneficio de los empleados (*employee benefit trust*)⁶⁶ y se encuadra dentro de los *trust* de naturaleza financiera, entre los que destacan los *pension funds* y este tipo de ESOPs⁶⁷. En el caso de los ESOPs,

⁶² En el documento constitutivo se establece un calendario de transmisión del derecho a percibir acciones. Normalmente el trabajador debe permanecer varios años en la empresa. Se establece un máximo legal de siete años para la transmisión del cien por cien de los derechos.

⁶³ LOWITZSCH, *Financiaci3n participaci3n*,..., op.cit., p.33.

⁶⁴ A. AURIOLES MARTIN, “Los *leveraged buy-outs* y su integraci3n en el Derecho espa3ol de las sociedades an3nimas”, *Revista de Derecho bancario y burs3til*, n3m. 51, 1993, pp. 637-679, describe con detalle esta t3cnica financiera, cuyo principal rasgo es permitir la adquisici3n con una m3nima aportaci3n de recursos propios a cambio de ofrecer como garant3a a los financiadores de la operaci3n la cobertura proporcionada por el patrimonio de la empresa objeto de adquisici3n [p.641]. V3ase ampliamente A. SERRANO ACITORES, *Leveraged buyouts: El Sistema contractual de las Adquisiciones apalancadas de Empresas por Operadores de Capital Riesgo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 99-104; A. PALOMERO BENAZERRAF y P. SANZ BAY3N, “Alcance de la prohibici3n de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas”, *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, N3m. 3, 2013, pp. 217-297.

⁶⁵ Esta t3cnica vivi3 su 3poca de bonanza en los noventa pero el excesivo apalancamiento en algunos casos concretos ha puesto en entredicho algunas de las operaciones llevadas a cabo porque la sociedad no genera los beneficios necesarios para hacer frente al endeudamiento y devolver el pr3stamo.

⁶⁶ Estamos hablando de beneficiarios concretos y determinados, los empleados de la empresa, que en la medida en que cesan en la misma y disponen del capital acumulado –asignado–, se procede a la entrada de nuevos part3cipes que tambi3n deben ser empleados. Es aplicable el “*beneficiary principle*” que el *trust* americano toma del Derecho ingl3s: E.C. HALBACH Jr., *Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century’s End*, 88 Cal. L. Rev. 1877 (2000).

Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol88/iss6/5> (consulta: 20 mayo 2014).

⁶⁷ Los ESOPs son incardinados entre los “*trusts for financial operations*” en M. LUPOI, *Trusts: A Comparative Study*, trad. Simon Dix, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p.146 (nota 248).

el constituyente es una empresa que por una u otra razón desea poner en marcha un plan de participación accionarial para sus empleados que son los beneficiarios (*beneficiaries*, *beneficial owners* o *cestui que trust*) del capital empresarial, el cual es depositado, gestionado y administrado por un fiduciario o *trustee*⁶⁸. Los tres protagonistas clásicos del *trust* aparecen bien diferenciados. Los beneficiarios necesariamente deben estar unidos por una relación contractual laboral con la sociedad constituyente del *trust*⁶⁹. El *trustee*, que puede ser una persona física (abogados especializados en gestión de este tipo de planes) o jurídica, es nombrado bien por la empresa, o bien conjuntamente por la empresa y los empleados. El *trustee* ejercita los derechos colectivamente de los partícipes conforme a lo establecido en la constitución del ESOP y ejerce el control, gestión y decisión discrecional sobre los valores que integran el patrimonio fiduciario⁷⁰. Su posición jurídica es la ser el propietario legal o nominal del fondo accionarial y al realizar las asignaciones contables a las cuentas individuales ESOP de los trabajadores, está generando una *equitable ownership* a favor de cada uno de los empleados integrados en el plan. Las obligaciones del fiduciario o *trustee* son las de una leal administración financiera, deberes contables y de información, así como de confidencialidad. Están reguladas en ERISA y deberá responder en caso de desviarse de las mismas⁷¹. Este esquema básico puede complicarse con otros elementos, como la diversificación de la inversión, pero primordialmente debe invertir en el *stock* de la empresa⁷². Ahí radica su razón de ser y el sistema de ventajas fiscales, y le diferencia de un plan de pensiones ordinario. Además el funcionamiento del *trust* permite crear un mercado interno en cuanto que los empleados que se jubilan venden sus acciones y otros empleados puedan comprarlas a través de una especie de subasta que tiene lugar periódicamente.

27. Si tuviéramos que sintetizar las ventajas de un *trust* de este tipo diríamos: Primero, que permite que la participación sea financiada a lo largo del tiempo y mediante el acceso a más fuentes de financiación, lo que es posible porque el *trust* puede pedir prestados fondos para financiar la propiedad de los empleados y *a posteriori* devolver el préstamo en un periodo largo de tiempo mediante contribuciones de la compañía, bien con el *cash flow* ordinario o con los beneficios de la empresa. En segundo lugar, el *trust* genera una estructura estable y duradera al servicio del fin de la propiedad de los empleados y permite un mercado interno de acciones donde estos venden las acciones cuando se jubilan o se retiran de la empresa. En tercer lugar, el *trust* protege a los empleados frente a pretensiones de terceros acreedores del *trustee*. Y cuarto, la posibilidad de utilizar un *trust* para la transmisión de la sociedad a los empleados, en caso de empresas familiares. Habría una ventaja adicional importante cual es que el *trust* ofrece un vehículo para hacer oír colectivamente a los empleados, lo que suele motivar y consolidar el compromiso de los empleados dentro de la empresa. No entraremos en este ensayo en la vinculación entre este tipo de esquemas participativos y la mayor o menor involucración del empleado en el gobierno societario, sin perjuicio del reflejo que ello pueda tener en la motivación y productividad. Dejamos mera constancia de que este tipo de planes crea una en EEUU una estructura que aporta a la propiedad de los empleados otra dimensión jurídica y empresarial.

⁶⁸ Ver USC §54.4975-9: Definición de “*fiduciary*”.

⁶⁹ Normalmente se establece un mínimo de antigüedad. Igual que ocurre con los *pension scheme trust*, hay una diferencia importante respecto a los *trusts* tradicionales en los que no hay una relación jurídica entre las partes. Sin embargo, en este tipo de *trust* por definición los beneficiarios están unidos por contrato con el constituyente, la empresa que pone en marcha el plan financiero. Véase sobre “*pension scheme trusts*”: P.H., PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 9ª ed., Butterworths, 2001, pp.17-18. Según el autor ello hace que haya de aplicarse con cautela las previsiones generales sobre *private trusts*.

⁷⁰ En casos de fusión, venta importante del activo, etc.. la intervención de los partícipes en el ESOP está regulada por ley y debe ser seguida por los *trustees*.

⁷¹ Title 29. USC. Subtitle B. Chapter XXV. Subchapter F: Part §2550.401-412: *Rules and Regulations for fiduciary responsibility*. Ver *Uniform Prudent Investor Act* (1994) aplicable a inversiones de fondos procedentes de “*charitable and pension trusts*”. Asimismo *Restatement of Trusts 3d (Prudent Investor Rule)*. Según LUPOI, *Trusts*, op.cit., p.146, los deberes de los *trustees* son delicados por ejemplo cuando la compañía se encuentra frente a una operación de adquisición hostil y tienen que decidir la decisión a adoptar.

⁷² Es posible que el empleado, transcurrido cierto tiempo en la empresa, solicite una diversificación de sus inversiones en activos ajenos a la empresa (el límite máximo suele estar fijado en el 50 por ciento).

4. Los ESOPs en Europa. La experiencia en Reino Unido, Francia y Alemania

28. Los dos países europeos con más largo recorrido en participación financiera son Reino Unido y Francia. En ambos ha habido un compromiso institucional constante en el tiempo y un reconocimiento legislativo que ha permitido poner en marcha diferentes modelos de participación accionarial.

A. Reino Unido: Los *Employee Benefit Trusts* (EBTs)

29. El Reino Unido tomó prestado a finales de esa década de los ochenta el modelo americano ESOPs para aplicarlo a situaciones de privatización de empresas y surgieron así los llamados “*common law ESOPs*”, más frecuentemente conocidos en este país directamente como “*employee benefit trusts*” (EBTs)⁷³ y no mediante el acrónimo estadounidense⁷⁴. Esto es, *trusts* en beneficio de los empleados de una empresa o de un grupo de empresas que responden a la modalidad de *discretionary trust*. Los beneficiarios pueden extenderse también a antiguos trabajadores, *charity* u otras personas⁷⁵. Si todas las acciones están bajo la gestión del *trustee*, se dice entonces que estamos ante una “*employee owned company/business*” (EOBs). La idea nace en los ochenta al aprobarse un sistema de exenciones tributarias para aquellas empresas que implanten esquemas de participación financiera en los beneficios (*profit related pay*)⁷⁶ con el fundamento de que pueden aumentar la productividad⁷⁷. Así las cosas, además distribuir de acciones de modo gratuito, las empresas empiezan a poner en marcha un sistema que permite su adquisición a través de un *trust* que mantiene y gestiona las acciones durante un tiempo determinado en el que no es posible la libre disposición sobre las acciones hasta el cese de actividad en la empresa. El sistema es calificado de “*indirect employee ownership*” dado que las acciones se colocan de modo colectivo en nombre de los empleados.

30. En cuanto al funcionamiento interno, es similar al de un ESOP estadounidense en el que el *trust* actúa como “*shareholder*” en nombre de los empleados, que son los beneficiarios. Los *trustees* pueden incluir personas elegidas entre los trabajadores; deciden sobre la gestión de los beneficios procedentes de la propiedad de las acciones; cómo votar en las reuniones de accionistas; si entregan o no dividendos; o si derivan a una propiedad directa de acciones a los empleados. El *employee trust* puede recibir originariamente acciones de la propia compañía y/o solicitar un préstamo bancario, normalmente con la garantía de la empresa, para comprar acciones de los actuales accionistas. A lo largo de los años la compañía financia el *trust* mediante beneficios de la misma que el *trust* utiliza para amortizar el préstamo y pagar intereses. Esto es, un sistema de apalancamiento. Los trabajadores-accionistas no cuentan con representación directa en la dirección de la empresa, sino a través de sus representantes (“*councillors*”)⁷⁸. En este sentido, el *trust* EBT presenta las mismas ventajas sustantivas que el ESOP americano, pero el “lado oscuro” del modelo británico radica en que el régimen fiscal no es tan favorable

⁷³ Una aproximación a este tipo de *trust* en general puede verse en: S. GARDNER, *An introduction to the Law of Trusts*, 2 ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 105-108

⁷⁴ Una de las primeras obras sobre el tema en UK: J. NELSON-JONES y G. NUTTAL, *Employee Ownership – Legal and Tax Aspects*, Format Publishing, London, 1987.

⁷⁵ Exento del impuesto de sucesiones en los términos permitidos según *Section 86* de la ley *Inheritance Tax Act 1984*. Se exige que todos o casi todos los empleados sean beneficiarios.

⁷⁶ Sobre la relativa incidencia en el gobierno y gestión de esa participación en los beneficios: A. NEAL, “Participación financiera de los trabajadores en el Reino Unido: ¿democracia de los accionistas o participación de los trabajadores”, en LANDA ZAPIRAIN, *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, op.cit., pp. 107-114.

⁷⁷ Desde los años 80 en Reino Unido se han analizado los efectos en la productividad de las ESOPs. El impacto positivo sólo se detecta si va acompañada la participación en la propiedad con la toma de decisiones: C. JONES, y J. PISKIN, *The Effects of Worker Participation, Employee Ownership and Profit Sharing on Economics Performance: A Partial Review*. Working Paper. nº 13, Noviembre 1988, pp.1-34, recogen resultados de diversos estudios.

⁷⁸ La empresa de Reino Unido más grande en propiedad de sus empleados es “John Lewis Partnership”, fundada en 1864, tiene en la actualidad 69.000 *partners*. Asimismo desde la perspectiva de las empresas, véase el informe publicado por JOL (*Job Ownership Limited*), una asociación de “*employee owned and trust owned businesses*”: R. POSTLETHWAITE, M. MICHIE, P. BURNS y G. NUTTALL, *Shared Company. How employee ownership works*, 2005. Este trabajo pone de relieve la importancia creciente de este fenómeno en UK y que las “*employee buy-outs*” van en aumento en casos de transmisión de empresa.

como el estadounidense. Las contribuciones al *trust* no tienen el mismo tratamiento y en definitiva no son tan atractivos.

31. En los años noventa se creó un tipo de plan regulado, los llamados “*qualifying employee share trusts*” (QUEST)⁷⁹, cuya principal diferencia era que las contribuciones que se hacían al *trust* sí eran deducibles fiscalmente de acuerdo con la ley y no sobre la base del *case law*, en determinadas circunstancias y fines, lo que les hizo populares durante un tiempo hasta que los beneficios fiscales desaparecieron en 2003 debido a una práctica abusiva de los mismos⁸⁰. Es entonces cuando se aprobó la *Employee Share Schemes Act* 2002 que es la única ley en Reino Unido que incentiva planes de propiedad accionarial de empleados basados en *trust*⁸¹. Sin embargo, el interés de estas fórmulas ha sido muy inferior a EEUU con algunas excepciones relevantes. Por ello, en el año 2012 el Gobierno británico encarga la actualización de un relevante informe en la materia que se había realizado en 1999 (Informe Nuttal)⁸² en el que se elabora un análisis sobre la cuestión. En el mismo se expresa el interés gubernamental en la promoción de la propiedad financiera, en sentido amplio, y en la creación de más conciencia sobre las bondades del accionariado asalariado. El motivo es la consideración de que el sistema “*employee ownership*” puede ayudar a impulsar el crecimiento económico sostenible del Reino Unido dado que este tipo de empresas suelen ser más resistentes a las recesiones e incrementan la productividad y bienestar de los empleados⁸³.

32. En ese relanzamiento de los ESOP, la institución jurídica del *trust* ofrece en Reino Unido la solución al desafío de financiar la propiedad de los trabajadores que no pueden reunir el capital suficiente personalmente como para poder adquirir directamente una proporción significativa del capital de la compañía. Además la mayor parte de las empresas están familiarizadas con el *trust*, como una institución arraigada en el Reino Unido y aunque se barajó en alguna ocasión otro esquema alternativo, el *trust* resulta ser la fórmula jurídica que mejor se adapta a este fin, ofrece una estructura jurídica duradera en el tiempo y permite lograr un compromiso con los empleados⁸⁴. Para impulsar el interés en la participación financiera a través de *trust* se están eliminando las barreras existentes suministrando información y acceso a un modelo simplificado de *trust* “*off the shelf*”⁸⁵ junto con una reforma fiscal que ha entrado en vigor a través de la *Finance Bill* en 2014 y que incorpora ventajas fiscales en diversos tributos (sociedades, renta...) ⁸⁶.

B. Francia: Los *fonds commun de placement d'entreprise*

33. La voluntad gubernamental de dar participación financiera a los empleados en Francia viene de lejos porque comienza en los años cincuenta a través de la participación en resultados empresariales

⁷⁹ *Finance Act* 1989 section 67-74 y Schedule 5. Ver A. PENDLETON, *Employee Ownership, Participation and Governance. A study of ESOPs in the UK*, London-New York, Routledge, 2011, pp. 60-79, sobre las *case law* EBT y el modelo regulado QUEST.

⁸⁰ Sobre el abuso de esta fórmula en relación a lo que era la previsión original: G. NUTTAL, *Introduction to EBTs*, 2004. http://www.equityincentives.co.uk/documents/pdfs/EBTs_Stash.pdf (última consulta: 17 marzo 2014).

⁸¹ Entró en vigor el 6 de abril de 2003.

⁸² G. NUTTALL, *Employee ownership: UK legal and tax aspects*, Field Fisher Waterhouse, January 1999. El autor lo actualizó en 2012 por encargo del Ministro for Employment Relations, Consumer and Postal Affairs: G. NUTTALL, *Sharing Success: The Nuttal Review of employee ownership in the UK*, July 2012, p.74.

⁸³ Sobre la eficiencia de la propiedad de los trabajadores, véase el informe: J. LAMPELL, A. BHALLA y P. JHA, “The employee ownership advantage: benefits and consequences”, Cass Business School City, University London, July 2012 (<http://www.bis.gov.uk>). Este informe analiza un total de 41 “*employee-owned businesses*” (EOBs) y 22 “*non-employee owned businesses*” (non-EOBs).

⁸⁴ Observación de NUTTALL (2012), p.61 (apdo. 5.11). Además durante las operaciones de *employee buy outs*, es más fácil gestionar las negociaciones si hay *trustees*, que con todos los empleados. Son una “herramienta” de comunicación que actúa como “*custodian*” del *ethos* de esa propiedad en poder de los empleados.

⁸⁵ En UK existen asociaciones como la *Employee Ownership Association* así como una red de organizaciones que informan y guían a las empresas interesadas en “*employee ownership*”.

⁸⁶ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/264598/7_Employee_ownership.pdf (última consulta: 17 marzo 2014). En Diciembre de 2013 el Gobierno hizo público el documento: *Call for Evidence on the restrictions around the perpetuity of Employee Benefit Trusts* in the UK.

por diversos sistemas⁸⁷ e incluso hay precedentes sobre accionariado asalariado desde principios del siglo XX⁸⁸. No obstante, será a partir de los noventa cuando el compromiso institucional por la entrada de los empleados en el capital se hace presente a través de los llamados planes de ahorro de empresa (*plan d'épargne d'entreprise*) con intervención del comité de empresa, aunque no siempre, y con importantes ventajas tributarias. Esos modelos de participación se nutren de los planes de reparto de beneficios y se gestionan mediante empresas financieras especializadas que invierten las cantidades en acciones y otros productos financieros con un bloqueo de disposición temporal⁸⁹. Las fórmulas son variadas y complejas, pero el esquema de mayor eficiencia que garantiza una verdadera implicación en el capital son los fondos comunes de inversión de empresa, "*fonds commun de placement d'entreprise*" (FCPE). Estos fondos no tienen personalidad jurídica, gozan de ventajas fiscales y existe una articulación de la normativa societaria que permite aumentar la entrada de accionariado asalariado cuando se libera capital⁹⁰. Son fondos de "*épargne salariale*" que requieren de un volumen relevante de capital en poder de los empleados para su participación en el Consejo de Administración⁹¹. El compromiso del Gobierno francés con este tipo de fondos es constante y en 2008 se ha llegado a establecer un organismo público de vigilancia y control⁹².

a. Los FCPE de reprise y la transmisión empresarial

34. En el año 2006 se aprobó una ley para regular una modalidad de estos fondos, los "FCPE de reprise", también conocidos por sus términos en inglés, "*employee-buyout mutual fund*", que imitan la estructura de un ESOP estadounidense apalancado, esto es, utilizan el mecanismo de un préstamo que permite a los trabajadores participar en el capital liberado de modo progresivo⁹³. Esta ley se ha incorporado al Código del Trabajo⁹⁴. Se trata de un tipo de fondos pensados para empresas que no cotizan, fundamentalmente PYMEs, que facilitan al igual que los ESOPs americanos que los fundadores de

⁸⁷ Data de 1959 la primera legislación sobre el llamado "*intéressement*", al que siguió en 1967 una ley sobre participación obligatoria en los resultados empresariales para empresas de más de 100 trabajadores. Desde 1986 es obligatoria la participación en beneficios para empresas de 50 trabajadores. La participación en el capital bien mediante reparto de *stock options* bien mediante fondos de ahorros específicos también está regulada. Más detalle en P. MAILLARD: *Intéressement, participation actionariat*, Paris, Dalloz, 2000 e Idem, Informe: *La participation, une idée toujours neuve et une impérieuse nécessité pour la bonne marche des petites entreprises*, 2007; AA.VV., *Epargne salariale - Plans d'épargne, PERCO-PEI-PEE, Stock-options, Participation et intéressement*, 2e éd., Paris, F. Lefevre, 2004. Una visión general puede verse en: G. AUZERO, "La repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso francés (I Parte)", pp.69-78 y P. MARTIN, "La repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso francés (II Parte)", pp. 79-91 (ambos publicados en: LANDA ZAPIRAIN, *Nuevas formas de participación de los trabajadores...*, op.cit.); NIETO ROJAS, op.cit., pp. 76-80.

⁸⁸ La llamada *société anonyme à participation ouvrière* (Loi Briand de 26 abril 1917).

⁸⁹ Loi n° 640-1994, de 25 julio 1994, *relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* (JO de 27 julio 1994); Loi n° 152-2001, de 19 febrero 2001 *sur l'épargne salariale* (JO de 20 febrero 2001).

⁹⁰ Ver AUZERO, op.cit., pp. 76-77, sobre las previsiones del Código mercantil y laboral francés respecto al aumento de capital reservado a los adherentes a planes o fondos de esta naturaleza.

⁹¹ Francia ha caminado desde el principio en este ámbito de la participación financiera asalariada sobre el fundamento de la vinculación entre la participación en el capital y en el gobierno de la empresa desde el principio. El modelo francés se aleja del estadounidense, más liberal, y se caracteriza por la presencia de esta cuestión en la negociación colectiva, la representación del empleado-accionista a través de diferentes fórmulas siendo importante la de las asociaciones de accionistas y la existencia en cada fondo de un Consejo de Vigilancia, integrado solo por representantes de este accionariado asalariado, que se implica en la gestión de tal fondo y que representa al fondo en los órganos de gobierno societario. La participación en la Asamblea general de accionistas puede articularse a través de la figura clásica del mandato (pero con regulación específica para este fin: Loi n° 640-1994 du 25.07.1994, o a través de asociaciones de accionistas, especialmente en las grandes empresas, como Renault, Crédit Lyonnais (ver datos de la Federación francesa de Asociaciones de Accionistas asalariados: <http://www.fas.asso.fr/>). Cuestión distinta, y ajena a este trabajo, es si la participación supone un cambio en el modo de gobierno de las empresas. Ver crítica sobre la escasa eficiencia del modelo francés en cuanto a la incidencia real en el gobierno empresarial en MARTIN, "La repercusión...", op.cit., pp. 82-83, 90.

⁹² Es el *Conseil d'orientation de la participation, de l'intéressement, de l'épargne salariale et de l'actionariat salarié*: Loi n° 1258-2008, de 3 diciembre 2008, *en faveur des revenus du travail* (JO n° 0282-2008, de 4 diciembre 2008).

⁹³ Loi 2006-1770, de 30.12.2006, *pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social* (JO núm. 303, de 31 diciembre 2006); reformada por *Loi n°2008-111, de 8 febrero 2008* y *Loi n°2009-526, de 12 mayo 2009*.

⁹⁴ Ley codificada en Art. L 3332-16 Labour Code.

empresas familiares puedan ir transmitiendo capital a los empleados cuando no tienen herederos para que continúen al frente de las mismas⁹⁵. El FCPE *de reprise* se incardina en los planes de ahorro convencionales de la empresa. Ahora bien, a diferencia de un plan apalancado articulado a través de un *trust*, en Francia se requiere además del fondo en sí, el FCPE *de reprise*, la creación de una compañía holding (*buyout holding company*) que utiliza la estructura de una sociedad anónima simplificada de responsabilidad limitada (S.A.S.), la cual actúa de intermediaria para solicitar el préstamo que permite financiar la adquisición de acciones. El mecanismo utilizado es el común en las transacciones *leveraged buy-outs* (LBO), donde quien promueve la operación constituye una sociedad *ad hoc* con un mínimo de contribución económica por cada partícipe⁹⁶. El Derecho francés ya tenía una regulación de LBO desde principios de los ochenta, cuando transpuso la Segunda Directiva, para facilitar la adquisición de empresas por su propio personal asalariado creando una “*holding de reprise*”⁹⁷. Su éxito había sido muy escaso⁹⁸. Los empleados tienen en el fondo fiduciario, el FCPE *de reprise*, su participación gestionada por una entidad regulada. Es un fondo fiduciario que va recibiendo las acciones o participaciones a medida que se produce la amortización del crédito apalancado a través de la empresa de “*holding*”, que gestiona la transmisión total o parcial del capital, esto es, compra todas o parte de las acciones de la empresa a transmitir, dependiendo de la parte de capital del que se quiera desprender. La compra de esas acciones se financia por el préstamo bancario garantizado por la empresa objeto de transmisión. La idea es que el préstamo se va amortizando con los dividendos de las acciones de los empleados procedentes del fondo, contribuciones voluntarias de éstos y de la propia sociedad *holding*.

35. La similitud con el *trust* angloamericano es muy elevada en cuanto al resultado: Se consigue trasladar a los trabajadores todo o parte del capital social sin aportación directa por parte de estos; la sucesión en la empresa se realiza sin pérdida de control y sin necesidad de vender a terceros; los trabajadores pueden disponer de las acciones hasta su retirada de la compañía por muerte, invalidez o jubilación⁹⁹; el fondo funciona asimismo como un mercado interno entre los que venden al cesar en la empresa y quienes compran, algo interesante en empresas no cotizadas ya que les permite lograr liquidez; y finalmente, los representantes de los fondos no son elegidos por los representantes sindicales sino por el accionariado asalariado. En suma, se consigue articular un sistema de traspaso de capital de modo progresivo, seguro y con ventajas fiscales de modo apalancado. Sin embargo, la construcción jurídica francesa es más compleja y más costosa por la combinación del fondo y la empresa *holding* que le sirve de soporte del capital y de gestión del apalancamiento. La existencia de esta empresa *holding* perfila la idiosincrasia del esquema francés respecto al anglosajón porque utiliza la estructura societaria de esa empresa para colocar al fundador en el gobierno de la misma y desde la misma controlar la sucesión durante el tiempo que dura la transición (una vez amortizado el préstamo, el fundador se retira del *holding*)¹⁰⁰.

⁹⁵ Véase sobre este tipo de fondos el informe elaborado por Jens LOWITZSCH y Iraj HASHI para el Parlamento Europeo: Directorate General for Internal Policies publicado en septiembre 2012: *Report on financial participation of employees in companies' proceeds* (2013/2127(INI)) A7-0465/2013. [Sobre Francia: pp. 145-151]. También puede servir para aquellas sociedades en manos de fondos de inversión con evolución irregular difíciles de revender a otro fondo.

⁹⁶ AURIOLES MARTIN, “Los *leveraged buy-outs*...”, op.cit., p.642. Esa sociedad suele denominarse *New Company* (NewCo) dirigida a comprar acciones de la sociedad objetivo o “*target*”. Es posible posteriormente que la NewCo se fusione con la “*target*” o quede como sociedad independiente. Esta técnica financiera es una vía para facilitar el acceso del personal laboral a la propiedad de las empresas en las que trabajan [p.652].

⁹⁷ Loi n° 84-578 du 9 juillet 1984 sur le développement de l’initiative économique. Su promotor fue Jacques Delors. Véase L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art.81.2 LSA)”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 47, 1992, pp. 842-843.

⁹⁸ AURIOLES MARTIN, “Los *leveraged buy-outs*...”, op.cit., p. 659. Véase en este lugar bibliografía sobre la doctrina mercantilista francesa al respecto. Esa ley crea la llamada “*Rachat de l’Enterprise par ses Salariés* (RES)”.

⁹⁹ A diferencia de un FCPE normal que establece hasta nueve causas de rescate del fondo.

¹⁰⁰ Otro elemento singular del esquema francés es que según el art. 37 de la Ley de 2006, debe sustentar el capital de esa empresa un mínimo de quince empleados o un tercio en empresas con menos de 50 empleados: “*La mise en place de ce fonds est subordonnée aux conditions suivantes:*

« 1° Au moins quinze salariés, ou au moins 30 % des salariés si les effectifs de l’entreprise n’excèdent pas cinquante salariés, sont impliqués dans l’opération de rachat réservée aux salariés. 2° L’accord avec le personnel précise l’identité des salariés impliqués dans l’opération [...] ».

b. La perspectiva fiduciaria

36. La naturaleza jurídica de esos fondos responde a la *fiducie* financiera, aunque no lo diga la ley de creación de estos fondos que es un mero compendio de normas laborales y mercantiles, anterior a la aprobación de la ley reguladora de la *fiducie* que es un año posterior (2007)¹⁰¹. La *fiducie* como es sabido es fruto de un largo proceso legislativo¹⁰² y de discernimiento doctrinal¹⁰³ y en el debate que tuvo lugar en el Senado se citan estos fondos FCPE como “ejemplo de la *fiducie* a ser utilizado por las empresas”¹⁰⁴. Algo que no sorprende porque el principal motor para la regulación de la *fiducie* fue el financiero¹⁰⁵. De momento estos fondos “*de reprise*” no han tenido éxito, como tampoco lo tuvo en los ochenta cuando se regularon los LBO. En 2013 la *Autorité des marchés financiers* afirmaba que hasta 2012 no había aprobado ningún fondo de esta naturaleza. Por lo tanto, apenas se ha utilizado en la práctica, aunque los especialistas en el tema confían en que a medida que se conozca se emplee más¹⁰⁶.

37. A nuestro modo de ver, la formulación francesa de la *fiducie* tampoco ayuda si se tienen presente dos ideas: De una parte, que el patrimonio fiduciario (Art. 2024 Code) tal y como está regulado no es estanco. Según el Art. 2025 Code (apdos. 2 y 3) puede responder el constituyente de deudas del patrimonio fiduciario y la limitación de responsabilidad del patrimonio fiduciario tiene efectos muy restringidos. De otra, no está clara la titularidad jurídica que asume el fiduciario. Del Art. 2011 del Code, al definir la *fiducie*, no se desprende más que la idea de que al fiduciario se le transfieren los bienes o derechos del patrimonio fiduciario¹⁰⁷. Tal transferencia es de dudosa consideración jurídica en términos de transmisión de propiedad. El informe Roux en sede parlamentaria hacía varias afirmaciones simultáneas y aparentemente contradictorias : que es un “*transfert de propriété temporaire et limité*”; que “*le constituant transfère les droits et les choses mobilières au fiduciaire, qui en acquiert la pleine titularité*”, y que es una «*propriété dégradée*»¹⁰⁸. Lo único que queda claro es que la propiedad no la ostenta ni el

¹⁰¹ Loi n° 2007-211, de 19 febrero 2007 instituant la *fiducie* (JO N° 44, de 21 febrero 2007). Dicha ley queda integrada en el *Código Civil francés* en un nuevo Título XIV «De la Fiducie», Libro III (Arts. 2011- 2030). Además contempla modificaciones financieras que afectan a la *fiducie* en el *Code Monétaire et Financier* (en sede de blanqueo de capitales) y el *Code Général des Impôts* (incluyendo un apartado dedicado a la *fiducie*. Desde febrero de 2009 es posible la gestión fiduciaria por parte personas físicas: *Ordonnance n° 2009-112*, de 30 enero 2009 portant diverses mesures relatives à la *fiducie*; y Loi n° 2008-776, de 4 agosto 2008 de *modernisation de l'économie*.

¹⁰² Los antecedentes se remontan a los años 80 y la primera propuesta se presentó en 1992 en la Asamblea Nacional. La actual ley arranca del proyecto que se presentó en 2005 sobre la *fiducie* comentado por S. CÁMARA LAPUENTE, “Trust a la francesa. Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la “fiducie”, Indret, núm.283, 2005. Un comentario a la regulación aprobada en: P. MATTHEWS, “The French fiducie: And now for something completely different”, *Trust Law Internacional*, vol. 21-1, 2007; C. LYCZKOWSKA, “El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, Indret, núm. 1, 2010.

¹⁰³ Destaca en el pensamiento francés la obra de P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau&Cie, 1932; y C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981.

¹⁰⁴ Como se afirma en el Rapport n° 11 (2006-2007) de M. HENRI DE RICHEMONT «fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006». Trad. propia.

¹⁰⁵ Como vehículo atractivo inversor para las empresas francesas: S. CÁMARA LAPUENTE, “El trust y la fiducia: Posibilidades para una armonización europea”, en S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2005, pp. 1099-1172 [1106]. Estímulo financiero que se ha seguido manifestando en el reconocimiento posterior de patrimonios separados de afectación en este ámbito: M. PEREÑA VICENTE, “El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés. ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, n° 735, 2013, pp. 423-453, recoge la evolución del pensamiento francés en relación al patrimonio separado en relación a la admisión de la figura del empresario individual de responsabilidad limitada en 2010 (EIRL): Art. 526 del *Code du Commerce*, introducido por Loi n° 2010-658, de 15 junio 2010 (JO de 16 junio 2010).

¹⁰⁶ LOWITZSCH-HASHI, *Report on financial participation of employees in companies' proceeds*, op.cit., 2012, p.147.

¹⁰⁷ Art. 2011 Code : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». La responsabilidad que asume está regulada en el Art. 2026 (ver comentario de N. BORGA, “Le fiduciaire responsable (exègèse de l'article 2026 du Code Civil)”, *Revue Lamy Droits des affaires*, núm. 47, 2010, pp. 83-89.

¹⁰⁸ Rapport de M. Xavier de Roux, *au nom de la Commission des lois*, n° 3655 (1.02.2007), pp. 9-10. Los derechos que puede ejercitar el beneficiario son de naturaleza personal, como un crédito de restitución.

constituyente ni los beneficiarios. Ahora bien, lo que implica la transferencia al fiduciario no está claro (“de plena titularidad”, “temporal y limitada”, “degradada”...). Hay una indefinición jurídica a la hora de delimitar esa titularidad¹⁰⁹.

38. Hubo una ocasión de aclarar la naturaleza de esa titularidad del fiduciario en 2009 cuando una reforma legislativa introdujo, a través del art. 16 de la Ley nº 2009-1255, un segundo párrafo en el artículo 2011 del *Code*, según el cual “*le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie*”¹¹⁰. Por primera vez se utilizaba la expresión “propiedad fiduciaria” abriendo la caja de Pandora. Esa reforma fue declarada inconstitucional por el Conseil Constitutionnel poco después, el 14 de octubre de 2009, si bien no por razones jurídico-civiles, sino por argumentos constitucionales de procedimiento legislativo al entender el tribunal que ese artículo no tenía relación con la finalidad de la norma, que era favorecer el acceso al crédito de PYMEs y mejorar el funcionamiento del mercado financiero¹¹¹. Por ello se declaró inconstitucional en una brevísima sentencia de un solo folio. Sin embargo, bajo ese aparente e inocuo razonamiento la controversia dogmática estaba servida. La razón que justificaba la introducción de ese párrafo no era baladí. Se trataba de facilitar la entrada de títulos financieros islámicos, los “*sukuk*” (un tipo de bonos) en el mercado financiero francés, aclarando la posición jurídica que ostenta el titular de ese tipo de participaciones con el reconocimiento de titularidad real¹¹². El problema respecto a ese tipo de bonos no está del todo resuelto y se ha buscado como solución alternativa a la emisión de este tipo de activos, la de un fondo fiduciario de titulación¹¹³. La decisión del Tribunal constitucional fue aplaudida por la doctrina francesa que la interpretó como una confirmación de que la *fiducie* francesa no fragmenta el derecho de propiedad (Art. 544 *Code*) y que la propiedad del fiduciario no deja de ser un derecho absoluto y exclusivo. El beneficiario no ostenta ningún derecho real sobre los bienes del patrimonio fiduciario. Considera que la reforma legislativa era una puerta a la restauración del feudalismo en la medida en que el fiduciario ostentaría una propiedad a ser ejercida en beneficio de otros, que serían titulares de un derecho real. Ello hubiera creado una fragmentación del derecho de propiedad y una vuelta al Antiguo Régimen¹¹⁴. Claro que la del fiduciario es una propiedad especial en la medida en que el derecho debe ser ejercido en beneficio de terceros, pero también otras propiedades tienen cierta especialidad, como aquella en la que existe una prohibición de disposición¹¹⁵.

¹⁰⁹ LYCZKOWSKA, op.cit., pp. 4-6, 10. Respecto a la Proposición de 2005 sobre la *fiducie*, CÀMARA LAPUENTE, “Trust a la francesa...”, op.cit., p.28 (2.7), afirmaba que “el nudo gordiano tanto en la fiducia romana (ya pura, ya “corregida”) como en la germánica como en el *trust* siempre ha sido determinar quién tiene la propiedad”. La proposición de ley hace gala, a su juicio, que compartimos, de una abundancia de sinónimos y matices, que en una concepción purista no encajan todos por igual en la sinonimia, para expresar la idea de que sí se produce una transferencia de derechos al fiduciario, siendo este su único titular (no el constituyente, no el beneficiario), pero un titular de una propiedad especial (la “propiedad fiduciaria”), que conserva separada de su propio patrimonio.

¹¹⁰ Loi nº 2009-1255, de 19 octubre 2009, *tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers* (JO de 20 octubre 2009, p. 17412). Fue adoptada en primera lectura por el Senado el 9 de junio de 2009 y se convirtió en ley el 17 de septiembre de 2009.

¹¹¹ Décision 2009-589 DC, de 14 octubre 2009.

¹¹² De nuevo la idea de atraer inversión extranjera, en concreto, capital procedente del Golfo Pérsico estaba detrás de una decisión sobre la *fiducie*. La resolución del Tribunal Constitucional francés no lo dice pero explica V. SAGAERT, “The Trust Book in the DCFR: A civil lawyer’s perspective”, en S.VAN ERP., A. SALOMONS y B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, Munchen, Sellier, 2012, pp. 31-47 [37], que el motivo de la reforma era favorecer la entrada en el mercado financiero de los “*sukuk*”, un tipo de bonos financieros que se articulan de acuerdo con la *Sharia* y que requería cierta equivalencia funcional dado que en ellos el titular ostenta un derecho real. También: J. KOESSLER, “Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective”, en *Trust in Civil Law*, March 2012 (<http://www.jameskoessler.com/wp-content/uploads/2012/08/Trust-in-Civil-Law.pdf>). Fecha consulta: 20 mayo 2014.

¹¹³ Dado que el fondo de titulación no tiene personalidad jurídica, se intenta considerar a los partícipes portadores o suscriptores de *sukuk* como titulares de un derecho de copropiedad sobre sus activos. Parece que esta estructura jurídica respeta las exigencias de *Sharia* que exige que los portadores de *sukuk* sean titulares de un derecho real. Pero parece insuficiente porque la aportación a un fondo en realidad traslada un valor económico, no la transferencia de propiedad (R. COQUET, “L’efficience des patrimoines d’affectation en droit privé”, Université de Bretagne Occidentale, 2012).

¹¹⁴ L. AYNÈS y P. CROCCQ, “La fiducie préservée des audaces du législateur”, *Recueil Dalloz*, 2009, pp.2560-2561.

¹¹⁵ En ese sentido: GRIMALDI y BARRIÈRE, “Trust and Fiducie”, op.cit., p. 1095.

39. Cabría decir por tanto que la regulación de la *fiducie*, con carácter general (integrada en los Arts. 2011-20130 *Code*), bajo un esquema de *trust* continental o “civilizado”, no aporta un marco jurídico ni completo ni seguro para dotar al mecanismo de la participación accionarial de la claridad que sí ofrece el *trust* angloamericano. Y tampoco es de utilidad la *fiducie-gestion*, que se limita a la gestión de los créditos bancarios sindicados y no ofrece normas generales que arrojen luz al esquema fiduciario del que tratamos en estas páginas¹¹⁶.

C. Alemania: La réplica del fondo fiduciario francés

40. Un simple apunte respecto a la cuestión en Alemania, donde el *trust* no es una institución regulada con carácter general en el BGB sin perjuicio de que la llamada *Treuhand* o fiducia ha venido siendo admitida por doctrina y jurisprudencia¹¹⁷. Además una modalidad de fiducia aplicable a la refinanciación hipotecaria fue regulada en 2005¹¹⁸. Asimismo, en el ámbito empresarial desde hace más de una década los *Contractual Trust Arrangements* (CTA) permiten la articulación de un fondo de pensiones en aquellas empresas que desean hacer una dotación a tal fin a sus empleados mediante la transferencia a un tercero que se encarga de la administración y custodia (*Pensionstreuhand*)¹¹⁹. No obstante, este vehículo financiero no ha sido suficientemente provisto de un tratamiento fiscal adecuado, léase, ventajoso. Desde la perspectiva civil sí ha de destacarse que estamos ante un patrimonio separado, *ring-fenced*, que se conoce en la práctica como *trust*, aunque no sea tal en el sentido anglosajón. Desde el año 2004 es obligatorio para las empresas, que deban constituir un plan de pensiones, hacerlo de esta forma porque permite a los beneficiarios la exigibilidad de sus derechos de modo directo al gestor y no a la empresa.

41. Más recientemente se puso en marcha un modelo básicamente idéntico al francés de los fondos FCPE *de reprise*, basado en la lógica angloamericana del *trust* ESOP y con idéntico fin, esto es, articular un sistema de sucesión empresarial de pequeñas empresas a los trabajadores y con un esquema fiduciario de apalancamiento. El Gobierno federal presentó un Proyecto de Ley sobre participación en el capital societario el 27 de agosto de 2008 que se aprobó en 2009 (*Vermögensbildungsgesetz*) y entró en vigor en 2012. Ese “fondo especial para participación de empleados”, igual que en Francia, recurre a una entidad separada intermediaria que gestiona las acciones depositadas (*buyout holding company*) en beneficio de los empleados sin que el fundador pierda el control durante el proceso¹²⁰. En suma, tanto Francia como Alemania intentan utilizar el modelo del *trust* ESOP, pero en ausencia de *trust* crean una estructura jurídica más compleja que consiste en la combinación de un fondo fiduciario y una empresa de responsabilidad limitada, la cual realiza la operación de compra apalancada y custodia del capital, en tanto se va asignando progresivamente el capital a las cuentas de los empleados.

V. Intentos de regulación en España

42. El escaso interés tanto por parte de las instituciones como de los agentes sociales respecto a la participación de los empleados en el capital social, con la salvedad de las cooperativas y las socie-

¹¹⁶ LYCZKOWSKA, op.cit., pp.17-18. Un estudio histórico y comparado de la fiducia gestión puede verse: J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”*. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion, Geneve, Helbing-Lichtenhahn, 2000.

¹¹⁷ H. COING, *Die Treuhand kraft Privaten Rechtsgeschäfts*, Munchen, Beck, 1973. Pone de manifiesto la equivalencia entre la institución alemana y el *trust*: S. GRUNDMANN, “Trust and Treuhand at the End of the 20 Century. Key problems and Schiff of Interests”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, pp. 401-428 [402].

¹¹⁸ Regula un mecanismo fiduciario de financiación hipotecaria: *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters* (BGBL I, 27 septiembre 2005).

¹¹⁹ Referencia y bibliografía sobre los CTA en M. LEHMANN, “El trust y el Derecho alemán: ¿Historia de amor o choque de culturas?”, en E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 39-55 [48-50].

¹²⁰ LOWITZSCH-HASHI, *Report on financial participation of employees in companies' proceeds*, op.cit., [Sobre Alemania: pp. 152-156]. El motivo para ello fue el reconocimiento de los FCPE franceses por la autoridad tributaria alemana en 2009 –importante para empresas transnacionales–; hecho que desencadenó el desarrollo en Alemania de esa réplica.

dades laborales¹²¹, va de la mano de un insuficiente marco normativo societario y de la ausencia de una regulación de la fiducia/*trust*. Hubo un intento fracasado de aplicar la figura del “fideicomiso” en este ámbito en el año 2002 –como se le llamó por el legislador–, pero verdaderamente constituye una labor pendiente a la que debería darse respuesta tras el reciente reclamo europeo.

1. Insuficiencia del marco jurídico societario

43. Sin ánimo de profundizar en este ámbito, ha de decirse siquiera brevemente que desde el punto de vista societario el marco jurídico existente se limita a la transposición de la normativa comunitaria, la cual favorecía, si bien tímidamente, el acceso al capital de las sociedades por los trabajadores. La Segunda Directiva 77/91/CEE, incorporada en la Ley de Sociedades Anónimas¹²², contenía las dos excepciones clave ya mencionadas¹²³: a) la excepción a la prohibición general de adquisición de acciones propias cuando se haga “con el fin de distribuir las entre el personal de ésta o entre el personal de una sociedad ligada a ésta última” (art. 19.3) mediante la posibilidad de relajación en los requisitos (art. 41.1); y b) la excepción que permite la asistencia financiera dirigida a facilitar a los trabajadores la adquisición de acciones de la sociedad o de otra sociedad del grupo (art. 23.2) con las condiciones legales establecidas.

44. La trasposición en la LSA, actualmente incorporada en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹²⁴, aunque sin hacerlo de modo sistemático, permite dar participación en el capital social bien mediante la entrega de acciones que la sociedad posea en autocartera¹²⁵; la adquisición derivativa de acciones propias para distribuir las entre los empleados, vía una ampliación de capital o mediante la compra en el mercado bursátil; y finalmente, la asistencia financiera de terceros para facilitar la compra de acciones al personal. Esta última opción recogida en el art. 150.2 LSC¹²⁶ (antes, art. 81.2 LSA)¹²⁷, encaja bien en el fomento de la integración de los trabajadores en los medios de producción en desarrollo del art. 129.2 CE al favorecer la participación accionarial del personal con respeto a la integridad del capital y sin defraudar a los acreedores¹²⁸. Sin embargo la doctrina mercantil entiende que el marco jurídico para ponerlo en práctica no es claro, ni lo era el 81.2 LSA ni con el actual art. 150.2 LSC. Más bien al contrario, es insuficiente y confuso tanto en el ámbito subjetivo¹²⁹ como en el objetivo,

¹²¹ No prestamos atención en este trabajo al modelo de las sociedades laborales que son un ejemplo en Europa de un original esquema de participación en capital especialmente centradas en PYMEs pero que no siguen un mecanismo fiduciario. España fue el primer país europeo en aprobar en 1986 una norma reguladora de sociedad dirigida de modo expreso a regular este tipo de participación: Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, especialmente pensada para PYMEs. Actualmente en vigor la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (BOE 25.03), que mantiene la esencia de que la mayoría del capital sea propiedad del conjunto de los socios trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos de forma personal y directa, con relación laboral por tiempo indefinido.

¹²² RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, BOE de 27 diciembre 1989.

¹²³ *Vid. supra* notas 14 a 16.

¹²⁴ RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, BOE de 3 julio 2010.

¹²⁵ Aunque la normativa española de transposición no hizo uso de la posibilidad que contemplaba el art. 41.1 de la Segunda Directiva para favorecer la participación del personal en el capital relajando los requisitos para ello (autorización en Junta General).

¹²⁶ Art. 150.2 LSC: “La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo”.

¹²⁷ Comentario a tal artículo en: L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art.81.2 LSA)”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 47, 1992, pp. 811-848.

¹²⁸ Se entiende por personal, quienes tengan una relación laboral, no mercantil: P. NIETO ROJAS, “La participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera: especial referencia al artículo 81.2 LSA”, *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29, 2007, pp. 83-100; I. MORALEJO MENÉNDEZ, “Artículo 150. Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante”, en A.J. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO et alii. (Coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, 2011, pp. 1150-1155.

¹²⁹ La doctrina discute si uno solo de los empleados o un grupo determinado puede ser objetivo de esta adquisición. Véase L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la

en cuanto a los requisitos exigidos y formas permitidas de asistencia financiera, entre las cuales estaría la financiación por préstamo para la adquisición de acciones por los empleados (LBO) o la utilización de sociedades intermedias que tengan por finalidad el depósito y gestión colectiva de acciones¹³⁰, lo que podría ser un *trust* o figura asimilada. Por todo ello, la doctrina mercantil viene sosteniendo que la posibilidad de asistencia financiera a favor de los empleados, a diferencia de otros ordenamientos cercanos al nuestro, como Francia, opera en el vacío legal porque el Derecho de sociedades ni siquiera contempla el marco legal desarrollado para la adecuada integración del personal laboral ni aborda los problemas que trae consigo¹³¹. Habría que añadir que tampoco existe una regulación adaptada de *trust* que lo haga posible, sin la cual se ve difícil que prospere.

2. El “remedio” de las sociedades civiles

45. Cuando una empresa decide establecer una participación accionarial de esta naturaleza, la sociedad civil ha sido, y sigue siéndolo, la principal fórmula jurídica utilizada. Ahora bien, es algo excepcional y normalmente se hace con la involucración de los propios empleados¹³². La regulación del contrato de sociedad civil (Arts. 1.665-1.708 CC) ofrece amplio margen para la autonomía de la voluntad y la libertad estatutaria, en consecuencia ese ha sido el principal atractivo para su aplicación; sin embargo, lo que puede ser una ventaja constituye a su vez la dificultad de no estar pensada su estructura jurídica para lograr la finalidad perseguida¹³³, amén de generar inseguridad jurídica en no pocos aspectos¹³⁴. Ocasionalmente se ha mencionado a las fundaciones laborales¹³⁵ como una opción alternativa para canalizar la participación en el capital, pero no se ha acudido en la práctica a esta institución¹³⁶. Creemos que si bien este tipo de entidades facilitan la responsabilidad social empresarial, su estructura jurídica no se adapta bien al tema que nos ocupa.

cuestión en Derecho societario”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, núm. 234, pp. 1361-1468; PALOMERO BENAZERRAF y SANZ BAYÓN, “Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas”, op.cit., pp.69-104.

¹³⁰ Ver L. VELASCO SAN PEDRO, “La reforma de la asistencia financiera en Europa”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, 2007, pp. 1655-1682; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia financiera para la adquisición de acciones...*, op.cit., pp. 317-341; A. VAQUERIZO ALONSO, *Asistencia financiera para adquisición de acciones propias*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 512-528; M^a. S. FLORES DOÑA, *Ingeniería corporativa con acciones propias y cruzadas*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, pp. 143-206; C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y A.B. PERDICES HUETOS, *Las acciones, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV. vol. 2^o B (Los negocios sobre las propias acciones. Arts. 74-89 LSA), Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 472-482.

¹³¹ En este sentido: FERNÁNDEZ DEL POZO, “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas...”, op.cit., pp.1387, 1392-1406; VAQUERIZO ALONSO, op.cit., p. 514. Incluso FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, op.cit., p. 333, propone la supresión del precepto legal. PALOMERO BENAZERRAF y SANZ BAYÓN, op.cit., pp. 69-104, destacan la inseguridad jurídica en general de las operaciones de asistencia financiera y la necesidad de reforma legal.

¹³² Sobre el tema ampliamente I. ALZOLA, “Sociedades civiles: Concepto y régimen jurídico”, en AA.VV., *La participación de los trabajadores en el capital social. Algunas soluciones jurídicas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 27-30. El caso más conocido de sociedad civil aplicada a este fin es EROSKI que da participación a los empleados a través de GESPA, S.C.P. (sociedad civil participada): ver ENCISO, op.cit., pp.73-84.

¹³³ Véase una propuesta de Estatutos Sociales adaptada a la participación en el capital en: J.M^a DE LA SOTA e I. MÚGICA, “Propuesta de Estatutos Sociales con opciones de acuerdos de socios”, en AA.VV., *La participación...*, op.cit., pp. 31-84.

¹³⁴ Como el tema de la personalidad jurídica: F. REDONDO TRIGO, “De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, N^o 736, 2013, pp. 1258-1291, comentando dicha Resolución que niega personalidad a la sociedad civil que no se haya constituido en forma mercantil e inscrita en el Registro Mercantil; S. DE SALAS MURILLO, “Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre”, *Diario La Ley*, Núm. 6058, 9 julio 2004; A. MARTÍNEZ BALMASEDA, “La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, XXII, núm. 55007, 21-03-2002, pp. 1-9; A.J. QUESADA SÁNCHEZ, “La sociedad civil y su personificación jurídica: crónica de una suerte anunciada”, *Diario La Ley*, XXIX, núm. 7002, 1-09-2008; F. PANTALEÓN PRIETO, “La personalidad jurídica de las sociedades civiles”, *Diario La Ley*, 1997, núm.4, pp.1376-1384.

¹³⁵ Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1137/2005, de 11 de noviembre. BOE de 22 noviembre 2005.

¹³⁶ Apuntan a esta posibilidad NIETO ROJAS, op.cit., pp.81-82; FERNÁNDEZ DEL POZO, “Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias”, op.cit., p. 844.

3. El “fideicomiso” en la Proposición de Ley de Ley de 10 de mayo de 2002 sobre “Fondos de participación patrimonial”

46. En el año 2002 hubo un intento legislativo para regular ese tipo de fondos. Se trata de la Proposición de Ley de 10 de mayo de 2002, [p]or la que se regula el derecho de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas¹³⁷. El planteamiento de esta propuesta, por lo que respecta a la participación (arts. 9 al 15) iba referido a la “participación en los resultados económicos de la empresa, el establecimiento de acceso a su titularidad y la participación en la administración y gestión” (art. 9.2). No desarrollaba en exceso esta cuestión del acceso a la titularidad. Tan sólo el art. 10 regulaba la participación en los resultados económicos y en concreto los “Fondos de participación patrimonial”. Aunque la técnica jurídica no era precisa, contemplaba la creación de unos “fondos de participación patrimonial” con cargo a los resultados, bien con la finalidad de fomentar la participación de los trabajadores en la titularidad jurídica de la empresa, o bien dirigidos a la formación y empleabilidad de estos con algunas ventajas fiscales típicas de los planes ESOP estadounidenses¹³⁸. Era una norma que encauzaba la participación accionarial a través de los agentes de representación de los trabajadores lo cual parecía evocar el sistema francés¹³⁹, sin que hubiera una sola referencia de Derecho comparado ni tampoco al Derecho europeo en la Exposición de Motivos¹⁴⁰.

47. La Proposición incluía un vago intento de “fideicomiso” que resultaba muy confuso al quedar restringido a las opciones sobre adquisición de acciones, diciendo que éstas gozarían del mismo régimen fiscal favorable aplicable a los fondos citados¹⁴¹. El uso del término “fideicomiso” era ambiguo: En primer lugar, porque si lo que quería decir el legislador era que se podían crear fideicomisos, entiéndase patrimonios fiduciarios, carecía de justificación que se restringiera esta institución al supuesto de opciones sobre acciones, cuando en realidad este tipo de fideicomisos se suelen nutrir de varias fuentes. Segundo, no quedaba claro cuál era el alcance sustantivo que quería darle el legislador aludiendo a una institución que no existe en nuestro ordenamiento, el “fideicomiso”. Podría tener sentido en el ámbito sucesorio, pero no en el financiero. La denominación en su aplicación mercantil o financiera es más bien propia de las legislaciones de los países latinoamericanos¹⁴². En suma, el planteamiento de la propuesta estaba enfocado básicamente al establecimiento de una regulación fiscal de fomento de unos fondos que no tenían un contenido jurídico-sustantivo fiduciario sin posibilidad alguna de salir adelante. La Proposición de Ley fue rechazada y no se ha vuelto a plantear posteriormente¹⁴³.

¹³⁷ Proposición de Ley 122/00021 (BOCG. Congreso de los Diputados, VII Legislatura-Serie B, núm. 236-I). Fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

¹³⁸ Como la deducción íntegra del impuesto de sociedades con un mínimo de diez por ciento de los resultados anuales y exentas de cotización a la Seguridad Social.

¹³⁹ El funcionamiento de estos fondos incluía la formación de una Comisión de Seguimiento y Control, paritariamente constituida por representantes de la empresa y de los trabajadores. También contemplaba que en los procesos de ampliación de capital con cargo a resultados las empresas estuvieran obligadas a proponer la adjudicación a los trabajadores de los títulos correspondientes al porcentaje de los resultados que se apliquen a la ampliación, con un mínimo del diez por ciento y esos Fondos podían destinarse a la financiación de la adjudicación de esos títulos. Cantidad resultante que quedaría fiscalmente exenta en la tributación de la empresa y de imputación fiscal para los trabajadores (art. 10. 3 y 4).

¹⁴⁰ Se limita la fundamentación al desarrollo del art. 129 CE que a juicio del grupo impulsor de esta iniciativa no podía seguir limitado al ejercicio de los derechos tal y como están regulados en el Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴¹ El trato favorable fiscal dependía de que fueran “objeto de depósito, en fideicomiso a favor de la empresa por el periodo que establezcan los convenios colectivos, con un mínimo de tres años” (art. 10.5).

¹⁴² Sirvan de ejemplo el fideicomiso regulado en Argentina (Ley 24.441 de 22.12.1944) aplicado a múltiples finalidades, entre ellas al ámbito financiero y mercantil descrito por C. ORMAECHEA, “El fideicomiso en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 24.441. Un caso particular de patrimonio de afectación”, en M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. 3, 2005 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y “trust”), Barcelona, Bosch, 2005, pp.289-ss, configurado como patrimonio de afectación separado bajo la titularidad del fiduciario. Igualmente en México (Ley 24.562 Cap. V sobre fideicomiso: J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *El fideicomiso. Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento*, México, Jus, 1946. Una de las normas más reciente, el Reglamento sobre Fideicomiso en la República Dominicana (02.03.2012).

¹⁴³ La participación accionarial de los empleados de la que hablamos en este trabajo, como en la Proposición citada, no debe confundirse con los llamados “fondos de inversión de los asalariados” que se pusieron en marcha en Suecia en 1983. Se

VI. La posibilidad de regular los ESOPs en España con un fondo fiduciario

48. La respuesta en España al llamamiento realizado por la Unión Europea a través de la Resolución del Parlamento europeo de 14 enero de 2014, pasa por desarrollar un modelo de participación en el capital que pueda servir también de transmisión de empresas mediante “una entidad intermediaria”. Esa entidad como hemos visto es el *trust* en los países de *common law*, el ESOT (*Employee Stock Ownership Trust*) o EBT, denominación más extendida en la versión británica. Un *trust* creado por la propia empresa que desea poner en marcha un plan de este tipo y que se encarga de realizar la compra y depósito de las acciones en nombre de los trabajadores con financiación principal a través de un sistema de reparto de beneficios complementario a los salarios así como de los dividendos de las acciones adquiridas y de préstamos en caso del ESOP apalancado, que es lo normal cuando se trata de proceder a una sucesión de empresa. Al *trustee* compete la gestión o administración del capital adquirido y la representación de los derechos en los órganos societarios así como de la asignación individual del capital a los trabajadores.

49. Está fuera de duda que planes de esta naturaleza tendrían interés en nuestro país sobre todo para las PYMEs, que son un motor fundamental de crecimiento económico y social y necesitan instrumentos jurídicos que faciliten la transmisión de sociedades, especialmente familiares, cuando no hay un heredero que pueda y quiera dar continuidad a la empresa. Las empresas familiares destacaban en un reciente estudio “la necesidad de un cambio en la legislación sobre fideicomisos (*trust*)”, expresión literal con la que se respondía a la encuesta, destacándose este aspecto por su expectativa de crecimiento y competitividad¹⁴⁴. También desde la práctica jurídica se siente desde hace tiempo la necesidad de indagar en la posibilidad de adaptación nacional del *trust* desarrollando un “modelo nacional” que permita alcanzar el mismo resultado¹⁴⁵.

1. La búsqueda de un modelo nacional alternativo en sede de fiducia

50. Es bien sabido que España no ha dado ningún paso para la regulación del *trust* ni tampoco para la fiducia con carácter general, que es la institución a la que se intenta asimilar, adaptar e incardinar

trataba de cinco fondos regulados por ley y coordinados entre sí de modo que se financiaban por un lado con contribuciones de los empleados al sistema de pensiones del Estado y de otra con la recaudación de un nuevo impuesto. La doctrina española se hizo eco de esa iniciativa en los años ochenta poniendo de relieve la imposibilidad de que ese tipo de fondos pudieran realizarse en España, dado que tenían un fuerte componente político dentro de lo que se dio en llamar “democracia económica”. Tenían por finalidad hacer participe al trabajador del capital empresarial amén de que pudieran emplearse como vía para la formación pero bajo una planificación pública. El modelo planteado en términos macroeconómicos con una base de inspiración socialista, alabado por unos y denostado por otros, no tuvo ninguna entrada en nuestro ordenamiento.

La “Revista Economía y Sociología del Trabajo” dedica en 1999, un monográfico (núm. 7) al tema con participaciones sobre el tema: A. GONZÁLEZ MONTERO, “Posibilidades y dificultades de los fondos de inversión de los trabajadores en nuestro país”, pp. 69-74; M. MELLA MÁRQUEZ, “Elementos para una teoría de los fondos de inversión de los asalariados”, pp. 908-17; O. SCHNEIDER, “El debate sobre la participación de los trabajadores en el capital”, pp. 37-44; A. LUCAS, “De los fondos de inversión de los asalariados a los fondos de renovación: ¿Más allá de la utopía?”, pp. 28-36; J.R. MERCADER UGUINA, *Modernas Tendencias...*, op.cit., pp. 218-219. Sobre la dificultad para implantarlos en España: véase en esta misma revista: S.M. RUESGA, “Fondos de inversión de los trabajadores. Una reflexión sobre su aplicabilidad en España”, pp. 53-61; J.J. ZORNOZA PÉREZ y F. DE LA HUCHA CELADOR, “Problemas jurídico financieros de los fondos de inversión de los trabajadores en España”, pp. 45-52; V. MUÑOZ, “Implicaciones socioeconómicas de los fondos de participación social”, pp. 43-68.

¹⁴⁴ El Barómetro de la Empresa Familiar, realizado por KPMG en colaboración con las Asociaciones Territoriales vinculadas al Instituto de Empresa Familiar identifica, entre los cambios en la regulación, expresamente: “la legislación de los fideicomisos (*trust*)” (www.kpmg.com. Última consulta 20 febrero 2014). Este informe forma parte del Barómetro Europeo de Empresa Familiar realizado entre *European Family Business* y el equipo de Empresa Familiar de KPMG en 14 países y refleja las respuestas de 240 empresas familiares españolas de todo el territorio nacional recogidas entre julio-septiembre de 2013 sobre sus expectativas [p.25].

¹⁴⁵ C. CORTÁZAR LORENTE, “Trust y empresa familiar”, en ARROYO, *El trust en el Derecho civil*, op.cit., pp.517-531, pone de manifiesto esta necesidad, a la vista de que las instituciones existentes (fideicomiso de herencia; heredero o legatario de confianza; albacea universal; pactos sucesorios...) son claramente insuficientes; V.M. GARRIDO DE PALMA, “Fiducias, Sustitución fideicomisaria y empresa familiar. El caleidoscopio legal”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M. (Coords.), *Los patri-monios fiduciarios y el trust*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons. Colegio Notarial Cataluña, 2006, pp. 367-397.

en los sistemas de *civil law*¹⁴⁶. No obstante, los estudios doctrinales en relación a la consideración de la fiducia y el *trust* en España reflejan una continua preocupación por el tema en los últimos años por varios motivos, entre los cuales está la aparición de aplicaciones específicas de patrimonios fiduciarios como expresión de fiducia legal¹⁴⁷. La regulación de estas masas patrimoniales se categoriza como “fiducia gestión” y se han ceñido casi en exclusividad al ámbito económico financiero¹⁴⁸, con la notable excepción del patrimonio dirigido a la protección de las personas con discapacidad¹⁴⁹.

51. La recepción de la fiducia en nuestro ordenamiento ha sido larga y azarosa y sin entrar en profundidad en ella en este trabajo¹⁵⁰, ha de constatarse que en las últimas décadas ha sido objeto de profundo análisis en aras a estimular una posible regulación en España de lo que se ha venido a llamar *trust* continental o “civilizado”¹⁵¹. Otra razón de la intensidad doctrinal en la materia es la convergencia

¹⁴⁶ No prosperó la regulación sobre patrimonios fiduciarios en el libro V del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (Observatorio de Derecho privado de Cataluña, junio 2003). Ver ponencias presentadas en el III Congreso de Derecho Civil Catalán sobre la introducción de esta institución, aplicabilidad y regulación registral y fiscal (Tarragona, 2005). Ver en ARROYO, *El trust en el Derecho civil*, op.cit., pp.565-573, el texto articulado de 28 de septiembre de 2006: “*Els patrimonis fiduciaris a Catalunya*”. Sí ha sido regulado el patrimonio protegido en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Artículo 227).

¹⁴⁷ Sobre patrimonios fiduciarios la doctrina es muy amplia: S. CÁMARA LAPUENTE, “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en L. PRATS ALBENTOSA (Dir.), *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*. Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid, Wolters-Kluwer - La Ley, Consejo General del Notariado, 2012, pp. 691-839; Idem, “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, núm. 654, 1999, pp. 1757-1865 e Idem, “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización”, en S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1099-1172; J. DE ARESPOCHAGA, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000; E. ARROYO I AMAYUELAS, “Los patrimonios fiduciarios y el trust”, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, N° 693, 2006, pp.11-61 e Idem, “Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad”, en GARRIDO MELERO-FUGARDO ESTIVILL (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*, op.cit., pp. 601.649; NASARRE AZNAR y GARRIDO MELERO, *Los patrimonios fiduciarios...*, op.cit.; S. NASARRE AZNAR, “Los patrimonios fiduciarios y la protección del territorio: experiencia en Inglaterra y aplicación en Cataluña”, *La notaría*, núms. 35-36, 1, 2006, pp. 11-24.

¹⁴⁸ Entre otros, S. NASARRE AZNAR, “La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera”, en GARRIDO MELERO-FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar...*, op.cit., pp. 651-687; I. MATEO Y VILLA, “De la fiducia gestión”, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, N° 704, 2007, pp. 2585-2677; M. GARCÍA MANDALONIZ, “El aterrizaje forzoso del trust en nuestro Derecho civil”, Derecho de los Negocios, núm. 183, 2005, pp. 1-8.

¹⁴⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esa finalidad. Sobre la aplicación al ámbito personal y familiar, BOE 19 de noviembre de 2003. El autor CÁMARA LAPUENTE, “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, op.cit., apunta a las posibilidades del trust en relación a la transmisión de empresa familiar [815-816] e Idem, “Trust y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación”, *Diario La Ley*, N° 7685, 2011.

¹⁵⁰ La historia de la recepción de la fiducia en Derecho español a lo largo del siglo XX puede escalonarse esencialmente en tres periodos. El primero en el que la fiducia aparece tácitamente, sin ser nombrada, como institución jurídica que permite explicar bajo presupuestos germánicos la figura de la adjudicación para pago de deudas hereditarias (Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 y la STS de 23 mayo de 1935) cuyo mentor fue el hipotecarista Jerónimo González. El segundo, que comienza con la Resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1944, relativa a negocios de transmisión en garantía, bajo la llamada “teoría del doble efecto” cuyo principal divulgador fue Castán bajo la influencia de las ideas de Francesco Ferrara, acuñándose la expresión negocio fiduciario. Esta teoría era de difícil compatibilidad con nuestros principios jurídicos. Finalmente, Federico de Castro replantea la cuestión en 1966 con la idea de la “titularidad fiduciaria” en cuanto la relación jurídica con los bienes está subordinada al fin que persiguen las partes del negocio. Esta última teoría ha tenido posteriormente gran difusión en la doctrina y en la jurisprudencia que comienza a ser abundante a partir de entonces. Puede verse este recorrido en: CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias o trusts...”, op.cit.; G. TOMÁS MARTÍNEZ, “Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia”, *Estudios de Deusto*, vol. 52/1, Enero-Junio 2004, pp. 289-314 e Idem, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, Dykinson, 2000; C. FUENTESECA DEGENEFFE, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997.

¹⁵¹ Véase especialmente los trabajos de CÁMARA LAPUENTE, “El trust y la fiducia, op.cit.; Idem, “Elementos para una regulación internacional del trust”, en CALVO CARAVACA y AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, op.cit., pp. 241-273; e Idem, “Elementos para una regulación del trust”, en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*, op.cit., pp. 523-564; ARROYO, *El trust en el Derecho Civil*, op.cit.; S. MARTÍN SANTIESTEBAN, *El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005; e Idem, “Derecho de Trusts en la Unión Europea”, LXII, Anuario de Derecho Civil, fasc. I, 2009, pp. 332-337; M. VIRGOS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Madrid, Thomson-Civitas,

normativa europea en el ámbito del Derecho privado¹⁵², de la cual el *trust* ha formado parte y a la que ya hemos aludido más arriba (PETL, DCFR)¹⁵³. Ello unido a la globalización del *trust* más allá de las fronteras europeas¹⁵⁴; buena muestra de ello es el Convenio de la Haya de 1985¹⁵⁵.

52. Si en España se quisiera desarrollar un modelo alternativo al *trust* para puesta en marcha de ESOPs, la primera intuición de cualquier jurista sería la de poner los ojos en aquellas figuras de fiducia financiera de gestión/inversión que ya existen en nuestro sistema jurídico. Estas muestras de gestión patrimonial se vienen introduciendo desde los años sesenta¹⁵⁶. Tal es el caso de los fondos de inversión¹⁵⁷, los fondos de pensiones¹⁵⁸, los fondos de capital-riesgo¹⁵⁹, los fondos de titulización hipotecaria¹⁶⁰ o los de titulización de activos financieros¹⁶¹. Suele decirse que estos fondos son una expresión evidente del *trust* en España, de manifestación fiduciaria en nuestro ordenamiento o de *fiducia cum amico*, que han supuesto una introducción indirecta, por la puerta del atrás, por así decirlo, del *trust*¹⁶². Ello a pesar de que las diferentes normas regulatorias no confiesan esa calificación¹⁶³. Ciertamente desde los años setenta, nuestro sistema y otros de nuestro entorno, han importado instituciones de inversión que en el derecho anglosajón se articulan a través de diversos tipos *trusts* (“*unit trusts*”, “*investment trust*”, “*pension trusts*”...) ¹⁶⁴. En los países del *common law* el *trust* se ha convertido a lo largo del siglo XX en un

2006; A.C. GÓMEZ PÉREZ, “Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 2013, pp. 3703-3760; M.I. FELIU REY, “*Landing trust* (o la cuestión del *trust*)”, *Derecho de los negocios*, núm. 188, 2006, pp. 5-22.

¹⁵² Ya en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados Miembros COM (2001) 398 - C5-0471/2001/2187(COS) se incluía el *trust*.

¹⁵³ *Supra* notas 37 y 38. En el DCFR la regulación del *trust* se incorporó en la fase última de redacción, es uno de los libros más controvertidos y con más carga política de conceptos de Derecho privado europeo: SAGAERT, “The Trust Book in the DCFR: ...”, *op.cit.*, p.31. Por otra parte, los comentarios en la “Full edition” de DCFR a este libro X sobre “Trusts” son mínimos.

¹⁵⁴ Ver una visión general comparada en S. CÁMARA LAPUENTE, “Breve compendio geo-conceptual sobre “*trusts*”, en NASARRÉ AZNAR y GARRIDO MELERO, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, *op.cit.*, pp. 25-52; y MARTÍN SANTISTEBAN, *El Instituto del trust...*, *op.cit.*, pp. 204-2189, con atención a los *trusts* “mixtos o civilizados”.

El interés que suscita el *trust* y su implantación internacional no cesa, entre otros: L. SMITH (Dir.), *The worlds of the trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; M. GRAZIADAI, U. MATTEI y L. SMITH, *Commercial trusts in European private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 (se inserta en el Proyecto *Common Core of European Private Law*); ponencias publicadas en el *Special Issue* de la publicación: *Columbia Journal of European Law Online*, vol. 18-2, 2012; BANAKAS, S., “Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe”, *Indret*, febrero 2006, nº 323.

¹⁵⁵ *Supra* n. 36.

¹⁵⁶ Decreto-ley 7/1964, de 30 de abril, sobre Sociedades y Fondos de Inversión y Bolsas de Comercio (BOE de 4 mayo 1964); Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1970, sobre Fondos de Inversión Mobiliaria (BOE de 10 diciembre).

¹⁵⁷ Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 5 noviembre 2003); Reglamento publicado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE de 8 noviembre 2005).

¹⁵⁸ Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 13 diciembre 2002) y Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones (BOE de 25 febrero de 2004).

¹⁵⁹ Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE de 25 noviembre 2005).

¹⁶⁰ Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria (BOE de 14 julio 1992).

¹⁶¹ RD 926/1998, de 14 de mayo, sobre titulización de activos financieros (BOE de 15 mayo 1998); modificación por el Real Decreto 749/2010, de 7 de junio (BOE de 8 junio 2010).

¹⁶² Se les ha tildado de figuras “*atrustadas*”, “*parafiduciarias*” o “*trusts disfrazados*”.

¹⁶³ La única norma que los califica expresamente de “*fiduciarios*” ha sido el RD 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (BOE de 15 mayo 1998), que utiliza literalmente la palabra “*esquema fiduciario*” en el párrafo 3 y 11 a) del Preámbulo. Dice que esos fondos utilizan el esquema fiduciario donde una entidad financiera especializada (las denominadas gestoras de fondos de titulización hipotecaria) era la encargada de gestionar el proceso de transformación financiera que representa la titulización y que se mantiene “el esquema fiduciario de patrimonios sin personalidad jurídica”. Sobre el empleo de esta expresión: F. BADOSA COLL, “Examen de tres “*esquemas fiduciarios*” en el Derecho español (la venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)”, en A. CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 221-236.

¹⁶⁴ D. HAYTON, *Trusts and their commercial counterparts in continental Europe. A Report for The Association of Corporate Trustees*, 2002.

instrumento comercial de primer orden¹⁶⁵. Esas aplicaciones en el ámbito económico y de la empresa han llegado a nosotros porque resulta eficiente confiar la gestión de determinados intereses económico-financieros a otra persona física o jurídica¹⁶⁶. Sin duda, el *trust* aporta a la economía anglosajona cierta ventaja comparativa. Sin embargo, al trasplantarlos en un sistema jurídico continental, el legislador adapta esas figuras de gestión/inversión de la manera práctica que ha considerado más adecuada y que en todas ellas responde básicamente al mismo esquema fiduciario. Esto es, un patrimonio separado de cuya gestión se encarga una entidad profesional (normalmente una sociedad anónima) que actúa con facultades de dominio sin ser propietaria, administrando los bienes dentro del marco legal; y junto a ella, una entidad depositaria. Estas sociedades se encargan de representar, administrar y gestionar esos fondos en aras a su conservación, revalorización, en su caso, y restitución en los términos que proceda de conformidad con todas las prescripciones legales.

53. Si prestamos atención a la configuración legal de cada uno de los fondos citados, vemos que en el caso de los fondos de pensiones se definen como “patrimonios carentes de personalidad jurídica creados exclusivamente al objeto de dar cumplimiento a un determinado fin”¹⁶⁷; se les denomina también en el Reglamento como “patrimonios independientes adscritos al desarrollo de los planes de pensiones”¹⁶⁸. Tratándose de los fondos de inversión colectiva y de capital-riesgo, de “patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo”¹⁶⁹. Incluso a veces se utiliza la expresión de patrimonios “separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica”, como es el caso de los de titulización hipotecaria¹⁷⁰. Resulta evidente que cada uno de los aspectos legalmente definitorios (patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica; ejercer facultades de dominio “sin ser propietaria del fondo”) no son en absoluto pacíficos y la ausencia de una regulación general de fiducia financiera deja al descubierto la orfandad de un esquema fiduciario legal. Así, cada vez que hay que buscar el molde para otra nueva necesidad económica se despiertan las dudas jurídicas que habría que afrontar en el caso que nos ocupa.

54. Las cuestiones a abordar serían dos: Primero, la creación de patrimonios separados con finalidad económico-financiera mediante la autonomía de la voluntad, en este supuesto, la de una sociedad que quiera poner en marcha un ESOP; y segundo, dilucidar la transferencia de propiedad a la entidad gestora del fondo de participación (equivalente al *trustee*), que nos lleva a la vieja cuestión de la transmisión de dominio para un fin concreto y determinado (*causa fiduciae*), directamente relacionada con la atipicidad de los derechos reales y la dicotomía *numerus apertus versus numerus clausus*¹⁷¹. Esta segun-

¹⁶⁵ Como se afirma en J.H. LANGBEIN, “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, *The Yale Law Journal*, vol. 1077, October 1997, pp. 165-189, la aproximación tradicional al *trust* en el ámbito anglosajón es a través de las adquisiciones gratuitas y dentro de la familia; sin embargo, en la práctica, el *trust* tiene su principal ámbito de aplicación en el ámbito de los negocios. El autor clasifica en diferentes categorías o tipos de “commercial trusts” en Estados Unidos: *Pension Trusts, Investment Trusts (Mutual Funds, REITs, Oiland Gas Royalty Trusts y Asset Securitization); Corporate Trust Functions Under the Trust Indenture Act; Regulatory Compliance Trusts; Remedial Trusts*.

¹⁶⁶ J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE en el Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, pronunciado en el año 1955 bajo el título “*Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*” y publicado más de 20 años después (Civitas, Madrid, 1978 - 2ª reed. 1981) afirmaba que “sin duda el campo del Derecho mercantil es aquel en el que han florecido con mayor lozanía los negocios fiduciarios”, pp. 48-49.

¹⁶⁷ Art. 2 del RDL 1/2002, de 29 de noviembre.

¹⁶⁸ Art. 3 del RD 304/2004, de 20 de febrero, Reglamento de planes y fondos de pensiones.

¹⁶⁹ Art. 3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y Art. 32.1 de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras.

¹⁷⁰ Art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, respecto a estos últimos. Sobre los fondos de inversión inmobiliaria véase NASARRE AZNAR, “La regulación de la fiducia...”, op.cit., pp. 655-672; Idem, *Securitisation & Mortgage Bonds: Legal Aspects and Harmonisation in Europe*, Cambridge, Gostick Hall, 2004. Acerca de su potencialidad en el contexto actual: I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, “Los REITs (*Real Estate Investment Trust*) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, Nº 738, 2013, pp. 2329-2349.

¹⁷¹ Considera L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Autonomía privada y derechos reales”, en *Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, t.II, Madrid, Junta de Decanos Notariales, 1977, pp. 279-330, que el problema no estriba tanto en decidir si hay

da es especialmente importante en este tipo de *trust* que lleva en el propio nombre la palabra propiedad asociándola a los empleados (“*employee stock ownership trust*”). Este *trust* revela como pocos la idea que persigue, hacer “propietarios” a los empleados y marcar así la diferencia respecto a otros tipos de participación financiera empresarial (en dividendos o en *stock options*).

A. La consideración del fondo como patrimonio separado sin personalidad jurídica

55. La naturaleza jurídica de los fondos financieros ha sido controvertida desde sus inicios y ha generado un notable debate en el que han intervenido civilistas y mercantilistas, empezando cronológicamente por los fondos de inversión, que fueron primeramente regulados¹⁷²; y después sobre los fondos de pensiones¹⁷³. Han sido muchas las categorías jurídicas en las que se han intentado incardinar, hoy prácticamente superadas, como la de entender que los partícipes de los fondos eran copropietarios de las participaciones¹⁷⁴, constituyendo una especie de comunidad de bienes “romana” (arts. 392 y ss CC); o de comunidad germánica; o incluso de una comunidad “funcional”. También se han asimilado con un esquema societario por entender que la estructura funcional respondía a la de una sociedad (con órgano de gestión, depositario...) y en adaptación de esta idea se les ha denominado también “entes parasociales”¹⁷⁵. La falta de encaje respecto a todas estas categorías ha llevado a algunas opiniones a defender una cierta personificación de estos fondos, a reconocerles en algún sentido personalidad jurídica¹⁷⁶, no en vano la legislación procesal y fiscal les otorga cierto reconocimiento a los efectos correspondientes¹⁷⁷.

o no numerus clausus, cuando no hay como tal una lista cerrada en nuestro ordenamiento, sino cuáles serían los límites a la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales atípicos. Debería existir un interés serio y legítimo para la creación de un nuevo derecho real y además, una función económico-social para la cual el derecho real sea necesario [319].

¹⁷² La cuestión de la naturaleza jurídica de los fondos comienza a ser estudiada en los años 70 por la doctrina mercantil. Ver ponencias presentadas en *Coloquio sobre el régimen de los Fondos de Inversión Mobiliaria*, dirigidos por F. SÁNCHEZ CALERO, Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, Bilbao, 1974. De especial interés sobre el asunto: E. VERDERA Y TUELLS, “La constitución de los fondos de inversión mobiliaria”, pp. 21-209; M. BROSETA PONT, “La sociedad gestora en los fondos de inversión mobiliaria”, pp. 211- 239; J.F. DUQUE DOMINGUEZ, “Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria”, pp.323-379.

¹⁷³ Sobre la naturaleza jurídica: A.J. TAPIA HERMIDA, *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006; e Idem, “La gestión de los Fondos de Pensiones (un análisis jurídico)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988; R. LA CASA GARCÍA Y G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Los fondos de pensiones*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 1067-292; J.R. USTARROZ UGALDE, “La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 27, 1987, págs. 581-594.

¹⁷⁴ TAPIA HERMIDA, *Manual...*, op.cit., pp. 317 y 335, considera que los fondos de pensiones son patrimonios carentes de personalidad y afectos al fin previsto donde los partícipes son copropietarios del fondo. En la doctrina francesa: T. BONNEAU, “Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le Droit Civil”, *Revue Trimestrale du droit civil*, núm.1, 1999, pp. 1-48, defiende un reconocimiento de propiedad de este tipo de fondos a los partícipes, aún con matices y especialidades.

¹⁷⁵ Referencias a estos ensayos sobre la naturaleza jurídica de los fondos de inversión posicionándose en las diferentes posibilidades: A.J. TAPIA HERMIDA, “Los Fondos de inversión inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm., 32, 1988, pp. 783-822; e Idem, *Sociedades y Fondos de inversión y Fondos de Titulización*, Madrid, Dykinson, 1998, p.159 (este autor, igual que respecto a los planes de pensiones, considera que los partícipes del fondo son copropietarios); L. FERNÁNDEZ DEL POZO Y M^a. L., DE ALARCÓN ELORRIETA, “Aproximación al estudio de nuevas categorías de titularidad jurídica: las comunidades funcionales y los fondos de gestión”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1989, pp. 617-674. Por su parte, J. PULGAR EZQUERRA, *La naturaleza jurídica de los fondos de inversión mobiliaria*, Madrid, Edersa, 2001, pp. 11-39, estudia en profundidad las relaciones jurídicas que se establecen sobre la base del art. 2.2 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 de diciembre de 1984, haciendo también un estudio comparado con países como Italia (“*Fondi comuni di investimento*”), Alemania (“*Wertpapier-Sondervermögen*”) y Francia (en este último caso, la cuestión es de interés respecto a los “*Fonds communs de placement d’entreprise*” [pp. 85-146] y en España [pp. 110-145]). En los años recientes ha interesado a la doctrina civilista: M.I. FELIU REY, “Fondos de Inversión, *Pure Trust* y el fantasma del muro causal”, *Revista Derecho de los Negocios*, N° 207, 2007, pp. 5-18.

¹⁷⁶ Para NASARRE AZNAR, “La regulación de la fiducia...”, op.cit., pp. 672-678; S. NASARRE AZNAR Y M^a. E. RIVAS NIETO, “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturalidad jurídica y régimen tributario”, *Revista de contabilidad y tributación. Centro de Estudios Financieros*, núm. 261, 2004, pp. 57-106 [p.99] la titularidad de los bienes debe corresponder al fondo; por su parte A. ORTÍ VALLEJO Y M^a. C., GARCÍA CARNICA, “Los fondos de inversión colectiva: aproximación a su régimen jurídico”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 690, 2005, pp. 1221-1267 [1247], vienen a hablar de cierta subjetivización del fondo como patrimonio especial de destino.

¹⁷⁷ El art. 6.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, reconoce capacidad para ser partes; y el art. 7 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Socie-

56. A nuestro juicio, basta con afirmar que los fondos son patrimonios separados sin personalidad jurídica. La admisibilidad dogmática de los patrimonios separados está ya fuera de toda duda como reflejo de la superación de la teoría personalista que ligó de modo esencial el patrimonio con la personalidad del individuo al no concebir un patrimonio sin un titular, como tampoco el que una persona fuera titular de más de un patrimonio¹⁷⁸. Se admite hoy sin fisuras que si bien todo patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico, de ordinario tiene un titular determinado (patrimonio personal), también es posible jurídicamente la existencia de patrimonios separados configurados como masas con un destino determinado y unos beneficiarios finales¹⁷⁹. La función del patrimonio no es otra que otorgar unidad al conjunto de derechos a efectos de gestión, administración y responsabilidad y esa función destaca más si cabe en los patrimonios separados porque en ellos la necesidad práctica de una determinada gestión, administración y responsabilidad, constituye su razón de ser y su continuidad en el tiempo a través de la subrogación real¹⁸⁰. Esa subrogación responde a lo que precisamente busca el *trust* de los ESOP donde las acciones o participaciones son objeto del mercado interno entre quienes alcanzan la jubilación y los nuevos empleados.

57. La principal ventaja del patrimonio separado es su estanqueidad, como sucede en el *trust*, y esta es una razón añadida a favor de aplicar este esquema a planes de participación financiera de esta naturaleza. El patrimonio está aislado de toda imputación de derechos de terceros acreedores, sean del *settlor* (en este caso, la empresa constituyente del plan); sean de los beneficiarios, como es lógico, o del propio *trustee* (entidad gestora/depositaria)¹⁸¹. En ese sentido, la figura cumple la misma función económica que el *trust* y por lo tanto, igual que acontece en los fondos financieros ya regulados en nuestro ordenamiento, también esa ventaja jurídico-económica sería posible para esos fondos de participación accionarial. Ahora bien, dado que el patrimonio es un centro de imputación de derechos y obligaciones, y por ende, de responsabilidades, el art. 1.911 CC es el permanente obstáculo para la admisibilidad de una creación voluntaria de patrimonios¹⁸². Se admite la existencia de patrimonios separados pero rige el

dades, considera a cada uno de estos fondos como sujetos pasivos. Según BADOSA COLL, “Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español...”, op.cit., p.230, la diferencia entre falta de titularidad y falta de personalidad puede encontrar apoyo en la capacidad para ser parte procesal regulada en el art. 6.1. de la LEC, que distingue entre la falta de titularidad de los patrimonios separados (núm. 4) y las entidades sin personalidad jurídica (núm. 5).

¹⁷⁸ En el pensamiento moderno no hay obstáculo a reconocer la existencia de patrimonios sin titular, destinados a un fin, siempre que la ley los regule. Véanse los estudios de F. DE CASTRO, “El patrimonio”, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Suc. Rivadeneira, 1976, pp.35-66; J.L. DE LOS MOZOS, “Aproximación a una teoría general del patrimonio”, *Revista de Derecho privado*, núm. 75, 1991, pp. 587-609; F. RIVERO HERNANDEZ, “Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?”, en E. LLAMAS POMBO (Dir.), *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, Madrid, La Ley, 2006, pp. 601-640. Un resumen de la cuestión en J.M. GARCÍA GARCÍA, “Teoría general del patrimonio”, en CAVANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 581-610; así como en ARROYO I AMAYUELAS, “Los patrimonios fiduciarios y el *trust*”, op.cit., pp. 11-61, una síntesis de las dos concepciones sobre el patrimonio, la teoría clásica o personalista, defendida por Aubri-Rau, seguida por Planiol y Rippert, y la teoría objetivista o realista de Bekker y Brinz; así como la teoría mixta o ecléctica que se defiende por la doctrina moderna en la que se admiten dentro de la concepción de patrimonio, tanto el patrimonio personal, como los patrimonios autónomos.

¹⁷⁹ A. BOSCH CARRERA, “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)”, en GARRIDO MELERO Y FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial...*, op.cit., pp. 565-600.

¹⁸⁰ Se ha discutido si los patrimonios inmobiliarios de esta naturaleza deben ser o no objeto de inscripción registral: A favor, C. PARDO NUÑEZ, “Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del *trust*”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, Nº 697, 2006, pp. 1909-1971. En contra, J. GÓMEZ GÁLLIGO en nota al artículo citado (pp. 1968-1971) para quien no sólo la lógica jurídica sino nuestro ordenamiento refleja la obligatoriedad de inscripción en un Registro Público (fondos de inversión, fondos de capital riesgo,...) y propone proponer un Registro ad hoc para patrimonios fiduciarios. Por su parte, MATEO Y VILLA, op.cit., p. 2586, es partidario de que se inscriba no el patrimonio, sino los bienes y sus transmisiones. Si tomamos como referencia la regulación estadounidense de los ESOPs, se inscriben en un Registro específico a efectos fiscales.

¹⁸¹ Obra clásica en el tema es P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1968. Desde la perspectiva del análisis económico del *trust*, HAUSMAN Y MATTEI, op.cit., pp. 466-469, esta es la principal ventaja justifica la importancia práctica que tiene hoy en día y su creciente interés en países de *civil law* hayan adoptado instituciones similares al *trust*. El *trust* permite apartar un determinado conjunto de bienes para darle un tratamiento de gestión separado e independiente frente a los derechos de los distintos acreedores de estas partes.

¹⁸² Cfr. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28 septiembre 2013), que excepciona tal principio respecto a la vivienda habitual, exigiendo constancia registral: Arts. 7-11 sobre el “empresedor de responsabilidad limitada”

principio de legalidad al estar en juego el orden público económico¹⁸³. En consecuencia, la creación de cualquier nuevo patrimonio separado no es fruto de la autonomía de la voluntad sino que requiere una norma con rango de ley fundada en razones de orden social o económica. En el caso de los planes ESOPs esa norma estaría plenamente justificada por dos motivos. De un lado, la de responder a los objetivos de política económica de la Unión Europea, y de otro, la de crear instrumentos de participación financiera y de sucesión empresarial para las sociedades de pequeña escala. Razones suficientes para que el legislador español respondiese a la necesidad de generación de fondos de esta naturaleza con una ley *ad hoc* que además regulase el necesario marco societario y dotase al plan del tratamiento tributario adecuado.

B. La potencialidad fiduciaria respecto a la cuestión jurídico-real de la propiedad

58. Si bien la constitución legal de un patrimonio separado no ofrece dificultad, la determinación de la transmisión de la propiedad sigue siendo el *quid* principal cuando se trata de imitar el *trust*. Si hay algo que caracteriza a esta institución es el desdoblamiento entre la propiedad nominal que corresponde al *trustee*, la cual debe ser ejercida en interés o beneficio de los empleados, y la propiedad *in equity* que corresponde a éstos¹⁸⁴. En un ESOT cada empleado tiene a su nombre una asignación individual de acciones en “cuentas ESOP”, cuya disposición se adquiere en el momento del cese por jubilación u otra causa tasada. La titularidad del *trustee*, persona física o jurídica, es transitoria porque los destinatarios definitivos son los trabajadores que ostentan una titularidad sin derecho a disponer del capital asignado durante su vida laboral. El sistema no puede ser más idóneo para conseguir la finalidad perseguida en este tipo de fondos. Logra conciliar el dotar de capacidad jurídica al fiduciario, como titular legal para que pueda adquirir el capital al efecto de su posterior asignación a los empleados así como solicitar préstamos; con la consideración de estos como “propietarios” *in equity* (*equitable owners*). Este reconocimiento no es baladí si se tiene presente que es el objetivo primario de este tipo de planes en términos de fomento a la productividad e innovación empresarial. Teóricamente, si los empleados no pueden ser *equitable owners*, categoría que no existe en sistemas romano-germánicos, será más difícil que el empleado adquiera conciencia de titularidad del capital empresarial porque concebirá el plan en meros términos de previsión social o plan de pensiones. El planteamiento debe analizarse a continuación desde la doble perspectiva de la entidad fiduciaria y de los beneficiarios:

a. La atribución de propiedad a la entidad fiduciaria y la aproximación al ESOP

59. La entidad gestora de un fondo de inversión se limita a ejercer facultades de dominio “sin ser propietaria” (Cfr. Art. 3 Ley 35/2003). Es uno de los vértices de la estructura contractual triangular (partícipes/gestora/depositaria) que integra un contrato de gestión de negocios, también calificable de comisión mercantil; al que se añade el de depósito con la entidad depositaria. Esto es, varios contratos bien concebidos de modo combinado¹⁸⁵ o bien como un contrato atípico de prestación de servicios financieros o fiduciarios¹⁸⁶. El Tribunal Constitucional ha refrendado la base contractual compleja respecto a

¹⁸³ E. ARROYO I AMAYUELAS, “Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España”, en GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar*, op.cit., pp. 626-645; GÓMEZ PÉREZ, op.cit., pp. 3771-3786; BOSCH CARRERA, “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)”, en GARRIDO MELERO-FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar...*, op.cit., pp. 565-600 [593].

¹⁸⁴ Cada una de las dos propiedades está protegida por normas particulares y durante siglos incluso por jurisdicciones diferentes. Explica CÁMARA LAPUENTE, “El Trust y la fiducia,...”, op.cit., p. 1132, que en realidad no es que existan dos propiedades, si por tal se entiende el concepto romano de propiedad, que no existe en el *common law*, más bien se trata de “*estates*”, títulos que entrañan un conjunto de facultades a proteger.

¹⁸⁵ PULGAR, op.cit., pp. 215-233, entiende que el fondo de inversión es el resultado de “contratos unidos o coligados”, de un lado, las relaciones entre los partícipes y la entidad gestora responde a una gestión de negocios ajenos calificable de comisión mercantil, dado el carácter de empresa que ostenta la entidad gestora; de otra, la relación entre partícipes y depositario sería un depósito mercantil, dada la esencial función de custodia y en tercer lugar, la relación entre los partícipes es de comunidad en lo patrimonial, que explica la cotitularidad y en lo obligacional es societaria (sociedad a efectos internos, no frente a terceros). Contratos “unidos o coligados” en el sentido de que hay unidad en la causa o en el fin perseguido que exige una interpretación conjunta o interrelacionada de todas las relaciones que surgen de los fondos.

¹⁸⁶ FELIU REY, “Fondos de inversión...”, op.cit., p. 10.

los planes de pensiones¹⁸⁷. Sin embargo, esta estructura meramente contractual no acaba de encajar en lo que sería una “transposición” satisfactoria del *trust* financiero.

60. En concreto, trasladando la cuestión a un ESOP, si de la empresa constituyente del plan sale el capital y se residencia en el patrimonio fiduciario – que como hemos dicho carecería de personalidad jurídica si fuera un mero fondo financiero–, y a su vez los empleados no disponen de la propiedad hasta el momento previsto que de ordinario será la jubilación, surge la necesidad de atribuir la propiedad a quien actúe de entidad gestora o fiduciaria. De lo contrario, el capital transferido se encontraría en una especie de “limbo” jurídico. Es necesario afrontar legalmente la hipótesis de considerar la transmisión de propiedad a la entidad fiduciaria y en definitiva, admitir a su favor la *causa fiduciae* de la adquisición del derecho real de propiedad¹⁸⁸. La posición del fiduciario como propietario en un ESOP le conferiría la posibilidad de residenciar temporal o permanentemente el capital social y servir de *shareholder* (sería innecesaria la existencia de una sociedad *holding*), amén de llevar a cabo la dinámica de compraventa de acciones y endeudamiento, en caso de apalancamiento. En suma, podría llevar a cabo todo el entramado de negocios jurídicos. A nuestro modo de ver la atribución de la propiedad a la entidad fiduciaria resuelve problemas y es la manera más acertada de afrontar la cuestión. La adaptación nacional de este tipo de *trust* actuaría como auténtica piedra de toque de la transmisión de propiedad por la propia necesidad de dar sentido a la transferencia de capital.

61. Las referencias de Derecho comparado con las que el legislador español contaría serían aquellos sistemas jurídicos de *civil law* que a la hora de transponer el *trust* con mayor o menos claridad han elegido atribuir la propiedad al fiduciario¹⁸⁹. De un lado, Francia que, como se ha visto *supra*, niega que la *fiducie* produzca una división en el derecho de propiedad y considera que el fiduciario es el propietario, si bien es cierto que el Art. 2011 *Code* no es totalmente claro¹⁹⁰. De otra parte, también Escocia puede ser una referencia de interés porque reconoce una propiedad plena al fiduciario y meros derechos personales a los fiduciarios¹⁹¹. Este es también el camino seguido por los trabajos académicos de unificación de Derecho civil europeo que se alejan tanto de una fragmentación del derecho de propiedad¹⁹², como de la orfandad del patrimonio fiduciario que han adoptado algunas regulaciones recientes¹⁹³. Entre los borradores académicos a los que nos referimos, destacan por su claridad los PETL. El Art. 1(1) atribuye de una manera clara la propiedad de los bienes al fiduciario, los cuales quedan separados de su patrimonio

¹⁸⁷ El Tribunal Constitucional en Sentencia (Pleno) 206/1997, de 27 de septiembre de 1997, considera los planes de pensiones como “contrato de nuevo cuño de previsión colectiva” o como “acuerdo contractual de estructura compleja”.

¹⁸⁸ Es una idea que la doctrina percibe como posible, bien con carácter general como CÁMARA LAPUENTE, “Elementos...”, op.cit., p. 260”; o bien la defienden en la fiducia-gestión otros como E. ESTRADA ALONSO, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2010, quien propone legislar sobre la causa fiducia y crear un derecho real de fiducia; MATEO Y VILLA, op.cit., pp. 2607-8; PULGAR, op.cit., pp. 215-233; asimismo desde la perspectiva de la fiducia-garantía destaca la opinión de G. GALICIA AIZPURUA, *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012.

¹⁸⁹ A juicio de T. HONORÉ, “On fitting trusts into Civil Law Jurisdictions”, Oxford Legal Studies Research, 27, 2008, pp. 1-17 [12], a la vista de todas las opciones comparadas existentes, le parece lo más acertado que el trustee sea tratado como propietario: “the most convenient (la cursiva es del autor) arrangement is in my view one in which the trustee is treated as owner”.

¹⁹⁰ *Vid. supra* n. 102 y n. 103

¹⁹¹ *Trusts Act 1921*. Ver “General powers of trustees”.

¹⁹² Liechtenstein regula el *trust* anglosajón por Ley de 20 de enero de 1926 siguiendo el modelo del *trust* inglés (*Trustee Act 1925*), posteriormente reformada en fecha de 15 de abril de 1980 (*Personen und Gesellschaftsrecht*, Arts. 897-932). Es de constitución unilateral y no requiere declaración de la causa. Se realiza en acto distinto la transferencia de la propiedad de los bienes, de modo que a juicio del CÁMARA LAPUENTE, “Breve compendio...”, op.cit., 38-46, se salvaguarda el sistema propio de transmisión de propiedad.

¹⁹³ Concibe el patrimonio fiduciario como autónomo, sin ninguna atribución de propiedad, el Art. 227 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, siguiendo el modelo quebequés.

Dice el Artículo 227-2. Patrimonio protegido: 1. “El patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real”.

personal¹⁹⁴. Sin embargo, el DCFR en su propuesta de *trust* europeo es más confuso en este aspecto¹⁹⁵. El DCFR renuncia a la fragmentación de la propiedad pero no se pronuncia claramente sobre la transmisión de la propiedad al fiduciario. De hecho sorprende que no haga ninguna referencia a la propiedad en la definición de *trust* del Art. I: 201¹⁹⁶, que parece limitarlo a efectos meramente obligacionales. No obstante, de una interpretación sistemática parece desprenderse que el *trustee* sí debería ser tenido por propietario¹⁹⁷. Esta misma ambigüedad, al menos formal, la encontramos en el Convenio de la Haya. En el Art. 2 de este Convenio, no ratificado por España, no aparece con nitidez que el *trustee* ostente la propiedad de los bienes integrados en el fondo, se limita a decir que se colocan los bienes bajo el control del *trustee* y separados de su patrimonio personal¹⁹⁸. Esa vaguedad parece haber sido la salida al difícil equilibrio necesario a la hora de redactar un conjunto de normas de Derecho internacional privado sobre una institución anglosajona que trata de encajar categorías imposibles en sistemas romano-germánicos. No hay división de propiedad pero tampoco se afirma con rotundidad que el fiduciario sea propietario de los bienes integrantes del fondo patrimonial que están bajo su nombre en un fondo separado¹⁹⁹. En cualquier caso, la reflexión académica europea ha renunciado a postular la idea de división de la propiedad y apunta a colocar la titularidad de la propiedad bajo la persona del fiduciario, aunque queda alguna autorizada opinión en Europa que defiende la fragmentación de la propiedad *lege ferenda*²⁰⁰.

62. Una tercera propuesta académica pensada específicamente para fondos financieros es el borrador de una Directiva sobre fondos protegidos (“*protected funds*”) que se publicó en 2009 como una suerte de “producto derivado” de los PETL²⁰¹. Esta propuesta parte de la necesidad y de la utilidad que se ha hecho patente en los últimos treinta años de un “*ring-fenced fund of assets –in other words, a fiduciary patrimony–*” en contextos financieros y de inversión. Hasta la fecha esta iniciativa no ha sido

¹⁹⁴ Art. 1(1): “En un *trust* una persona llamada trustee es propietaria de unos bienes, que se mantienen separados de su patrimonio personal, y ha de afectar dichos bienes (el “fondo” del *trust*) al beneficio de otra persona llamado “beneficiario” o a la promoción de una finalidad”. Trad. de C. GONZÁLEZ BEILFUSS en R. SCHULZE y R. ZIMMERMAN, *Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación a cargo de E. Arroyo i Amayuelas*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 523-526.

¹⁹⁵ La visión de los comentarios sobre el libro X es variada. Una visión más neutra la encontramos en C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Libro X. *Trusts*”, en E. VALPUESTA GASTAMINZA (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, Bosch, 2011, pp.555-582; más crítica en BRAUN, A., “Trusts in the Draft Common Frame of Reference. The “Best Solution” for Europe?”, *The Cambridge Law Journal*, 70, 2011, pp. 327-352, que detecta numerosas lagunas e incoherencias; y en W. SWADLING, “The DCFR Trust: A Common Law Perspective”, en S. VAN ERP., A. SALOMONS y B. AKKERMANS, *The Future of European Property Law*, Munich, Sellier, 2012, pp. 21-30, quien considera que responde más bien a una visión continental y en ese sentido el *trust* “armonizado” del DCFR visto por un jurista inglés es extraño y poco útil [21].

¹⁹⁶ Art. I: 201: “*Definition of a trust: A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes*”.

¹⁹⁷ LLORENTE, en VALPUESTA GASTAMINZA, op.cit, pp.567 y 575.

¹⁹⁸ Art. 2: “a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own state; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ, or dispose of the assets in accordance with reservation by the settlor of certain rights and powers”.

¹⁹⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del trust...*, op.cit., pp.38-40, recoge la dificultad que existió en la negociación preliminar de este Convenio y el desacuerdo entre los delegados para dar forma a la titularidad jurídica del *trustee*, del que ha quedado constancia en las actas de la 15ª Sesión que tuvo lugar entre los días 8-20 octubre de 1984.

²⁰⁰ S. VAN ERP, “Security interests: A secure start for the development of European Property law”, Maastricht Working Papers. Faculty of Law, 5-2008, defiende una flexibilización del concepto de propiedad en cuanto a su papel en el Derecho de propiedad europeo. Considera que el concepto unitario de propiedad, tal y como se encuentra en los sistemas de *civil law* después de la Revolución francesa, quizás necesita “*rethinking in the light of modern economic developments, specially globalisation*”. Se posiciona en contra de aquellos que ven en la fragmentación una vuelta al sistema feudal y está a favor de la admisibilidad de propiedades simultáneas sobre un mismo bien, algo que encaja bien en los instrumentos fiduciarios con finalidad financiera.

²⁰¹ S. KORTMANN, D. HAYTON, N. FABER, K. REID y W. BIEMANS (eds.), *Towards An EU Directive on Protected Funds*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009. El origen de este trabajo sobre “protected funds” nace en 2004 en el *Business and Law Research Centre* de la Radboud University (Nijmegen) en una refundación del *International Working Group on European Trust Law* que fue ampliado con colaboradores para la redacción de informes nacionales a los efectos de determinar el alcance que una posible Directiva sobre fondos protegidos. Participan Bélgica, República Checa, Inglaterra y Gales, Grecia, Italia, Italia, Escocia, Luxemburgo Suiza, Países Bajos, Francia, Alemania, España, Chipre, Hungría.

recibida por las instituciones comunitarias pero podría aprovecharse como molde nacional en aquellos países con sistemas romano-germánicos que desearan desarrollar un modelo nacional de ESOP, en ausencia de *trust*. De hecho, la propuesta menciona expresamente los esquemas de participación en la propiedad del capital para empleados, entre los doce usos mercantiles (*commercial purposes*) a los cuales los autores creen que puede serles objeto de aplicación: “*the operation of a share ownership scheme for company employees: the company provides funds for the administrator to buy shares, which then produce dividend income allowing the scheme to become self-financing*”²⁰².

b. El fondo de participación accionarial regulado conforme a la propuesta académica de Directiva de “fondos protegidos”

63. La configuración que hace esta propuesta sobre fondos protegidos se basa en los PETL, la utilidad viene de que se concentra en el ámbito financiero y mercantil, y descarta emplear no sólo los conceptos sino la terminología propia del *trust* y la fiducia. Sus puntos clave son: Un patrimonio separado, aislado de las pretensiones de los acreedores del administrador, que requiere para su existencia de la aceptación de un administrador profesional (no es determinante la transferencia de bienes); con obligatoria publicidad del mismo - por ejemplo a través de un sistema de registro-, y lo más interesante en cuanto a su naturaleza jurídica, que no se configura como una persona jurídica, esto es, carece de personalidad y es el administrador el dueño y gestor del patrimonio, eso sí, en beneficio de otros y sin generar propiedad alguna en los beneficiarios²⁰³.

64. El comentario a esta propuesta relativo a España considera que una Directiva sobre “*protected funds*” introduciría un concepto nuevo en nuestro ordenamiento, pero no encuentra serios obstáculos para su transposición habida cuenta de sus tres aspectos básicos: la estructura tripartita (“*originator/funder-administrator-beneficiary*”), la cuestión de la propiedad de los bienes del fondo y la separación de patrimonios. El hecho de considerar al administrador como propietario, si bien en beneficio de otros, allana el camino a la introducción de la idea de fondo protegido, dado que un desdoblamiento de propiedad sería imposible en nuestro sistema y además elimina las objeciones que el *trust* plantea respecto al reconocimiento a los beneficiarios de derechos reales²⁰⁴.

65. Este modelo podría servir para articular a nivel nacional un plan tipo ESOP. Primero, porque concentra en un conjunto de normas la regulación completa de una institución pensada precisamente para fondos de esta naturaleza, expresamente para los que buscan la participación financiera en el capital social, lo que es un ESOP. En segundo lugar, porque renuncia a la denominación de *trust* y a la de fiducia también. Al fiduciario se le llama “administrador” y al fondo, “fondo protegido”, no “fondo fiduciario”. El uso de esta terminología sustitutoria facilitaría a nuestro juicio su transposición porque por mucho que se afirme, y con razón, que caben *trusts* en la esfera jurídica continental, lo cierto es que la versión auténtica no tiene encaje perfecto en los sistemas romano-germánicos y se sigue viendo como problemática. Tercero, el planteamiento de un patrimonio separado sin personalidad jurídica bajo la titularidad (léase propiedad) del fiduciario es la mejor opción en este supuesto y la más alineada con la reflexión europea ya vista. No hay fragmentación de propiedad, el derecho de propiedad se traspasaría a la entidad administradora, quien debería contar con la cualificación profesional necesaria para llevar a cabo planes financieros de esta naturaleza. La necesaria intervención del legislador, bien *ad hoc* para ESOPs, bien para fondos financieros en general, puede crear el marco jurídico sustantivo (civil, societario, fiscal y laboral) y determinar el perfil requerido en nuestro ordenamiento para desempeñar esta función del llamado administrador (aunque sea propietario).

²⁰² *Ibid.* p. 8.

²⁰³ Art. 3 (“*The protected fund*”): “*In a protected fund, assets are owned by an administrator for the benefit of one or more beneficiaries*”.

²⁰⁴ National Report for Spain: J.M^a. MIQUEL GONZÁLEZ y A. MACÍA MORILLO, en KORTMANN, op.cit, pp. 271- 309. Sobre aspectos citados: pp. 272-273; 291-292.

c. ¿Dónde queda la “ownership” de los empleados?

66. Los empleados carecerían de todo derecho real, no serían titulares de una *equitable ownership*, que no existe en nuestro Derecho, como tampoco de un derecho real sobre cosa ajena. La propiedad descansaría en el fiduciario o administrador, como se le denominase. La posición del empleado sería la de ser beneficiario, de hecho la denominación más extendida en Europa, Reino Unido principalmente, prescinde de la palabra propiedad y subraya la condición de beneficiario (“*employee benefit trust*”). Ahora bien, no es un mero beneficiario económico²⁰⁵. El encuadre en una categoría civilista debe llevar a considerarle titular de un derecho personal respecto a los resultados del ejercicio del poder de aquel. No es un mero receptor económico del fondo fiduciario, por ello se le debe asegurar que la gestión de la propiedad será administrada en su favor²⁰⁶.

67. La ausencia de titularidad jurídico-real y de la *tracing rule* propia del *trust* no impide, más bien al contrario, que la posición de los beneficiarios deba estar bien perfilada jurídicamente tanto en relación al administrador como en relación a la empresa constituyente, de suerte que no se distorsione el objetivo del ESOP mismo. De un lado, sería necesario regular adecuadamente los efectos de la estanciedad del patrimonio separado y la protección jurídica en caso de desviación de los deberes asumidos por parte de la entidad administradora protegida por acciones de naturaleza personal²⁰⁷. Nada podrán reclamar frente al fondo los acreedores personales de los propios beneficiarios porque en tanto llegue el momento de cese o jubilación, el capital asignado no pertenece al patrimonio particular de cada uno de ellos. El capital depositado en el patrimonio del plan tampoco respondería frente a las pretensiones de los acreedores del administrador o de su posible insolvencia. De otra parte, la constitución por escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil, de la manera que se considerara más acertada, sería la mejor garantía de seguridad jurídica. Si a ello se añaden los mecanismos de representación de los beneficiarios en la sociedad operativa o constituyente del plan, el resultado debería aproximarse al ESOP anglosajón²⁰⁸.

2. La sociedad *holding* en un modelo de fondo separado protegido

68. Al referirnos a Francia, seguida por Alemania, vimos que en esos países se está optando por sustituir las funciones del *trust* por la combinación de un fondo patrimonial separado y una sociedad *holding* para conseguir los mismos resultados que un ESOP apalancado con fines de sucesión de empresa familiar. Puede que no sea ajena a esa decisión, que es claramente más compleja y costosa que el *trust* angloamericano, la regulación nacional de la fiducia-gestión en esos países. Ya vimos que no era consistente en cuanto a la definición del *estatus* de propietario del fiduciario, más bien adolece de cierta indefinición, y en lo que se refiere a la estanciedad del patrimonio de afectación, tampoco es tal. La utilización de un fondo protegido en el régimen propuesto por el borrador de Directiva de fondos

²⁰⁵ M. LUPOLI, “La nozione di “beneficial owner”, en F. ALCARO y R. TOMMASINI, *Mandato fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 33-54, critica la supuesta diferencia entre “*equitable owner*” y “*beneficial owner*”; considera que la idea de “beneficial” owner” está siendo un “*flusso giuridico imposto*” del ámbito anglosajón en el ámbito de los intermediarios financieros y el autor trata de reconducirlo a las categorías civilistas [49-52].

²⁰⁶ En sistemas de tradición civil, como afirma HONORÉ, op.cit., p. 15, el legislador nacional debe atribuir a los beneficiarios todos aquellos derechos que hagan posible llevar a cabo el propósito del *trust*. Este derecho es ciertamente más que un simple derecho de crédito, es el derecho a insistir en que “*the trust assets be devoted to the trust purpose or purposes*”.

²⁰⁷ Se trata de una cuestión a la que el legislador debe prestar especial atención para que la condición de beneficiario sea real y no ficticia, no en vano el empleado tiene en el fondo parte de su salario diferido en el tiempo. Cfr. las diferencias entre el *trust* inglés y el escocés en punto a la recuperación de los bienes transmitidos por el *trustee*: MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del trust...*, op.cit., p.206.

²⁰⁸ Ahora bien, dependerá del tamaño de la sociedad. En una PYME o en una empresa familiar hay un interés económico en la concentración del capital. Suelen estar involucrados la totalidad de los empleados; por el contrario las grandes compañías necesitan abrirse a mayor número de personas, no sólo a los trabajadores. Cuando ponen en marcha planes de este tipo, una mayor participación de los trabajadores no suele tener como finalidad una implicación del empleado en la gestión empresarial o un cambio del gobierno corporativo, sino lograr una mayor flexibilidad salarial (Ver apreciaciones de FLORES DOÑA, *Ingeniería corporativa con acciones propias y cruzadas*, op.cit., pp. 176-187, sobre la incidencia de la adquisición de acciones por los trabajadores en función del tamaño de la empresa en el juego de relaciones internas).

protegidos (*vid. supra*) es más clara, haría hasta cierto punto innecesaria la combinación del *fondo* con una sociedad *holding* y permitiría reproducir más fielmente el ESOP estadounidense con una estructura jurídica única y más sencilla. No obstante lo dicho, el esquema francés tiene una ventaja no desdeñable y es que aprovecha la estructura societaria de la empresa *holding* como vehículo de control directo de la operación por parte del fundador porque puede formar parte hasta la finalización de la transmisión de los órganos de gobierno, algo que un *trust* estadounidense no contempla de esta manera.

VII. Conclusiones

69. El fomento a escala europea de fórmulas jurídicas de participación financiera en las empresas que permitan a los empleados acceder al capital constituye un reto para aquellos Estados miembros de la Unión Europea que deberán desarrollar modelos jurídicos adaptados a su ordenamiento jurídico. Los conocidos como planes ESOPs, de reconocido éxito en Estados Unidos, son una referencia para Europa que ve en ellos un instrumento eficiente que permite incrementar la productividad empresarial, la innovación, la fidelización de los empleados más valiosos y la involucración en el devenir de la empresa. Sobre todo son especialmente útiles para articular la sucesión empresarial de pequeñas y medianas empresas, sociedades familiares, principalmente. En nuestro país, este tipo de sociedades demandan desde hace tiempo fórmulas jurídicas inexistentes en nuestro Derecho que sirvan a este fin, que sí existen en países como Francia o Reino Unido.

70. Desde la perspectiva sustantiva de Derecho civil, la dificultad radica en que este modelo de participación se articula a través de un *trust*, institución desconocida en nuestro ordenamiento jurídico. El *trust* aplicado a este fin es el creado por la propia empresa que desea poner en marcha un plan financiero de este tipo asociado a un esquema de reparto de beneficios complementario al salario. El *trustee* va realizando la compra y depósito de las acciones en nombre de los empleados sin aportación adicional por parte de éstos, es decir, financiándose principalmente a través de un sistema de distribución de beneficios, además de los dividendos de las acciones o participaciones adquiridas y, en su caso, mediante préstamos concedidos por bancos u otras entidades financieras (como es habitual en la hipótesis de sucesión empresarial). El fiduciario se encarga de la gestión o administración del capital adquirido y de la representación de los derechos en los órganos societarios así como de la asignación individual del capital societario. Una vez más, el legislador español se enfrenta a un interés económico de adoptar y adaptar un *trust* de naturaleza financiera mediante una entidad intermediaria que pueda reproducir la función de un *trust* en el marco jurídico interno habida cuenta de que el modelo actual de los fondos financieros basada en una estructura contractual compleja o combinada no es del todo satisfactoria.

71. A la vista de otras iniciativas ya existentes en países cercanos al nuestro y de las referencias de unificación de Derecho privado europeo sobre *trusts*, parece viable regular por ley la existencia de un patrimonio separado sin personalidad jurídica que sirviera a este fin y que pudiera ser administrado por una persona física o jurídica, con un perfil profesional preestablecido. Ese administrador recibiría la propiedad del capital depositado en el fondo constituido a este fin, el cual sería deseable que estuviera registrado debidamente para dotarlo de la publicidad y seguridad jurídica necesaria. Un conjunto de reglas que en gran medida están ya elaboradas porque responderían básicamente al modelo puede encontrarse en el borrador académico de Directiva sobre “*protected funds*”, que surgen de la propuesta sobre los Principios Europeos sobre Derecho de *Trusts* y que expresamente incluye los ESOPs entre los usos financieros para los que puede ser aplicada. A escala europea serviría además para eliminar los obstáculos que encuentran empresas transnacionales a la hora de establecer este tipo de planes de participación financiera a favor de empleados que desarrollan su actividad en centros que se encuentran residenciados en diferentes países de la Unión. De hecho, el Parlamento Europeo ha hecho un llamamiento a la Comisión Europea para iniciar una reflexión sobre un futuro modelo de ESOP europeo que funcionaría como segundo régimen opcional en cada Estado miembro. La eficiencia de la institución propuesta dependería en todo caso no sólo de posibilitar legalmente este “molde jurídico-civil”, sino también de un adecuado marco societario y de un acertado tratamiento fiscal, cuestiones estas dos últimas ajenas a este trabajo.

LA IDENTIFICACIÓN DE LA EMPRESA EN EL ETIQUETADO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS COMERCIALIZADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 21.05.2014 / Aceptado: 28.05.2014

Resumen: En este trabajo se analizan las obligaciones relativas a la identificación de la empresa responsables en el etiquetado de los productos alimenticios comercializados dentro de la Unión Europea. Se trata de identificar el contenido mínimo de la información que obligatoriamente debe figurar en las etiquetas de los alimentos a este respecto y, en concreto, si tiene que identificarse a quien los fabrica así como la actividad que desarrolla la empresa responsable. La finalidad del trabajo es determinar si existe o no un derecho a conocer la identidad del fabricante de los alimentos que se consumen.

Palabras clave: Etiquetado. Productos alimenticios. Información al consumidor. Identificación de fabricantes. Marca de distribuidor. Reglamento (UE) n° 1169/2011.

Abstract: This paper analyses the obligations relating to the identification of the company responsible on the labeling of foodstuffs within the European Union. It identifies the mandatory food information regarding the food business operator, in particular, if it includes the identification of the manufacturer and the role of the operator. The aim of this work is to determine whether or not exists a right to know who is the manufacturer of the foodstuff.

Key Words: Labeling. Foodstuff. Consumer Information. Producers Identification. Own-Brand Label. Regulation (EU) n° 1169/2011.

Sumario: I. Introducción: ¿Tengo derecho a saber quién fabrica lo que como?. II. La identificación del productor como requisito del etiquetado de los productos en general exigido por la normativa común sobre protección de consumidores y usuarios. III. La identificación de la empresa responsable como requisito del etiquetado de los productos alimenticios exigido por la normativa especial aplicable a dichos productos. 1. Régimen vigente de la información contenida en el etiquetado de los productos alimenticios derivada de la Directiva 2000/13/CE. 2. Régimen de la información contenida en el etiquetado de los productos alimenticios a partir de la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 1169/2011. IV. Las limitaciones a la identificación de la empresa responsable en el etiquetado de los productos alimenticios: La paradójica inexistencia de un derecho a identificar al fabricante. V. Conclusiones: El necesario reconocimiento a nivel europeo del derecho a identificar a los responsables de los productos alimenticios.

I. Introducción: ¿Tengo derecho a saber quién fabrica lo que como?

1. La información constituye uno de los fundamentos esenciales del sistema de protección de los consumidores y, asimismo, garantiza la transparencia en el mercado que facilita la libre circulación y la competencia entre productos dentro del mercado interior. Si bien el acceso a una información adecuada resulta esencial para que los ciudadanos tengan un conocimiento preciso de las características de los

productos que consumen dentro del libre mercado, dicha información adquiere una mayor relevancia cuando se trata de productos alimenticios en la medida que inciden en la salud de los consumidores.

2. En el caso de los productos alimenticios la información se transmite a los consumidores esencialmente a través de su etiquetado, razón por la cual se exige a nivel europeo que figure una información mínima en cada etiqueta. La información básica obligatoria que ha motivado más conflictos y, por tanto, un mayor interés, ha sido la relativa a los ingredientes, a la fecha de duración mínima o caducidad, o a su procedencia. Por el contrario, poca o nula atención se ha prestado a la obligación de identificar a la empresa en las etiquetas de los productos alimenticios.

3. Sin embargo, la creciente complejidad del mercado alimentario ha motivado que la información relativa a la empresa se convierta en un elemento competitivo fundamental, en particular, por la proliferación de las denominadas marcas de distribuidor o marcas blancas. Los consumidores, cada vez más exigentes e informados, reclaman conocer quiénes son los sujetos responsables (productores, importadores, envasadores, distribuidores o vendedores) de la comercialización de los productos alimenticios para ajustar su decisión de consumo.

4. Esto lleva a plantear la cuestión de si existe un derecho de los consumidores a conocer la identidad del fabricante de los productos alimenticios dentro de la Unión Europea. En el presente trabajo se analiza la normativa reguladora del etiquetado en general (apartado II) y de los productos alimenticios en particular (apartado III) para tratar de determinar si la identificación de la empresa implica incluir la identidad del fabricante de los productos alimenticios o, al menos, la actividad que desempeña la empresa responsable.

5. A partir de este análisis se puede comprobar cómo la actual regulación del etiquetado de los productos alimenticios se encuentra limitada en lo que se refiere a la identificación de la empresa, lo impide concluir que exista un derecho a identificar al fabricante o la actividad de la empresa identificada (apartado IV). Se pone así de manifiesto la necesidad de replantear a nivel europeo los requisitos relativos a la información exigible relativa a la empresa responsable en el etiquetado de los productos alimenticios para garantizar así una adecuada protección de los consumidores que reclaman poder identificar quién fabrica lo que consumen (apartado V).

II. La identificación del productor como requisito del etiquetado de los productos en general exigido por la normativa común sobre protección de consumidores y usuarios

6. La exigencia de una información adecuada dirigida a los consumidores se contiene en las normas fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeos que constituyen el vértice desde el que se erige el sistema de protección jurídica de los consumidores y usuarios.

7. Dentro de la Unión Europea, la protección de los consumidores constituye un principio esencial al que contribuyen tanto la propia Unión junto con los Estados, ya que se trata de una competencia compartida [art. 4 f) y Título XV del TFUE y art. 38 Carta Derechos Fundamentales UE]. Pues bien, en el caso de la Unión Europea, ésta tiene el deber contribuir a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y, en concreto, a promover su derecho a la información (art. 169.1 TFUE).

En términos similares se pronuncian las constitucionales nacionales, como es el caso del artículo 51 de la Constitución Española que exige a los poderes públicos que garanticen la defensa de consumidores y usuarios protegiendo su seguridad, salud e intereses económicos (apartado primero), y, asimismo que promuevan la información de los consumidores y usuarios (apartado segundo).

8. Aunque estas referencias a la promoción de la información de los consumidores apuntan a una información genérica para garantizar un uso y consumo adecuado de bienes y servicios existentes

en el mercado así como para facilitar el ejercicio los derechos que les asistan, no cabe duda que la información detallada del etiquetado constituye parte de dicha información e incluso va más allá ya que constituye una exigencia necesaria para proteger la seguridad, salud y los intereses de los consumidores en el sentido que exigen los artículos 168 TFUE y artículo 51 CE.

9. La importancia de la información que figura en el etiquetado de los productos alimenticios explica que sobre esta cuestión concurren tanto los requisitos comunes de la normativa general de protección de los consumidores como los específicos que se aplican a este tipo de productos.

10. En lo que respecta a las normas de carácter general de protección de consumidores y usuarios aplicables a todos los productos y servicios en general, incluidos los productos alimenticios, éstas hacen referencia expresa a la información que debe figurar en el etiquetado.

11. A nivel europeo no existe una armonización del etiquetado de los productos en general¹ que, sin embargo, sí tiene lugar por tipos concretos de productos (alimentos, productos químicos, textiles, etc.). Por eso es necesario acudir a la normativa nacional de protección de consumidores y usuarios para identificar cómo y con qué alcance se les reconoce el derecho a la información sobre los bienes o servicios.

12. En el caso de España, se reconoce como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios el derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute el derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute [artículo 8 d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)]. Este derecho a la información de los consumidores y usuarios se desarrolla en el Capítulo IV del Título I que dispone unos principios generales sobre la información, formación y educación de los consumidores y usuarios (artículo 17) y, asimismo, concreta los deberes relativos a la información que debe prestarse a los consumidores estableciendo el contenido mínimo que debe estar presente en el etiquetado y presentación de los productos y servicios (artículo 18).

13. Como exigencia general debe tenerse en cuenta que el etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente –y a lo que aquí nos interesa–, sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención [art. 18.1 a)].

14. A esta exigencia general se añaden otras concretas relativas al contenido del etiquetado para lo que se dispone que, sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deben incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales. En este sentido enumera una serie de características esenciales y, entre otras, se señala de forma expresa y en primer lugar la obligación de facilitar el nombre y dirección completa del productor [art. 18.2 a) TRLGDCU]. Este requisito impuesto a nivel nacional exige que la información deba figurar, al menos, en castellano sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan disponer que figure en otras lenguas cooficiales cuando existan. Por lo demás, las

¹ En los productos en general, el etiquetado forma parte de las especificaciones técnicas que los Estados miembros debe comunicar a la Unión Europea a través de un procedimiento de información conforme a lo dispuesto en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

Comunidades Autónomas no han desarrollado requisitos adicionales por lo que respecta a la información que debe figurar en el etiquetado de los productos².

15. En este punto debe tenerse en cuenta que la TRLGDCU hace una distinción entre el empresario (art. 4), el productor (art. 5) y el proveedor (art. 7), a lo que habría que añadir el vendedor que interviene en el contrato de compraventa. El empresario constituye el género que abarca a todos los sujetos que desarrollan actividades comerciales o empresariales frente a los consumidores y usuarios, y que se concreta en especies concretas como son los productores, proveedores, vendedores, etc.

16. El productor es definido como el fabricante del bien o su intermediario, o el importador del bien en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo (art. 5 TRLGDCU). Este concepto adquiere un significado adicional más amplio cuando se regula la cuestión de la responsabilidad ya que se considera productor al fabricante o al importador en la UE no sólo de productos terminados sino de los elementos integrados en éstos o de las materias primas (art. 138 TRLGDCU). Por otra parte, el proveedor es identificado como el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución (art. 7 TRLGDCU).

17. A la luz de lo dispuesto en la normativa general sobre información a los consumidores en el etiquetado³, en todos los productos debe figurar el nombre y la dirección completa del productor, lo que implica, por de pronto, identificar ya sea al fabricante o al importador. Sin embargo, la amplia definición de productor que se establece en el TRLGDCU plantea problemas de interpretación a la hora de determinar quién debe figurar en el etiquetado de los productos.

18. En primer lugar debe notarse que el artículo 5 TRLGDCU hace referencia al «*al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario*», indicación esta última que implica incluir sujetos que no son propiamente los que manufacturan los productos. En verdad la referencia a los intermediarios en dicho artículo podría considerarse realizada únicamente a los prestadores de servicios, sin embargo, nada impide considerar que se trata también de intermediarios de los fabricantes, que serían aquellos sujetos que desarrollan funciones de distribución entre el fabricante y el consumidor final (distribuidores o vendedores mayoristas y minoristas). Sin embargo, esta última interpretación parece dejar sin sentido la definición de los productores como categoría propia ya que terminaría asimilándose a los empresarios cuando, por el contrario, la LGDCU los define como una categoría concreta que se distingue, además, de los proveedores.

19. Mayor complicación presenta la referencia que se hace en el artículo 5 TRLGDCU, no ya al fabricante o al importador sino «*a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien (...) su nombre, marca u otro signo distintivo*». En este caso se considera productor a alguien que no

² Esto se explica ya que las Comunidades Autónomas si bien han asumido en sus respectivos Estatutos competencias legislativas en materia de defensa del consumidor, deben ejercerla de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general así como con las bases y coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38 y 131, y en los números 11, 13 y 16 del apartado uno del artículo 149 de la Constitución. La introducción de requisitos adicionales en el etiquetado, más que una medida de protección del consumidor –que ya se encuentra protegido por los requisitos de información en el etiquetado fijados a nivel nacional– podría constituir un obstáculo a la libre circulación de productos dentro de nuestro país, que no sólo afectaría a estos títulos competenciales del Estado sino que también constituiría un obstáculo a la libre circulación de productos prohibido por el artículo 139 CE. Por lo tanto, aquellas Leyes autonómicas que hacen referencia a la información que debe figurar en el etiquetado se limitan a reproducir lo que establece la norma estatal (como puede comprobarse en el artículo 126-5 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña o en el artículo 15 de la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

³ La interpretación se limita a lo dispuesto en la TRLGDCU ya que, los productos alimenticios quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma de desarrollo en este punto que es el Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios (art. 3).

tiene nada que ver con la puesta originaria en el mercado del producto, como es el caso del fabricante y del importador. Por el contrario se considera productor a aquel que pretende serlo y así se presenta al consumidor aunque no haya tenido nada que ver en la manufactura, importación, distribución y demás fases de la comercialización del producto. Se trata de una expansión artificial de la figura del productor que abandona su sentido etimológico vinculado a la fabricación para incluir a otros sujetos con la finalidad de ampliar la extensión de la responsabilidad de modo que alcance a aquellos sujetos que, no siendo materialmente productores, se encuentran implicados en la comercialización de los productos⁴.

20. Esta dinámica en la definición del productor que propicia una mayor protección de los consumidores y usuarios en la medida que amplía el alcance de la responsabilidad, sin embargo produce un efecto colateral sobre el etiquetado ya que la indefinición del productor dificulta la imputación de ciertas obligaciones sobre su identificación en el mismo.

21. En conclusión, tal y como actualmente se encuentra regulado en la normativa general sobre protección de consumidores a nivel nacional, la empresa que debe figurar en el etiquetado de los productos no tienen por qué ser necesariamente el fabricante sino que se admite que pueda figurar en la misma otros sujetos como los intermediarios o cualquiera que se presente ante el consumidor como responsable del producto. En el caso de que se quisiera que en el etiquetado de los productos figurase el nombre y dirección del fabricante, debería modificarse el contenido de los artículos 5 y 18.2 a) LGDCU y disponerlo así expresamente. Mientras esto no ocurra no puede deducirse una obligación legal que no se encuentra expresamente definida.

III. La identificación de la empresa responsable como requisito del etiquetado de los productos alimenticios exigido por la normativa especial aplicable a dichos productos

1. Régimen vigente de la información contenida en el etiquetado de los productos alimenticios derivada de la Directiva 2000/13/CE

22. En un segundo nivel, más allá de lo dispuesto en la normativa común sobre protección de consumidores y usuarios, existen exigencias específicas sobre la información que debe figurar en el etiquetado de los productos alimenticios que se contienen en la normativa especial aplicable a los productos alimenticios⁵.

23. La normativa sobre productos alimenticios se encuentra armonizada dentro de la Unión Europea en diversos aspectos con la finalidad de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y, en concreto, por lo que respecta a la información que debe figurar en el etiquetado.

24. Dentro del derecho a la información reconocido con carácter general a nivel europeo, por lo que respecta a la información de los productos alimenticios, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios,

⁴ Así se aprecia en la definición de productor que se contiene en el artículo 3 de la Directiva 85/374 CEE del Consejo de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que lo define como «*la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto*», y continúa en los siguientes apartados ampliando dicha definición extendiendo así la responsabilidad sobre los productos.

⁵ Sobre la cuestión del etiquetado de productos alimenticios en general *vid.* F. MILLÁN SALAS: «Etiquetado y presentación de los productos alimenticios», en M. J. CAZORLA GONZÁLEZ, R. HERRERA CAMPOS (coords.): *Sociedad de consumo y agricultura biotecnológica: libro homenaje al profesor Agustín Luna Serrano*, 2006, págs. 199-211, y, asimismo, M. B. DE PABLO BUSTO; M. MORAGAS ENCUESTA: «Norma de etiquetado y marcado de salubridad de los productos alimenticios en España y en la Unión Europea», *Alimentaria: Revista de tecnología e higiene de los alimentos*, N° 425, 2011, págs. 96-104.

aborda la cuestión en tanto considera que un etiquetado detallado relativo a la naturaleza exacta y las características del producto permite al consumidor realizar su elección con conocimiento de causa y crea menos obstáculos a la libertad del intercambio, por lo que establece una lista de las menciones que deben figurar en principio en el etiquetado de todos los productos alimenticios (considerandos 7 y 8).

25. Así, en el artículo 3.1 de la Directiva 2000/13/CE dispone que el etiquetado⁶ de los productos alimenticios implicará solamente, en las condiciones, y salvo las excepciones previstas, las indicaciones obligatorias enumeradas, entre las que se menciona el nombre o la razón social y la dirección del fabricante o del embalador o de un vendedor establecido dentro de la Unión (apartado 7). Como puede apreciarse la Directiva establece una interpretación restrictiva de las obligaciones relativas a la información que debe figurar en el etiquetado al señalar expresamente que “implicará solamente” las enumeradas y en las condiciones previstas.

26. Estas exigencias relativas a la información que debe figurar en las etiquetas de los productos alimenticios fijadas a nivel europeo se transponen de forma literal en nuestro país en el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, cuyo artículo 5.1 i) dispone que el etiquetado de los productos alimenticios requerirá solamente, salvo las excepciones previstas, las indicaciones obligatorias mencionada⁷, entre las que se menciona la «*Identificación de la empresa: el nombre, la razón social o la denominación del fabricante o el envasador o de un vendedor establecido dentro de la Unión Europea y, en todo caso, su domicilio*».

27. A diferencia de lo dispuesto en la TRLGDCU, en la normativa específica sobre etiquetado de productos alimenticios se flexibiliza el requisito relativo a la identificación de la empresa responsable. En primer lugar, debe notarse que el artículo 5.1 i) del Real Decreto 1334/1999 se refiere a la identificación de “*la empresa*” de forma genérica, por lo que no se está apuntando a un determinado sujeto como ocurre en el artículo 17 TRLGDCU que hace referencia al “productor”.

28. Asimismo, en dicho apartado se contempla expresamente que figure el nombre, razón social o denominación y el domicilio ya sea del fabricante, o bien del envasador, o de cualquier vendedor establecido dentro de la Unión Europea. Esto significa, por una parte, que debe figurar sólo la identificación nominal (nombre, razón social o denominación) y el domicilio, sin que pueda exigirse otra información adicional como, por ejemplo, el número de registro sanitario o el código de identificación fiscal⁸.

29. Por otra, se admite que la identificación de la empresa en el etiquetado de los productos alimenticios tenga lugar a través de la constancia de cualquiera de las empresas establecidas dentro de la Unión que tengan responsabilidad directa en la puesta en el mercado de los productos alimenticios⁹. El artículo 5 i) del Real Decreto 1334/1999 utiliza la conjunción disyuntiva “o” con la que expresa que se trata de alternativas posible, por lo que se entiende suficiente que figure cualquiera de los sujetos mencionados (fabricantes, envasadores o vendedores). Como puede comprobarse no se establece una prefe-

⁶ Se define el etiquetado como las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio y que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín, que acompañen o se refieran a dicho producto alimenticio [artículo 1.3 a) Directiva 2000/13/CEE].

⁷ Sobre las indicaciones obligatorias del etiquetado *vid.* F. GONZÁLEZ BOTIJA: «Comunicaciones comerciales», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.): *Tratado de Derecho alimentario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 762-834.

⁸ En concreto, el número de registro sanitario era un requisito obligatorio en el etiquetado de productos alimenticios contemplado por el artículo 3 del Real Decreto 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre registro sanitario de alimentos, y que desapareció ya con el Real Decreto 1122/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios envasados, y se sigue sin exigir.

⁹ Así lo interpreta a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como indica F. GONZÁLEZ BOTIJA *op. cit.* pág. 806, quien afirma que la identificación de la empresa es muy importante a efectos de conocer “al menos uno” de los sujetos que ha intervenido en la comercialización de los productos.

rencia por ninguno de ellos por lo que no cabe exigir que sea el fabricante el que necesariamente deba figurar en la etiqueta ya que, como es bien sabido, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

30. De hecho, cuando el propio Real Decreto 1334/1999 quiere concretar quién debe figurar en el etiquetado lo hace, como ocurre en el artículo 16 que se refiere a los productos envasados por los titulares del comercio minorista, y en cuyo apartado primero *in fine* se indica expresamente que «[E]n cuanto a la identificación de la empresa se referirá, en todo caso, al envasador», sin dejar opción a alternativas a que sean otros sujetos. Por lo tanto, si el artículo 5 i) no incluye una concreción en los mismos términos, no debe imponerse en su aplicación por la vía de una interpretación ya que se trataría de una imposición contraria a las libertades individuales.

31. Aún más, cualquier interpretación que supusiera una restricción en este sentido sería contraria al propio contenido del artículo 5 del Real Decreto 1334/1999, ya que al comienzo del mismo establece expresamente que «[E]l etiquetado de los productos alimenticios requerirá “solamente”, salvo las excepciones previstas en este capítulo, las indicaciones obligatorias siguientes (...)». Por lo tanto, sola y exclusivamente cabe exigir de forma obligatoria en el etiquetado de los productos alimenticios lo enumerado en dicho artículo quedando expresamente excluido cualquier requisito adicional que no figure en el mismo, ya sea introducido de forma directa o indirecta.

32. Así se expresa la normativa sobre productos alimenticios en lo que respecta a la identificación de la empresa responsable en el etiquetado de los mismos. Por lo demás, y en lo que respecta al etiquetado de productos alimenticios debe recordarse que existen normas especiales para determinados tipos de productos alimenticios (derivados de la pesca, aceite de oliva, jamón serrano, etc.) para los que, por su especial relevancia para la salud de los consumidores o por la singularidad de sus características, se exigen unos requisitos adicionales¹⁰.

2. Régimen de la información contenida en el etiquetado de los productos alimenticios a partir de la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 1169/2011

33. Por último resulta necesario hacer mención a la regulación que de forma inmediata regirá los requisitos del etiquetado de productos alimenticios, ya que se encuentra aprobada aunque todavía no ha entrado en vigor. En efecto, a partir del 13 de diciembre de 2014, el marco constituido por la Directiva 2000/13/CE y el Real Decreto 1334/1999 será sustituido por el Reglamento (UE) n° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, que constituirá la normativa aplicable al etiquetado de los productos alimenticios¹¹.

34. Esta nueva normativa se limita a introducir algunas simplificaciones y precisiones en la normativa precedente, y en lo que respecta a la información contenida en el etiquetado de los productos alimenticios viene a confirmar la flexibilidad en cuanto a la identificación de la empresa en las etiquetas de los productos alimenticios, ya que la finalidad de dicho requisito es que alguna de las empresas alimentarias que intervienen en la cadena de comercialización aparezca como responsable del producto.

¹⁰ Así puede comprobarse, entre otros, en el Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, sobre la identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo vivos, frescos, refrigerados o cocidos (artículo 4) o en el Real Decreto 781/2013, de 11 de octubre, por el que se establecen normas relativas a la elaboración, composición, etiquetado, presentación y publicidad de los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana.

¹¹ Como primera aproximación al contenido de esta nueva normativa resulta útil la *Guía sobre la información alimentaria facilitada al consumidor*, FIAB-ACES-ANGED-ASEDAS, 2014. Por lo que respecta a la información que se tiene que facilitar *vid. A. CARRETERO GARCÍA*: «La información alimentaria que debe ser facilitada al consumidor a partir de 2014 en la Unión Europea», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, págs. 375-420. En cuanto a los problemas de la entrada en vigor puede consultarse el trabajo de L. GONZÁLEZ VAQUÉ: «La nueva regulación del etiquetado de los alimentos en la UE: ¿estamos preparados para el día “D”, el 13 de diciembre de 2014?», *Unión Europea Aranzadi*, N° 4, 2013, págs. 37-55.

35. Como puede comprobarse en los principios generales sobre información alimentaria establecidos en el Capítulo II del Reglamento (UE) n° 1169/2011, entre la información alimentaria obligatoria que se enumeran en el artículo 4 no figura la identificación de la empresa responsable de los productos alimenticios, ya que el objetivo principal es la protección de la salud de los consumidores, a lo que no responde de forma directa la identificación de la empresa responsable.

36. Es en la enumeración de las menciones obligatorias que deben figurar en las etiquetas contenida el artículo 9 h) cuando se hace referencia a la empresa responsable y se exige que figure «*el nombre o la razón social y la dirección del operador de la empresa alimentaria a que se refiere el artículo 8, apartado 1*». Este artículo 8.1, que se refiere a las responsabilidades en la información de los productos alimentarios, identifica al operador de la empresa alimentaria como «*el operador con cuyo nombre o razón social se comercialice el alimento o, en caso de que no esté establecido en la Unión, el importador del alimento al mercado de la Unión*».

37. Por lo tanto, el artículo 9 h) del Reglamento (UE) n° 1169/2011 es más flexible si cabe que la normativa precedente ya que ni siquiera se refiere al fabricante, envasador o vendedor sino que solamente exige que en el etiquetado figure el nombre o razón social y la dirección de un operador de empresa alimentaria que se hace responsable de la comercialización del alimento, independientemente de su condición de fabricante, envasador, distribuidor o vendedor¹².

38. Esta mayor flexibilidad en la identificación del operador de empresa alimentaria es consecuencia de la ampliación del alcance de responsabilidades relativas a la información alimentaria que venía extendiéndose más allá de los meros productores¹³. Esta extensión de la responsabilidad sobre la información alimentaria da lugar al concepto de “operadores de empresa alimentaria” en el que se encaja la totalidad de los operadores¹⁴, lo que afecta lógicamente a la identificación de la empresa responsable en el etiquetado que podrá ser cualquiera de dichos operadores ya que se equipara la empresa a identificar con los operadores de empresa alimentaria.

IV. Las limitaciones a la identificación de la empresa responsable en el etiquetado de los productos alimenticios: La paradójica inexistencia de un derecho a identificar al fabricante

39. Una vez analizado con detalle el marco normativo aplicable a la identificación de las empresas responsables en el etiquetado de los productos alimenticios puede abordarse la cuestión planteada inicialmente, esta es, si existe un derecho de los consumidores a conocer al fabricante concreto de los productos alimenticios.

¹² En verdad el esquema de responsabilidades que se contiene en el artículo 8 del Reglamento (UE) n° 1169/2011 no introduce novedades de la regulación precedente contenida en la Directiva 2000/12/CE y en el Reglamento (EU) n° 1169/2011, tal y como indica V. RUBINO: «Del etiquetado a la información relativa a los alimentos: la protección del consumidor y la responsabilidad de los comerciantes [Reglamento (CE) n° 1169/2011]», en L. A. BOURGES (coord.): UE, *Sociología y Derecho alimentarios: estudios jurídicos en honor de Luis González Vaqu *, 2013, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 285. Sin embargo, la formulación en el artículo 8 de las distintas responsabilidades en el ámbito de la información alimentaria es puesta en conexión con la identificación de la empresa por el artículo 9 h) lo que da lugar a una ampliación del concepto de esta última.

¹³ El Reglamento (UE) n° 1169/2011 trata así de cubrir un vacío con respecto a los responsable de la información alimentaria en la cadena de distribución que se había identificado con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de noviembre de 2006, asunto *Lidl Italia*, C-315/05.

¹⁴ Esta definición del operador de empresa alimentaria responsable de asegurar la presencia y la exactitud de la información alimentaria abarca tanto a los productores de productos de marca de fabricante, como a los fabricantes que suministran productos de marca de distribuidor, como a los distribuidores de productos de marca propia y a los operadores que importan productos alimenticios procedentes de fuera de la Unión Europea. En el caso de productos de marca de distribuidor, la asignación de la responsabilidad puede ser objeto de acuerdos contractuales entre el distribuidor y el fabricante. VV.AA. *Guía sobre la información alimentaria facilitada al consumidor*, FIAB-ACES-ANGED-ASEDAS, 2014, pág. 102.

40. Por lo pronto debe aclararse que tal derecho no se reconoce directamente como tal sino que surge de las obligaciones contenidas en los requisitos relativos a la información que debe facilitarse a los consumidores a través del etiquetado de los productos alimenticios.

41. En efecto existe un derecho básico de los consumidores y usuarios a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios [art. 8 d) TRLGDCU] que se formula de forma genérica, pero es en el artículo 18 de la TRLGDCU sobre etiquetado de productos en general, y en el artículo 3 de la Directiva 2000/13/CE –que será sustituido por el artículo 9 del Reglamento UE nº 1169/2011– y artículo 5 del Real Decreto 1334/1999 para el etiquetado de los productos alimenticios donde se concreta el contenido de este derecho al determinar la información que debe figurar en las etiquetas.

42. La respuesta a la pregunta de si los consumidores tienen derecho a saber quién fabrica lo que consumen debe estructurarse en dos momentos, ya que primero es necesario abordar la cuestión de quién debe figurar por imperativo legal en el etiquetado de los productos alimenticios y, en segundo lugar, si es necesario identificar la condición en que opera la empresa identificada.

43. Para responder a estas cuestiones debe atenderse, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1334/1999 por razón del principio de especialidad que, por transpone de forma literal las exigencias establecida a nivel europeo en el artículo 3 de la Directiva 2000/13/CE. Como se ha podido comprobar, conforme el apartado i) de dicho artículo 5 no exige de forma expresa que sea el fabricante quien deba figurar como empresa responsable en el etiquetado de los productos alimenticios ofreciendo su nombre, razón social o denominación y su domicilio.

44. Por el contrario, la identificación de la empresa puede tener lugar, alternativamente, a través del fabricante, el envasador o un vendedor sin que pueda deducirse la preferencia ninguno de ellos ya que el propio artículo 5 comienza señalando el carácter limitado de las exigencias de dicha información (se requerirá solamente las indicaciones obligatorias enumerada). A esto se añade que a la luz de la normativa europea actual y, sobre todo, futura, se plantea una mayor flexibilidad en la identificación de la empresa responsable de los productos alimenticios bajo la figura del operador de la empresa alimentaria que alcanza a todos los sujetos de la cadena de distribución, tal y como ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁵. Una interpretación restrictiva del artículo 5 i) del Real Decreto 1334/1999 no solamente sería contrario a éste, sino que afectaría a la libre circulación de productos alimenticios que se encuentra armonizada por la Directiva 2000/13/CE.

45. Una vez confirmado que en la identificación de la empresa en el etiquetado de los productos alimenticios pueden figurar otras empresas alimentarias distintas del fabricante, se plantea ahora la cuestión acerca de si es necesario identificar la condición en que opera la empresa responsable que figure en el etiquetado.

46. Si acudimos al artículo 5.1 i) del Real Decreto 1334/1999 y al resto de normativa que establece los requisitos relativos a la identificación de las empresas en el etiquetado de los productos alimenticios, podemos comprobar que no se hace mención alguna con respecto a la necesidad de que junto a las señas de la empresa (nombre y domicilio), figure asimismo una referencia a la condición en que opera (“fabricado por”, “importado por”, “distribuido por”, “preparado para”, etc.). En este punto se pueden aplicar los argumentos anteriormente expresados en contra de una interpretación expansiva del contenido mínimo que debe figurar en las etiquetas de los productos alimenticios.

¹⁵ En la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1997, Provincia autónoma de Trento y Ufficio del Medico Provinciale di Trento contra Dega di Depretto Gino SNC, Asunto C-83/96, se pronuncia sobre la Directiva 79/112/CE, cuyo artículo 3.1.6 presenta la misma redacción que el artículo 3.1.7 de la Directiva 2000/13/CE, y en la misma declara que dicha disposición tiene como objetivo principal permitir que los responsables del producto, entre los que, además de los fabricantes y embaladores, se encuentran también los vendedores, sean fácilmente identificables por el consumidor final, para que éste pueda detectar el posible origen de un fraude alimentario y, en su caso, exigir responsabilidades y, asimismo, hacerle llegar, si procede, sus críticas positivas o negativas sobre el producto adquirido (apartados 17 y 18).

47. A partir de estas respuestas se llega a la conclusión de que no es un requisito exigible el realizar la identificación de la empresa en el etiquetado de los productos alimenticios indicando quién es el fabricante del producto sino que basta con indicar una empresa que sea responsable de su comercialización, y que tampoco es necesario indicar en qué condición opera (fabricante, envasador, distribuidor, vendedor, etc.). Esto supone que, tal y como está configurada la información del etiquetado de los alimentos en la actualidad, no existe un derecho de los consumidores a conocer quién es el fabricante de los productos alimenticios.

48. No obstante, esta conclusión no puede ser categórica, ya que si bien no existe una obligación expresa de identificar al fabricante en las etiquetas ni de aclarar la función que cumple quien aparece como empresa identificada, también es cierto que los principios que rigen la normativa sobre el etiquetado de los productos alimenticios así como la general sobre protección de consumidores y usuarios lo harían recomendable.

49. Debe recordarse que la finalidad del etiquetado es facilitar información suficiente para permitir una adecuada identificación del producto que permita a los consumidores adoptar sus decisiones de forma libre y con conocimiento de causa en el sentido que resulte más conveniente para sus intereses. Ahora bien se debe ponderar adecuadamente la información que se exige sea pertinente para la protección de la seguridad, la salud y los intereses de los consumidores, ya que un exceso en la información exigida en el etiquetado puede llegar a resultar confuso para el consumidor y convertirse en un elemento obstaculice el libre comercio.

50. En concreto el artículo 8.1 TRLGDCU dispone que el etiquetado y presentación de los productos en general deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario. En el mismo sentido, y de forma específica para el etiquetado de productos alimenticios, el artículo 3 de la Directiva 2000/13/CE y el artículo 4 del Real Decreto 1334/1999 disponen unos principios generales al señalar que el etiquetado de estos productos y las modalidades de realizarlo no deberán ser de tal naturaleza que induzcan a error al comprador y menciona algunos supuestos que se refieren a las características del producto alimenticio pero no a la empresa responsable.

51. Es más que discutible que de estos principios generales pueda deducirse la obligación de incluir en la etiqueta de los productos alimenticios información acerca de quién es el fabricante así como de la actividad que desarrolla la empresa responsable. Se trata de una información adicional a la exigida de forma expresa por lo que se debe ponderar si esta información que pretende exigirse es pertinente para la protección de la seguridad, la salud y los intereses de los consumidores, ya que un exceso de datos en el etiquetado puede llegar a resultar confuso para el consumidor y convertirse en un instrumento para obstaculizar el libre comercio.

52. Por lo que respecta a la identificación de la empresa, parecería razonable que se exigiese con carácter general la identificación del fabricante, al margen de que también puedan figurar otras empresas que se responsabilicen del producto alimenticio indicando la condición en que operan (importador, envasador, distribuidor, vendedor, etc.). Sin embargo, son muchos los supuestos en los que la identificación del fabricante resulta irrelevante para el consumidor, como es el caso de los productos de marca que son comercializados por multinacionales¹⁶.

53. Una cuestión distinta plantean los productos alimenticios comercializados bajo las denominadas marcas de distribuidor o marcas blancas que son fabricados o envasados por empresas especializadas y se comercializan bajo la marca de empresas distribuidoras o vendedora. En estos casos puede existir un mayor interés por parte del consumidor por identificar al fabricante ya que, en ocasiones, los

¹⁶ Es estos casos (Coca Cola, Haagen Dazs, etc.) los consumidores no tienen interés en conocer quién es el fabricante o envasador local que ha manufacturado el producto, ya que este lo ha hecho bajo las directrices de la empresa propietaria de la marca que es la que impone el método de producción.

mismos fabricantes comercializan simultáneamente productos con marca propia a un precio superior, por lo que podrían acceder a estos mismos productos (o similares) a un precio inferior bajo la denominada marca blanca¹⁷. La identificación del fabricante en este caso sí tendría relevancia en la medida que permite al consumidor adoptar sus decisiones con mejor criterio.

54. Independientemente del mayor o menor interés que puedan tener los consumidores en conocer la identidad del fabricante o la actividad que desempeñan las empresas identificadas en las etiquetadas de los productos alimenticios, en ningún caso podría considerarse que la omisión de esta información, cuya consignación en la etiqueta no es obligada de forma expresa, induce a error al consumidor que es a lo que se refieren los principios contenidos en el artículo 8.1 TRLGDCU y artículo 4 del Real Decreto 1334/1999.

55. La identificación del producto alimenticios por parte del consumidor tiene lugar gracias a otra información que debe figurar en la etiqueta, como es su denominación y su lugar o de origen o procedencia. Con estos datos, y con el resto que se exigen en la etiqueta, el consumidor puede hacerse una idea cabal del producto sin que resulte necesario forzar la interpretación del requisito de la identificación de la empresa ya que esta responde, no tanto a la intención de informar al consumidor sobre quién es el fabricante, distribuidor, etc. sino que de lo que se trata es de poner a disposición del consumidor a alguien que responda de forma inmediata del producto.

56. A pesar de que no exista tal obligación legal, son excepcionales los productos alimenticios que no incluyen una referencia al fabricante en su etiqueta. Ni siquiera en el caso de los que se comercializan bajo marcas blanca, ya que en la mayoría de los casos se indica expresamente quién es el fabricante –más allá del distribuidor o vendedor de la marca blanca en cuestión que figura con su nombre y dirección como empresa responsable–, aunque en ocasiones se elude la identificación expresa incluyendo sólo las iniciales, el código de identificación fiscal o el número de registro sanitario. Tampoco se suele omitir la mención a la actividad que desarrolla la empresa que figura en la etiqueta, ni siquiera en el caso de los productos de marca blanca en los que figura la mención a la empresa distribuidora o vendedora como tal.

57. La omisión de estas informaciones no motivaría el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que no puede hablarse en puridad de que el etiquetado sin dicha información sea insuficiente o defectuoso como exige el tipo infractor, ya que, como se ha podido comprobar, no existe una obligación legal expresa de incorporarla al etiquetado. En todo caso las consecuencias sancionadoras son mínimas, al estar tipificada dicha actuación como infracción leve¹⁸ (art. 51.1 Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición –LSA–) lo que podría derivar en una sanción de multa de hasta 5.000€ aunque, como sanción accesoria podría procederse el decomiso de los productos indebidamente identificados [art. 52.1 a) y art. 53 a) LSA]. Sin duda, tanto la una como, sobre todo, la otra sanción resultaría no ya excesivas sino del todo improcedente en el caso de que se omitiese la referencia al fabricante o a la actividad que desempeña la empresa que aparece identificada en el etiquetado de los productos alimenticios ya que no se trata de ninguna obligación legal y, por consiguiente, no existe un derecho de los consumidores a tener acceso a dicha información a través de la etiqueta de dichos productos.

V. Conclusiones: El necesario reconocimiento a nivel europeo del derecho a identificar a los responsables de los productos alimenticios

58. Entre las indicaciones obligatorias en el etiquetado de los productos alimenticios figura la identificación de la empresa, lo cual no significa que se tenga que identificar al fabricante del producto ni indicar en qué condición opera la empresa identificada.

¹⁷ Por el contrario, el fabricante puede tener interés en que no se sepa que fabrica para marcas blancas (Aliada –El Corte Inglés–, Hacendado –Mercadona–, etc.), ya que de este modo se haría competencia a sí mismo con unos productos de menor precios.

¹⁸ La falta de identificación de la empresa responsable no podría considerarse como infracción grave, ya que esta se reserva para aquellos supuestos en los que etiquetado insuficiente o defectuoso comporte un riesgo para la salud pública (art. 51.2 LSA).

59. Así se deduce de la actual regulación del etiquetado de los productos alimenticios contenida en las normas específicas sobre el etiquetado de estos productos así como en las normas generales sobre protección de consumidores, ya sean de nivel interno como europeo.

60. La explicación de que no exista un derecho a conocer al fabricante de los productos alimenticios se debe a la concurrencia de dos circunstancias que han contribuido a flexibilizar el requisito relativo a la identificación de la empresa en el etiquetado.

- a) Primero, el hecho de que esta identificación haya respondido hasta ahora al objetivo de permitir la localización de alguno de los responsables de la comercialización de los productos alimenticios que responda de los productos alimenticios directamente ante el consumidor. Es decir, la información sobre la empresa se incluye en la etiqueta a efectos de la responsabilidad y no con la finalidad de informar sobre la identidad del fabricante, envasador, distribuidor o vendedor para que se conozcan así más características del producto.
- b) En segundo lugar, se ha producido una progresiva ampliación de la responsabilidad tanto sobre los productos alimenticios en general como sobre la información que deben contener que alcanza a todos los operadores económicos que participan en su comercialización. Esto ha provocado una ampliación en el concepto de empresa identificada en el etiquetado, ya que cualquiera de ellos resulta responsable ante el consumidor y, por lo tanto, pueden figurar en el mismo en tanto la responsabilidad es solidaria.

61. Estas circunstancias han provocado que en el etiquetado de los productos alimenticios puedan figurar cualquiera de los operadores que intervienen en el ciclo comercial, sin que tenga que identificarse en qué condición operan. Como consecuencia no es posible exigir que en las etiquetas de los productos alimenticios figure esta información, y, por lo tanto, no existe un derecho a conocer quién fabrica los alimentos que se consumen.

62. Esta conclusión contrasta con la evolución de un mercado alimentario, que es cada vez más complejo y competitivo¹⁹, lo que dificulta la identificación de quiénes son y qué hacen las empresas que intervienen, así como con la madurez de los consumidores que reclaman mayor información acerca de los productos alimenticios que no tiene por qué limitarse a la seguridad alimentaria²⁰. Este nuevo contexto hace necesario subsanar esta carencia ya que resulta razonable que los consumidores puedan conocer la identidad del fabricante de cada producto alimenticio, más allá de la empresa que se responsabiliza del mismo que igualmente debería indicar qué actividad desarrolla con respecto a dicho producto.

63. Esta exigencia se justifica no tanto por razones de seguridad o salud, a las que responden la mayoría de las indicaciones obligatorias del etiquetado de alimentos, sino para otorgar una mayor libertad a los consumidores a la hora de elegir que es el motor de la competitividad, la innovación y la eficiencia que conducen al desarrollo económico.

64. En estos términos sería recomendable una modificación legal para añadir como información obligatoria en la identificación de la empresa, la identidad del fabricante –que puede fungir como empresa responsable siempre que tenga sede en la Unión Europea– y, en caso de no figurar éste como empresa responsable, la actividad que desempeña la empresa identificada como tal. Dicha modificación legal debería plantearse a nivel europeo para garantizar una aplicación homogénea de dicho requisitos y evitar que pueda excluirse su introducción a nivel nacional por considerarlo un obstáculo a la libre circulación dentro del mercado interior.

¹⁹ A este respecto puede consultarse el Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia en 2011.

²⁰ Esto ocurre así en particular por el impulso que han experimentado los productos alimenticios de marca del distribuidor o marca blanca como consecuencia de la crisis económica (*vid.* S. BLÁZQUEZ: «España reino de la marca blanca», El País, edición de 19 de mayo de 2013).

65. Si acaso sería conveniente reflexionar sobre la información exacta que se debe requerir en la identificación del fabricante (denominación, domicilio, etc.) para no saturar de información el etiquetado y, asimismo, sería necesario considerar posibles excepciones o alternativas para evitar que una obligación en este sentido pueda acabar con fenómenos como el de las marcas de distribuidor que benefician a los consumidores en tanto pueden acceder a mejores productos por un menor precio.

66. Con una reforma en este sentido se consagraría un derecho de los consumidores europeos acorde con la evaluación del mercado como es el derecho a conocer la identidad del fabricante de los productos alimenticios y no se haría depender dicha identificación de las buenas prácticas de las empresas del sector como ha ocurrido hasta ahora.

VARIA

COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE DECISIONES EN EL ESPACIO JUDICIAL *

CELIA CARRILLO LERMA

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctoranda en Derecho en la Universidad de Murcia*

Recibido: 04.07.2014 / Aceptado: 15.07.2014

Resumen: La existencia de dos o más procesos con identidad de partes, objeto y causa ante los tribunales de dos o más Estados miembros obliga al órgano jurisdiccional que conoce en segundo lugar a inhibirse en favor del primero ex art. 27 y 29 R.44/2001. Pero, ¿qué ocurre cuando el tribunal que conoce en segundo lugar es el único que tiene atribuida competencia exclusiva ex art. 22? El TJUE ha tenido ocasión de aclarar la cuestión recientemente con excelente acierto.

Palabras clave: Litispendencia. Conexidad. Competencias exclusivas. Derechos reales inmobiliarios. Reconocimiento de sentencias.

Abstract: The existence of two or more proceedings involving the same cause of action and between the same parties before the courts of different Member States forces a court second seised to decline jurisdiction in favor of the court first seised, ex Art. 27 and 29 of the Brussels I Regulation. But, what happen when the court second seised is the only one which has exclusive jurisdiction ex Art. 22? The ECJ has had the opportunity to clarify this issue quite rightly.

Key Words: Lis pendens. Related actions. Exclusive jurisdiction. Rights in rem in immovable property. Recognition of judgments.

Sumario: I. Objeto de análisis. II. La novedosa Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2014. 1. Precedentes fácticos. Las ocho «inquietudes» del *Oberlandesgericht München*. 2. La solución del TJUE: un excelente pronunciamiento. A) Cuestiones previas. B) La cuestión prejudicial tercera. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios. C) La cuestión prejudicial cuarta. *Normas de aplicación* y el problema del reconocimiento. a) La comprobación de la competencia por el tribunal de origen. b) Litispendencia y conexidad. c) La cuestión del reconocimiento. Control de la competencia. III. Conclusiones.

I. Objeto de análisis

1. El incremento de situaciones privadas internacionales dentro de la UE, avivado por la existencia de un espacio sin fronteras interiores, ha originado que, en ocasiones, litigios análogos o similares se hallen pendientes ante los órganos jurisdiccionales de dos o más Estados miembros.

* Quisiera mostrar mi agradecimiento a D. Alfredo Adolfo Barbeito (Bufete Jurídico Abellán & Seuberlich Abogados Rechtsanwälte) por su asesoramiento en Derecho alemán y al prof. Dr. D. Javier Carrascosa González por sus observaciones al presente comentario.

2. La pieza central del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil, el Reglamento 44/2001¹, es un instrumento doble², puesto que contiene normas de competencia y normas de reconocimiento y ejecución de decisiones. En tanto el R.44/2001 es un *Reglamento general*, se aplica, además, a todos los asuntos en materia civil y mercantil, salvo que la materia en cuestión disponga de un Reglamento específico que regule sus propias normas de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones, y aún en estos casos, el R.44/2001 puede ser empleado para integrar las lagunas habidas en tales instrumentos específicos y para extraer de su articulado principios generales del DIPr. europeo que ayuden en la interpretación de todo el sistema³.

3. Para lograr una adecuada concomitancia entre el funcionamiento de las normas de competencia judicial y las de validez extraterritorial de decisiones, el Reglamento prevé una serie de mecanismos que coadyuvan a garantizar la libre circulación de las decisiones pronunciadas en el ejercicio de las competencias recogidas en su articulado. Ello sólo es un reflejo más del objetivo último del Reglamento: facilitar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en los Estados miembros al objeto de alcanzar el «buen funcionamiento del mercado interior», apoyado en el principio de confianza mutua –Conss. (1), (2), (16) y (17) R.44/2001–.

4. Este trabajo persigue sintetizar los problemas surgidos en sede de competencias exclusivas cuando un mismo asunto -o uno conexo- se presenta ante los tribunales de dos o más Estados miembros del Reglamento, y en mostrar la estrecha conexión entre las normas de competencia judicial internacional y las normas de validez extraterritorial de decisiones, así como el estado doctrinal de la cuestión.

II. La novedosa Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2014.

5. Sobre las cuestiones planteadas en el anterior apartado es posible reflexionar a través de la lectura de reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, la STJUE (Sala Tercera), de 3 abril 2014, as. C-438/12, *Weber c. Weber*.

1. Precedentes fácticos. Las ocho «inquietudes» del *Oberlandesgericht München*.

6. Las cuestiones prejudiciales efectuadas al Tribunal de Justicia traen causa en un proceso que tiene lugar en Alemania, ante el *Oberlandesgericht München* –Tribunal regional superior de Múnich– entre dos señoras de nacionalidad alemana⁴.

7. Irmengard (I. W.) y Mechthilde Weber (M. W.) son dos hermanas de avanzada edad que comparten la propiedad de un inmueble sito en Múnich –Alemania–. Corresponde a cada una, respectivamente, un sesenta y un cuarenta por cien del pleno dominio.

8. En 1971 se constituye, por voluntad de las partes conforme al Derecho alemán, un *derecho de adquisición preferente -das Vorkaufsrecht-* sobre la cuota inferior de M. W. a favor de I. W. En conse-

¹ 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).

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 28”, 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. 500, con cita a G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972.

³ En relación al Reglamento (UE) n°1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o Reglamento Bruselas I bis (DOUE L 351/1, de 20 diciembre 2012), que derogará a su entrada en vigor el Reglamento Bruselas I, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Capítulo cuarto. 17. El Reglamento Bruselas I como Reglamento general» en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, en prensa.

⁴ STJUE (Sala Tercera), de 3 abril 2014, as. C-438-12, *Weber c. Weber*, apdos. 18-27.

cuencia, en octubre de 2009, tras la venta por M. W. de su cuota sobre el inmueble a la sociedad alemana Z. GbR, sita en Milán -entre cuyos administradores figura el hijo de M. W.-, I. W. acciona su derecho de adquisición preferente sobre la cuota perteneciente a su hermana M. W. En virtud del contrato de compraventa contraído con Z. GbR, M. W. se reserva el derecho de resolverlo durante los cinco meses siguientes a la firma del contrato.

9. En febrero de 2010 se celebra un contrato por el que ambas ratifican el reconocimiento del ejercicio por I. W. de su derecho de adquisición preferente y se acuerda la transmisión de la propiedad, si bien se paraliza la tramitación de la transmisión hasta que M. W. comunique por escrito que no ha ejercitado o renuncia al derecho de resolución de la venta. El 15 de marzo de 2010, sin embargo, M. W. ejercita su derecho de resolución.

10. La sociedad Z. GbR demanda a ambas hermanas ante el *Tribunale ordinario di Milano* – Italia- al objeto de que se declare la invalidez del *ejercicio del derecho de adquisición preferente -der Ausübung des Vorkaufsrechts-* de I. W. y la validez del contrato de compraventa que la sociedad había celebrado con M. W.

11. Al mismo tiempo, I. W. demanda a su hermana ante el *Landgericht München I* –Tribunal regional de Múnich I-, para que se la condene a autorizar la inscripción de la transmisión de la propiedad de su cuota en favor de I. W. en el Registro de la propiedad. Al hilo del litigio, el Tribunal regional estima la procedencia del art. 27 –y, como subsidiario, el 28- del R.44/2001 y suspende el conocimiento de la causa. I. W. apela esta decisión ante el *Oberlandesgericht München* –Tribunal regional superior de Múnich- y éste, con apreciación de los requisitos de concurrencia de la litispendencia o, al menos, la conexidad del Reglamento, decide plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales.

12. Ocho son las cuestiones que inquietan al Tribunal alemán de apelación⁵, si bien en los subsiguientes apartados se evidencia la simplificación del asunto.

2. La solución del TJUE: un excelente pronunciamiento

A) Cuestiones previas

13. En el as. *Weber c. Weber*, al TJUE se le plantean ocho cuestiones prejudiciales que, si bien son muy interesantes, el principio de economía procesal y, por consiguiente, la buena administración de justicia aconsejan depurar hasta dos, ya que al resto deviene innecesario contestar por la respuesta dada a las dos cuestiones admitidas.

14. El pronunciamiento del TJUE queda, pues, reducido a la tercera y cuarta cuestión prejudicial. La admisión de ambas y su pertinencia tienen reflejo en los siguientes epígrafes.

B) La cuestión prejudicial tercera. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios

15. Por medio de esta pregunta el órgano jurisdiccional alemán insta al Tribunal de Justicia a aclarar si el objeto del litigio iniciado en Milán es de su competencia exclusiva. Con buen criterio, el TJUE admite la cuestión prejudicial, ya que el tribunal alemán necesita conocer la respuesta para decidir sobre la suspensión del procedimiento⁶.

⁵ *Ibidem*, apdo. 27.

⁶ *Ibidem*, apdo. 37.

16. Es esencial, antes de declararse o no competente y a tal fin, que el tribunal que conoce del asunto *califique* conforme a Derecho el objeto del proceso, que ha sido ya determinado de forma provisional por el actor en su demanda⁷. No obstante, esta calificación debe hacerse sobre la base del R.44/2001 y su concepto autónomo de *derechos reales inmobiliarios*⁸, desarrollado por la jurisprudencia. Se trata de un concepto europeo de derechos reales inmobiliarios.

17. Tanto la interpretación como la aplicación del art. 22 del Reglamento deben hacerse de modo restrictivo «ya que constituye una excepción al sistema general de competencia del Reglamento 44/2001⁹».

18. La Sala le contesta, mediante una referencia a 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, «...es también válida para la interpretación del artículo 22, número 1, del Reglamento n° 44/2001¹⁰... debe interpretarse en el sentido de que la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante en el que esté situado el inmueble 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, o respectivamente, de dicho Reglamento, 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»¹¹.

19. El Auto del TJCE de 5 abril 2001 –as. 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 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»¹².

⁷ El demandante «fija» el objeto en el proceso civil, regido por el principio dispositivo, mediante su pretensión. Pero el actor «no puede calificar jurídicamente su propia pretensión judicial de modo definitivo y vinculante para el tribunal ante el que presenta su demanda». Se trata de una norma «provisional» e «instrumental» -pues determina la norma de CJI aplicable, sin resolver sobre el fondo-. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, pp. 153-154.

⁸ En esta línea, I. QUEIROLO, “Article 25”, en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation (2nd Revised Edition)*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 535; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 210, con cita a F. SALERNO; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 94; L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 22” en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries...*, op.cit., p. 417. En igual sentido y para la noción «en materia de derechos reales inmobiliarios» del art. 22.1 R.44/2001, STJUE *Weber c. Weber*, apdo. 40; STJCE 10 enero 1990, as. C-115/88, *Reichert y Kockler* (RJ 1990/27), apdo. 8; STJCE 15 noviembre 1983, *Duijnste c. Lodewijk Goderbauer*, C-288/82, (RJ 1983/3663), apdo. 17.

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, op.cit., p. 206. Al respecto, citan la STJUE 2 octubre 2008, *Hassett*; STJCE 14 diciembre 1977, *Sanders c. Van der Putte*; STJUE 27 enero 2000, *Dansommer*; STJUE 18 mayo 2006, *ÉE*; STJUE 12 mayo 2011, as. C-144/10, *JPMorgan Chase Bank NA*, FJ 30-37); vid. también H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...*, op.cit., p. 95, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJCE 17 mayo 1994, as. C-294-92, *Webb c. Webb*; STJCE 9 junio 1994, C-292/93, *Lieber c. Göbel*; Auto 5 abril 2001, C-518/99, *Gaillard*; STJUE 18 mayo 2006, as. C-343/04, *Land Oberösterreich c. CEZ*); L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 22”..., op.cit., p. 417, con cita a KROPHOLLER, GAUDEMET-TALLON y CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ.

¹⁰ Vid. Cons. (19) y art. 68 R.44/2001.

¹¹ STJUE *Weber c. Weber*, apdos. 40 y 42. En igual sentido, STJCE 10 enero 1990, as. C-115/88, *Reichert I*, apdo. 11; STJUE 18 mayo 2006, as. C-343/04, *ČEZ* (RJ 2006/4557), apdo. 30 y STJUE 3 octubre 2013, as. C-386/12, *Siegfried János Schneider*, apdos. 21 y 28. Vid. también, P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli editore, 2011, p. 114; con mención de la STJCE 14 diciembre 1977, *Sanders c. Van der Putte*, C-73/77, antes citada, B. BAREL / S. ARMELLINE, *Manuale breve. Diritto internazionale privato*, VIIIª ed., Milano, Giuffrè editore, 2013, p. 209; con cita a la jurisprudencia *Reichert c. Dresdner Bank*, J. FAWCETT / J.M. CARRUTHERS, *Private International Law*, XIVª ed., NY, Oxford University Press, 2008, p. 278.

¹² Vid. STJCE *Webb*, STJCE, *Lieber* y STJCE *Dansommer*; ya mencionadas.

20. En sintonía con esta doctrina, el art. 22.1 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.¹³, 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 inmueble¹⁴.

21. El TJUE, en esta línea y al hilo del as. *Weber c. Weber*, con cita en la jurisprudencia *Gaillard* y el Informe *Schlosser*¹⁵ apunta la diferencia entre un derecho real y un derecho personal, consistente en «...que el primero, al gravar un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor».

22. La Sala estima la inclusión de «un derecho real de adquisición preferente sobre un inmueble sito en Alemania» en la materia de «derechos reales inmobiliarios» comprendida en el art. 22.1 R.44/2001 –apdo. 41 de la sentencia-, pues «no sólo produce efectos frente al obligado, sino que garantiza el derecho del titular de este derecho a la transmisión de la propiedad también frente a terceros...» –apdo. 45-. La respuesta a la cuestión prejudicial tercera es que «El artículo 22, número 1, del Reglamento... debe interpretarse en el sentido de que una demanda... dirigida a que se declare la invalidez del ejercicio de un derecho de adquisición preferente que grava un bien inmueble y que produce efectos “erga omnes” pertenece a la categoría de litigios en materia de “derechos reales inmobiliarios” a la que se refiere esta disposición» –apdo. 47-.

23. En efecto, no parece haber duda acerca de la naturaleza real del derecho de adquisición preferente y de su ejercicio, o de su inclusión dentro del concepto comunitario de *derechos reales inmobiliarios*. La propia sociedad actora en el proceso pendiente en Milán se ha visto perjudicada por el ejercicio de este derecho real, inscrito en el Registro de la propiedad con efectos *erga omnes* y no sólo frente a la Sra. Mechtilde Weber.

24. Por otra parte, y aunque la Sala no se pronuncie al respecto puesto que no se le ha preguntado, parece conveniente delimitar la naturaleza de las acciones en cada proceso iniciado. De un lado, la acción entablada por I. W. en Múnich va dirigida a que su hermana sea condenada a autorizar la inscripción de la transmisión de la propiedad en favor de aquélla y se basa en un acuerdo formalizado entre ambas, que obliga a M. W. a autorizar esta inscripción. Por tanto, se trata de una acción personal, y no real, puesto que I. W. sólo puede ejercitar esta acción frente a su hermana, nunca frente a terceros¹⁶. La CJI, al tratarse de una compraventa de inmueble y no ser aplicables las “soluciones directas” del art. 5.1 del R.44/2001, se precisa 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»¹⁷. En Alemania, las normas vigentes 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

¹³ En el mismo sentido y con cita a J.M. ESPINAR VICENTE, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 16” en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (eds.)..., *op.cit.*, p. 328. También, L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 22”, *op. cit.*, p. 420, con cita al Informe *Schlosser* –paras. 171-172 v. inglesa-, KROPHOLLER y GAUDEMET-TALLON.

¹⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, IIª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2014, p. 171.

¹⁵ Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Regino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOCE 1979, C 59/71, apdo. 166; texto en español en DOCE 1990, C 189, p. 228).

¹⁶ En este sentido, una acción para hacer cumplir al vendedor sus obligaciones con respecto a la transmisión de la titularidad, en los sistemas en que esta transmisión no es un efecto automático del contrato de compraventa, está excluida de la competencia exclusiva al hacerse una interpretación restrictiva del precepto. L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 22”..., *op.cit.*, p. 420.

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, pp. 669-670.

del país donde éste se hallare sito¹⁸, y ésta es la ley alemana. Es decir, el Derecho sustantivo alemán será el que determine el lugar de ejecución del 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 –Alemania–.

25. De otro lado, la sociedad Z. GbR ejercita en Milán dos acciones. Una de ellas, para que se declare la invalidez del ejercicio del derecho de adquisición preferente de I. W.; la otra, para que se declare la validez del contrato de compraventa suscrito entre la referida empresa y M. W. Se ha precisado que la primera de esas acciones es de naturaleza real, por lo que operarían las competencias exclusivas del art. 22.1 R.44/2001 y resultaría competente el tribunal alemán. La segunda, al versar sobre materia contractual en relación a un inmueble, se determinaría conforme al método analítico distributivo aludido en el anterior apartado. Se debe recordar que los foros de competencia especial del art. 5 R.44/2001 concurren con el foro del domicilio del demandado –art. 2 R.44/2001–.

26. En todos estos casos, sea cual sea la acción y el foro que concurra, se infiere que los tribunales italianos carecen de foro en virtud del R.44/2001–que es la norma aplicable–, y que todas las soluciones posibles llevan a los tribunales alemanes.

27. La justificación de este foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios, afirma el Tribunal de Justicia en el apartado 41 de la sentencia *Weber c. Weber* que reside en «la circunstancia de que el tribunal del lugar en el que se encuentra el inmueble es el que, habida cuenta de la proximidad, está en mejores condiciones de tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y de aplicar las normas y los usos que, en general, son los del Estado en el que está situado el inmueble¹⁹».

28. En palabras de A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la existencia de este foro «radica en la antigua idea de la exclusiva “Soberanía del Estado” sobre su territorio» mas, «En realidad, los litigios sobre derechos reales inmobiliarios no afectan para nada a la Soberanía del Estado»²⁰, sino que, simplemente, «Son foros egoístas que, dentro del DIPr. europeo, perviven sólo en el Reglamento 44/2001²¹». Ponen de relieve que, generalmente, van a coincidir el Estado del foro, la ley aplicable y el lugar de ejecución de la resolución dimanante²². El principio de economía procesal aconsejaría, pues, la existencia de estos foros.

29. El art. 22 del R.44/2001 es una excepción a las normas generales de competencia, esto es, «el último baluarte del *sistema objetivo puro* de distribución de la competencia judicial internacional entre los Estados parte²³, un sistema en fase de regresión en el contexto comunitario».

C) La cuestión prejudicial cuarta. Normas de aplicación y el problema del reconocimiento.

30. Con esta cuestión prejudicial el tribunal alemán solicita al TJUE que le aclare si, de resultar competente de forma exclusiva sobre la materia objeto del proceso que pende en Milán, también está obligado a inhibirse en apreciación de litispendencia. Dicho de otro modo, si el art. 22 del R.44/2001 cede o no en favor del art. 27.

¹⁸ Art. 4.1.c) del Reglamento (CE) n° 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).

¹⁹ Y, a este propósito, cita la sentencia *Reichert y Kockler*, antes mencionada, apdo. 10; en igual sentido, STJCE *Sanders*, apdos. 11-13, y STJCE 15 enero 1985, C-241/83, *Rösler c. Rottwinkel*, apdo. 20. Vid. también G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 52.

²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op.cit.*, p. 208, con cita a D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003.

²¹ *Ibidem*, pp. 208-209. Citan, en sintonía, la STJCE 10 enero 1990, *Dresdner I*.

²² *Ibidem*, p. 208. Vid. también H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...*, *op.cit.*, p. 94 y L. DE LIMA PINHEIRO, “Article 22”... *op.cit.*, pp. 419-420.

²³ Y no «Estados miembros», ya que se trata de un comentario al art. 16 del Convenio de Bruselas. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 16”, en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR), *Comentario...*, *op.cit.*, p. 327.

31. Se debe recordar que al principio se ha aludido a la existencia de unos mecanismos que contribuyen a asegurar la libre circulación de decisiones dictadas en el ejercicio de las competencias recogidas en el Reglamento. Se trata de las *normas de aplicación*²⁴ de las competencias. El presente trabajo sólo analiza las normas de aplicación que interesan al caso, y únicamente en la parte en que resultan útiles.

a) La comprobación de la competencia por el tribunal de origen

32. Hay ocasiones en que el Reglamento obliga al tribunal de un Estado miembro a declararse incompetente en aras de proteger el cumplimiento de sus objetivos –arts. 25 y 26–.

33. Es de interés al presente caso el art. 25 R.44/2001, que prevé un control de oficio que opera en todo caso²⁵. El precepto no distingue, como hace el art. 26, entre si concurre o no la comparecencia del demandado. Ordena al tribunal que conoce en primer lugar que se declare incompetente «para salvaguardar los intereses estatales que justifican la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales de otro Estado»²⁶.

34. Pero la razón de ser de este precepto –la razón de querer *salvaguardar* esos *intereses estatales*– reside, como se ha indicado al principio, en sede de validez extraterritorial de decisiones²⁷.

b) Litispendencia y conexidad.

35. Es necesario conocer si los arts. 27 y 28 del R.44/2001 operan incluso sobre las competencias exclusivas del art. 22.

36. La litispendencia y la conexidad inciden en el sector del reconocimiento. Son dos mecanismos ideados para evitar, más tarde, el freno al reconocimiento intra-europeo, esto es, a la libre circulación de decisiones en el espacio judicial europeo.

37. No obstante, el art. 22 R.44/2001 es un precepto imperativo que «se aplica sin ninguna otra condición»²⁸.

38. El TJUE, en el as. *Weber c. Weber*, con gran criterio afirma que, de acuerdo con el punto 20 de las conclusiones formuladas por el Abogado General, «el tribunal ante el que se formule la segunda demanda, y que disponga que una competencia exclusiva en virtud del artículo 22, punto 1, del Reglamento n°44/2001, no tiene obligación de examinar si se cumplen los criterios materiales de la litispendencia con respecto al litigio que se le ha sometido» –apdo. 62–; igual en caso de conexidad: «En efecto, cuando el tribunal ante el que se formula la segunda demanda dispone de una competencia exclusiva, como sucede en el asunto principal, las disposiciones de los artículos 27 y 28 de este Reglamento no pueden ser concurrentes»²⁹ –apdo. 65–.

²⁴ «Normas de aplicación o funcionamiento». J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 19», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR), *Comentario...*, op. cit., p. 381.

²⁵ Al contrario que ocurre con la declinatoria, la apreciación de oficio de esta falta de competencia no precluye. En este sentido, M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, IIª ed., Pamplona, Thomson Civitas, 2007, p. 385. El tribunal que conoce del asunto debe declararse incompetente en cuanto constata que corresponde a los tribunales de otro Estado la competencia exclusiva sobre la materia en la que se cataloga el objeto del litigio y ello puede tener lugar en cualquier momento del proceso.

²⁶ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit., p. 257.

²⁷ En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 19», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR), *Comentario...*, op. cit., p. 385; I. QUEIROLO, «Article 25», en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (editors)... op. cit., p. 529, con cita a CARRASCOSA GONZÁLEZ.

²⁸ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, op. cit., p. 206. También en este sentido, H. GAUDEMET-TALLON afirma que para que se pueda dar litispendencia en el sentido del art. 27 R.44/2001, los órganos que conocen han de ser «dos tribunales de Estados comunitarios diferentes, *ambos competentes*» (texto original: «deux juridictions d'États communautaires différents, *tuotes deux competentes*»). H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...* op. cit., p. 341. Si sólo uno tiene la competencia exclusiva sobre el objeto del litigio, no puede concurrir la litispendencia.

²⁹ En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...* op. cit., pp. 354-355.

39. Es doctrina del Tribunal de Justicia sobre la exégesis del art. 21 del Convenio de Bruselas –art. 27 del R.44/2001–, que el mismo debe interpretarse en el sentido de que, «*con la salvedad del supuesto en que el tribunal ante el que se formuló la segunda demanda disponga de una competencia exclusiva prevista en el Convenio de Bruselas*» cuando este tribunal aprecie la concurrencia de litispendencia entendida conforme a dicho artículo, «*solamente podrá suspender el procedimiento, sin poder examinar la competencia del tribunal ante el que se formuló la primera demanda*» -apdo. 50-³⁰.

40. Debe señalarse que existen casos de litispendencia o conexidad en relación con las competencias exclusivas del Reglamento. Pero de estos supuestos, que si bien son raros, se pueden dar, se encarga el art. 29 R.44/2001. Este precepto prevé que, en los casos en que dos tribunales se declaren competentes *con carácter exclusivo*, el órgano que conozca en segundo lugar se inhibirá en favor del primero, en virtud de la regla *prior tempore, potior iure*³¹. A título de ejemplo, puede darse en caso de litigios que versan sobre derechos reales o arrendamiento sobre los denominados «inmuebles fronterizos»³².

41. El Reglamento Bruselas I *bis* ha corregido, al fin, el error de traducción arrastrado desde el año 1968 con la sustitución del término «desistimiento» por la expresión «declinación de competencia», locución ajustada al texto original y que origina menos problemas³³.

42. En el asunto *Weber c. Weber*, el Tribunal de Justicia se pronuncia, por vez segunda –si bien la primera en que lo hace como respuesta directa a una cuestión prejudicial–, de forma expresa sobre la inoperatividad de los arts. 27 y 28 R.44/2001 cuando concurre un foro de competencia exclusiva de los del art. 22 en favor de un solo tribunal. Al hilo del as. C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, donde se pronuncia sobre el desplazamiento que aquéllos preceptos hacen del art. 17 CB (23 R) y los acuerdos atributivos de competencia, también afirma que el art. 16 CB (22 R) es la única excepción a la apreciación de la regla del art. 21 CB (27 R), por mandato del art. 19 CB (25 R) –apdo. 52-. Esta misma sentencia expresa que en el as. C-351/89, *Overseas Union Insurance Limited*, cuando la Sala manifiesta la aplicación incondicional del art. 21 CB «*con la salvedad del supuesto en que el tribunal ante el que se formuló la segunda demanda disponga de una competencia exclusiva prevista en el Convenio de Bruselas*» -apdo. 33 STJUE *Overseas Union Insurance Limited*-, «*el Tribunal de Justicia simplemente se abstuvo de prejuzgar la interpretación del artículo 21 del Convenio en el caso que exceptuó expresamente*» porque en el asunto no se reivindica competencia exclusiva alguna -apdo. 45 STJUE *Gasser*-.

c) La cuestión del reconocimiento. Control de la competencia.

43. La regla general es que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no pueden controlar la competencia de los demás³⁴, y así lo propugna firmemente el Reglamento en su artículo 35.3, con la salvedad de su apartado primero.

³⁰ Vid. también STJCE 27 junio 1991, as. C-351/89, *Overseas Union Insurance Limited y otros c. New Hampshire Insurance Company* (RJ 1991/3317), apdo. 26.

³¹ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op.cit.*, p. 216.

³² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Artículo 23», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR), *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 420-421, con cita a G. A. L. DROZ, *Compétence...*, *op. cit.*, p. 193.

³³ *Ibidem*, p. 425: «así entendido el art. 23, el precepto no permitiría resolver el conflicto positivo de competencias exclusivas, pues al ser el desistimiento, *esencialmente*, un acto de parte de carácter voluntario...», con cita a A. DE LA OLIVA / M. A. FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1991, pp. 426-429.

³⁴ En esta línea, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 267. Ello descansa en el principio de confianza recíproca –Cons. (16) y (17)-, principio que aligera el reconocimiento y ejecución de resoluciones, objetivo primordial del Reglamento. La disposición del art. 35.1 constituye la única excepción a la prohibición del control de la competencia del tribunal de origen contenida en el art. 35.3 –en este sentido, B. BAREL / S. ARMELLINE, *Manuale breve. Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 301-. Esta excepción constituye un refuerzo de la obligación contenida en el art. 25 R.44/2001 –*vid.* S. CLAVEL, *Droit international privé*, IIIª ed. (dirs. D. CHAGNOLLAUD / S. GUINCHARD), Paris, ed. Dalloz, 2012, p. 197-.

44. En efecto, el art. 35.1 R.44/2001 prevé un control de la competencia del tribunal de otro Estado miembro, eso sí, con el único fin de amparar los objetivos del Reglamento. En rigor, su existencia constituye uno de los mecanismos para reforzar el aseguramiento de la libre circulación de decisiones *intra* UE.

45. El Tribunal de Justicia conecta, en el as. *Weber c. Weber*, el foro de competencia exclusiva del art. 22.1 R.44/2001 con los motivos de denegación del reconocimiento de decisiones de otros Estados miembros, en concreto, con el del art. 35.1, precepto que reza que «no se reconocerán las resoluciones si se hubieren desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del capítulo II, o en el caso previsto en el artículo 72» -apdos. 53 y 54 de la sentencia-. Además, aunque la misma no lo refiera, del art. 35.3 se extrae que lo dispuesto en el número 1 es el único caso en que se permite al tribunal de un Estado miembro «la fiscalización de la competencia» del tribunal de otro Estado miembro –el de origen³⁵.

46. Afirma la Sala que, como la resolución dictada con desconocimiento del art. 22.1 R.44/2001 no superará el paso de frontera, «*el tribunal ante el que se formuló la segunda demanda no puede suspender el procedimiento ni inhibirse, debiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto de la demanda formulada ante él para garantizar el respeto de esta regla de competencia exclusiva*» -apdo. 56-.

47. Los motivos que llevan a la Sala a tomar esta decisión son: 1) Que lo contrario no se corresponde con los objetivos perseguidos por el Reglamento, como evitar los conflictos negativos de competencia y garantizar la libre circulación de decisiones; 2) Inhibirse y suspender iría en contra de una buena administración de justicia (en sintonía con el punto 41 de las conclusiones del Abogado General) y, finalmente, 3) «*se pondría en peligro el objetivo del artículo 27 de este Reglamento, a saber, evitar el no reconocimiento de una resolución a causa de su incompatibilidad con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido en el contexto concreto en el que el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda dispone de una competencia exclusiva en virtud del artículo 22, número 1, de dicho Reglamento*» -apdos. 57-59-.

48. La Sala responde a la cuestión prejudicial cuarta de forma que «*El artículo 27, apartado 1, del Reglamento n°44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, antes de decretar la suspensión del procedimiento en virtud de esta disposición, el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda debe examinar si, en razón de un desconocimiento de la competencia exclusiva prevista en el artículo 22, número 1, de este Reglamento, una eventual resolución respecto del fondo del asunto del tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda no será reconocida en los demás Estados miembros, en virtud del artículo 35, apartado 1, de dicho Reglamento*» -apartado 60³⁶.

49. Sobre el motivo de denegación del reconocimiento contenido en el art. 34.3 R.44/2001, esto es, la *inconciliable* de la resolución con otra dictada entre las mismas partes en el Estado requerido –que tiene su razón de ser en el respeto al art. 27 [litispendencia]- no es necesario pronunciarse, pues resulta claro que, con la concurrencia del art. 35.1, las resoluciones dictadas sin respecto a las competencias exclusivas del art. 22 jamás serán reconocidas en otro Estado miembro³⁷.

³⁵ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ justifican la existencia de este control «por el interés público presente en tales supuestos y el carácter rigurosamente imperativo de tales normas». A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op.cit.*, p. 573. Para VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, este control tiene finalidad doble: «proteger al demandado y defender las competencias exclusivas». Y «Desde el punto de vista de las partes, el control desincentiva el “*forum shopping*” y las conductas oportunistas». M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, *op.cit.*, p. 607.

³⁶ En esta línea, PETER MANKOWSKI “Article 35” en ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI (editors)..., *op.cit.*, p. 705.

³⁷ Se evidencia que «El carácter exclusivo de la competencia judicial muestra su relevancia con toda su extensión en el sector del reconocimiento de decisiones» J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 16”, en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR), *Comentario...*, *op.cit.*, p. 321. Debe señalarse asimismo que, en los casos en que la competencia exclusiva esté precisada en un acuerdo atributivo de competencia conforme al art. 23 R.44/2001, no procederá este control, puesto que las partes han podido rectificar su acuerdo. En este sentido, S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 264.

50. En resumen, el art. 22 R.44/2001 –competencias exclusivas- jamás concurre con el art. 27– litispendencia- salvo en el caso del art. 29 –dos o más tribunales con competencia exclusiva-. Por ello, el órgano que conoce a la vez que otro cuando existe foro de competencia exclusiva del art. 22 en favor de éste, ha de inhibirse, necesariamente y de oficio, en virtud del art. 25. En sede de validez extraterritorial de decisiones, el art. 35.1 se fundamenta en el respeto a, entre otros, el art. 22, mientras que el art. 34.3 garantiza el cumplimiento del art. 27.

51. Como reflexión final, es conveniente realizar un breve apunte. Las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de una resolución de un Estado miembro, con la entrada en vigor del R.1215/2012 ya citado, sólo serán oponibles a instancia de parte³⁸. El resultado será que, en un asunto como el aquí analizado, si el tribunal milanés se declarase competente, conociese del asunto, se solicitase el reconocimiento de su resolución ante los tribunales alemanes y la parte ejecutada no invocase la causa de denegación –en este caso, haberse dictado la resolución con vulneración de las competencias exclusivas atribuidas en el artículo 24 RB-I *bis* [22 RB-I]- el tribunal alemán se verá, en principio, obligado, en aplicación del Reglamento, a reconocer o ejecutar una resolución dictada sin respecto a los foros exclusivos del art. 24, que será, muy probablemente, inconciliable con una resolución dictada en Alemania. No obstante, existe una válvula de escape a este desatino, pues el RB-I *bis* combina sus propios motivos de denegación con los de la legislación interna de cada Estado miembro, y se puede afirmar con casi total seguridad que el ordenamiento jurídico alemán no permitirá el reconocimiento de una resolución dictada con vulneración de las normas que otorgan competencia exclusiva a sus tribunales, mucho menos si ya circula en Alemania una resolución con la que resulta inconciliable.

III. Conclusiones

52. La sentencia recaída en el asunto *Weber c. Weber* merece un juicio global muy positivo. En efecto, prescinde de lo que ha de prescindir, como aconseja el principio de buena administración de justicia, admite lo que estima necesario para la resolución del asunto e interpreta de forma magnífica el Derecho de la UE. Del análisis efectuado se desprenden, en general, las siguientes conclusiones:

53. Primera. La jurisprudencia sentada en el asunto sintoniza con la anterior doctrina del TJUE. Como ha quedado expuesto en los anteriores epígrafes, la respuesta a la cuestión prejudicial tercera supone una continuación de la doctrina del Tribunal de Justicia acerca de la necesidad de una interpretación autónoma y restrictiva de la noción «derechos reales inmobiliarios» y de su misma definición y contenido. Con ella se reafirma el criterio jurisprudencial. Por otro lado, el pronunciamiento recaído sobre la cuarta cuestión prejudicial era necesario, pues ha arrojado claridad sobre la cuestión de la procedencia o no de que el tribunal que conoce en segundo lugar aprecie litispendencia en el sentido del art. 27 R.44/2001 y suspenda el procedimiento cuando el mismo dispone de una competencia exclusiva. Los párrafos siguientes resumen los aspectos más destacables de la doctrina sentada.

54. Segunda. El derecho de adquisición preferente y su ejercicio forman parte de la categoría «derechos reales inmobiliarios» en el sentido del primer apartado del art. 22 R.44/2001.

55. Tercera. El art. 25 R.44/2001 obliga al tribunal que conoce de un asunto sobre el que carece de competencia exclusiva, a declararse incompetente en favor del órgano que la tiene atribuida. En el as. *Weber c. Weber*, el tribunal milanés debe declararse incompetente sobre la acción relativa a la invalidez del ejercicio del derecho de adquisición preferente para que conozcan, en su caso, los tribunales alemanes.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las novedades incorporadas por el Reglamento Bruselas I-bis (1215/2012 de 12 diciembre 2012). Un nuevo elemento para la construcción del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, Comentario crítico, 2014, disponible en <http://www.accursio.com>.

56. Cuarta. La litispendencia y la conexidad sólo ceden cuando concurre una competencia exclusiva en virtud del art. 22 R.44/2001. El tribunal alemán está obligado a conocer en materia de «derechos reales inmobiliarios» cuando el objeto del litigio recaiga sobre un derecho real sobre un inmueble sito en Alemania, aunque un mismo o conexo litigio se halle incoado ante el tribunal de otro Estado miembro.

57. En esta línea, se debe evitar que la parte demandada se vea obligada a litigar en otro Estado miembro distinto al de situación del inmueble cuando la demanda se sostiene en un foro inexistente.

58. Quinta. En última instancia, si a pesar de lo anterior se dicta una resolución vulnerando uno de los foros de competencia exclusiva del art. 22 R.44/2001, esa decisión nunca logrará el reconocimiento o ejecución en el Estado miembro requerido –art. 35.1-. En este caso, al prever que la resolución no superará el paso de frontera, el tribunal alemán ha de continuar en el conocimiento de la causa para lograr una buena administración de justicia y respetar el principio de economía procesal.

59. El pronunciamiento sobre la cuestión prejudicial cuarta y su hilo argumental –fundamentado en la imperatividad del art. 25 R.44/2001, la cesión del art. 27 en favor del art. 22 cuando ambos concurren y, finalmente, la relación entre el cumplimiento de los anteriores preceptos y el filtro del art. 35.1-, podrían ser interpretados, respectivamente, como la consumación y el *iter*, en esta materia concreta, de un *puzzle* conocido como «libre circulación de decisiones», que es, a su vez, la pieza maestra de esa aspiración denominada «espacio judicial europeo». Por esa razón, no parece descabellado augurar que la STJUE *Weber c. Weber* será una resolución celebrada por la doctrina.

ESTRATEGIA PROCESAL Y LITIGACIÓN INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA: DISTINCIÓN ENTRE MATERIA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL *

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Investigadora predoctoral
Universidad de Murcia*

Recibido: 04.07.2014 / Aceptado: 15.07.2014

Resumen: Las opciones que tiene un demandante a la hora de interponer su demanda ante tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento Bruselas I pueden variar en función de si dicha acción se considera como materia “contractual” o “delictual o cuasidelictual” a efectos del Reglamento Bruselas I y, en breve, del Reglamento Bruselas I bis. A falta de definición legal, estos conceptos se encuentran en proceso de definición por el TJUE en vía jurisprudencial, lo que puede proporcionar a las partes que planean su estrategia procesal tanto una cierta inseguridad jurídica como una cierta flexibilidad.

Palabras clave: Materia contractual. Materia delictual o cuasidelictual, extracontractual. *Fórum contractus*. *Fórum delictii commissii*. Competencia judicial internacional. Reglamento Bruselas I. Reglamento Bruselas I bis. Interpretación. Calificación.

Abstract: The options that the plaintiff has to file an action before the Courts of a Member State may vary depending on whether such action is considered a “matter relating to contract” or a “matter relating to tort, delict or quasi-delict” within the meaning of Brussels I and Brussels I recast Regulations. As there is no legal definition of these concepts in such Regulations, they are being defined by the ECJ in its case law. This provides legal uncertainty to the parties who plan their litigation strategy, but also some flexibility.

Key Words: Matters relating to contract. Matters relating to tort, delict or quasidelict. *Fórum contractus*. *Fórum delictii commissii*. International jurisdiction. Brussels I Regulation. Brussels I recast. Interpretation. Characterization (*qualification*).

Sumario: I. Introducción. II. La interpretación de conceptos y la calificación en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012. III. Los conceptos de materia contractual y extracontractual en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012. 1. Concepto legal. 2. Jurisprudencia del TJCE/TJUE. 3. Relación con los Reglamentos Roma I y Roma II. IV. Nuevas Sentencias del TJUE, nuevos matices. 1. El caso *Brogssitter vs. Fabrication de montres normandes*. 2. Aportación a la distinción entre materia contractual y extracontractual. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Para las partes, el poder demandar ante unos tribunales u otros tiene importantes consecuencias, sobre todo económicas. Litigar tiene un coste (*litigation is costly*), y este coste no es el mismo en todos los foros, pues las partes no conocen igual el Derecho de todos los países, no tienen igualmente

* El trabajo de la autora es resultado de un contrato predoctoral financiado por la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia (Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

fácil el acceso a los tribunales de todos los Estados, no conocen todas las lenguas... todo ello supone que la parte que pretende demandar evalúe el foro ante el que quiera dirigir su demanda en términos económicos¹.

2. En este sentido, y desde una perspectiva *ex ante*, las diferentes conexiones que presenta un caso con dos o más Estados pueden verse como la posibilidad de acudir a diferentes tribunales nacionales, entre los cuales los particulares pueden elegir². Los foros entre los que puede optar el demandante son los del Reglamento 44/2001 (Bruselas I)³, que será sustituido por el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis)⁴, cuando el caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. Cuando el pleito no es objeto de competencias exclusivas y no hay acuerdo de sumisión a los tribunales de ningún Estado, las opciones del demandante se mueven entre el foro general del domicilio del demandado del art. 2 RB-I / 4 RB-I bis y los foros especiales del art. 5 RB-I / 7 RB-I bis.

3. Estos foros especiales, independientemente de la explicación que haya dado de los mismos el TJUE⁵, en la realidad se abren como otra opción a la parte demandante, que accionará solamente en el caso en que le suponga demandar a un menor coste. De esta forma, dependiendo de la calificación de una determinada acción en una de las categorías del art. 5 RB-I / 7 RB-I bis, las opciones del demandante pueden variar, y también sus costes de litigación⁶.

4. Es por esto que, si bien la calificación dada por la parte demandante a su pretensión no es definitiva, éste intentará “atraer” su pretensión a la categoría del art. 5 RB-I / 7 RB-I bis que más les convenga⁷. Las categorías que dan lugar a mayores discusiones son las de “materia contractual” (art. 5.1 RB-I / 7.1 RB-I bis) y “materia delictual o cuasidelictual” (art. 5.3 RB-I / 7.2 RB-I bis), pues abren la puerta a foros muy distintos: la primera permite demandar ante los tribunales del lugar en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda y la segunda ante los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

5. A lo anterior hay que sumar que, cuando se debate en sede de competencia judicial internacional si una determinada materia es contractual o extracontractual, la calificación que se vaya a otorgar puede

¹ El estudio de los costes de litigación internacional es una tendencia reciente en el Derecho Internacional Privado. Al respecto, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho Internacional Privado”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154. *Vid.* también, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de Origen vs. Estado de destino”, *Indret*, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20 y A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 14, 39, 129, 130, 197-202, y 242.

² M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 45. Se da una especie de “mercado” de servicios jurisdiccionales.

³ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* 16.01.2001, L 012.

⁴ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE* 20.12.2012, L 351/1.

⁵ Véase, por ejemplo, la STJCE 11 enero 1990, en que indica que los foros de competencia especial “*están fundados sobre la existencia de un nexo particularmente estrecho entre el litigio y otras jurisdicciones distintas a las del domicilio del demandado, que justifican la atribución de competencia a las mismas por razones de buena administración de Justicia y de organización útil del proceso*”. En este sentido también se pronuncian D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé* (Tome II), Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 283.

⁶ La calificación de una pretensión como materia contractual, extracontractual, de derechos reales, divorcio, alimentos... es la que determina qué normas de competencia judicial internacional concretas resultan aplicables. Al respecto, Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) núm. 318/2006 de 16 mayo, JUR 2006\192444: “Con carácter previo a la resolución de cuestiones de competencia es preciso determinar la naturaleza de la acción o acciones ejercitadas, tal y como indica la STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9354)”.

⁷ B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2013, p. 521 : « Il ne faut cependant pas se dissimuler que le choix exercé par le demandeur est rarement dicté par les considerations qui président à la solution élektive mais plutôt par ses intérêts immédiats, au premier rang desquels le désir de plaider dans l’État de son domicile, ou, à tout le moins ailleurs que dans celui de son adversaire ».

influir en la ley que vaya a acabar aplicándose al caso⁸. De esta forma, si un tribunal considera que una materia es “contractual” a efectos de competencia judicial internacional, lo habitual, aunque no exista una norma que obligue al juez a ello, será que para determinar la ley aplicable a la misma aplique el Reglamento Roma I⁹, y que si considera que es materia “extracontractual”, aplique el Reglamento Roma II¹⁰.

6. Lo expuesto se verá mucho más claro con un ejemplo. El señor X tiene un contrato firmado con la empresa Y, como prestador de servicios, empresa a la que le presta sus servicios de “inventor” de mecanismos de relojes en Francia. El señor X utiliza los mecanismos inventados para comercializarlos por su cuenta en una página web creada en Francia y dirigida a consumidores alemanes. La empresa Y se plantea ante qué tribunales puede demandarle. Si califica la acción como materia contractual podrá demandarle en Francia, que es lugar de la prestación de los servicios, y si la califica como extracontractual, podrá demandarle en Francia y Alemania¹¹. El demandante evaluará qué opción le comporta menos costes de litigación e intentará calificar la acción de forma que le lleve a ese foro menos costoso.

7. Pero además de lo anterior, determinar si se trata de materia contractual o extracontractual a efectos de competencia judicial internacional influirá también en la calificación que estas acciones merezcan a efectos de ley aplicable: si se considera materia contractual, el Tribunal que se declare competente aplicará Roma I y a falta de pacto de ley aplicable, decidirá el caso conforme a la ley francesa¹², y si se considera materia extracontractual, el Tribunal que se declare competente aplicará Roma II y, a falta de pacto de ley aplicable y de nacionalidad común de las partes, decidirá el caso conforme a ley alemana¹³. En este segundo caso, las indemnizaciones que podría obtener el demandante serían más altas, dado que en Alemania este tipo de ilícitos tienen acarreadas altísimas sanciones impuestas por la ley de Competencia Desleal.

8. En el fondo, se produce una especie de *forum shopping* encubierto¹⁴. Que el asunto sea materia contractual o extracontractual a efectos de competencia judicial internacional no influirá solamente en qué tribunales son los que conocen del asunto, sino también en qué ley se aplicará al caso y, en definitiva, a la cuantía de la indemnización que podría cobrar el demandante. Ahora bien, el demandante no es “todopoderoso” al calificar su pretensión como contractual o extracontractual. La calificación que haya podido realizar no es definitiva y vinculante sino que se encuentra sometida al control del Tribunal ante el que plantee su demanda¹⁵.

⁸ Considerando 7 RR-I: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con 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 (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”.

⁹ 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* 4.7.2008, L 177/6.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 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»), *DOUE* 31.7.2007, L 199/40.

¹¹ Sobre la competencia judicial internacional en relación a los ilícitos cometidos a través de internet *vid.* 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*, 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.

¹² Art. 4.1.b RR-I, ley del país donde tiene su residencia habitual el prestador del servicio.

¹³ Art. 4.1 RR-II, ex. art. 6.2 RR-II, ley del país en que se ha producido el daño.

¹⁴ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 8: « Forum shopping is by no means a negative or suspect phenomenon ».

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 14ª ed., Ed. Comares, Granada, 2013, p. 153.

9. Por todo lo expuesto, la calificación a efectos de la competencia judicial internacional de una acción como “materia contractual” o “materia delictual o cuasidelictual” resulta de vital importancia para la estrategia procesal de las partes¹⁶.

II. La interpretación de conceptos y la calificación en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012.

10. La puesta en marcha de la opción otorgada por los artículos 5.1 y 5.3 exigen en primer lugar una tarea de calificación¹⁷. Esta operación de calificación de una determinada acción como “materia contractual” o “materia delictual o cuasidelictual” requiere una previa interpretación del significado de estos conceptos en el Reglamento Bruselas I, y, a partir de enero de 2015, en Bruselas I bis. Estas operaciones, calificación e interpretación, son diferentes entre sí¹⁸.

11. Para analizarlas, es preciso tener en cuenta que el Reglamento Bruselas I / Bruselas I bis forma parte del DIPr. europeo, un ordenamiento jurídico dotado de sus propias normas, conceptos e instituciones legales. Este Reglamento ha de interpretarse y calificarse, por lo tanto, de acuerdo con los métodos específicos de este DIPr. europeo¹⁹. Se trata de una forma de proceder nueva y distinta de la que se sigue en el DIPr. de producción interna, y que exige olvidarse de lo aprendido, y dejar atrás a Bartin, a las calificaciones *lege fori* y al art. 12.2 del CC...²⁰.

1. La interpretación de conceptos

12. La interpretación consiste en concretar el significado de los términos que utiliza el Reglamento Bruselas I o Bruselas I bis en los supuestos de hecho de sus normas. Esta tarea se ve dificultada porque estos términos son también utilizados por los Derechos nacionales. El nuevo Bruselas I bis ha intentado solucionar esta situación mediante la inclusión de un listado de definiciones, pero éste es muy escaso²¹.

13. La primera duda que se genera es si esta interpretación ha de realizarse de forma autónoma, es decir, si los conceptos son propios del Reglamento, o si su significado se ha de obtener por remisión a un Derecho nacional determinado (el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho del que proviene la institución). En relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha mostrado una preferencia clara por la solución de los conceptos autónomos, sobre todo cuando se trata de cuestiones

¹⁶ Esta cuestión ha sido tratada, entre otros, por los siguientes autores: F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 110-11, 118-119; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., 2010, Paris, p. 165-167, 217-220; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 224-228; B. HAFTEL, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *JDI*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 655-658, 1063-1065; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2012, p. 207; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2nd Revised edition, 2012, pp. 121-144, 231-239; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 5.1” y P. BLANCO MORALES LIMONES, «Art. 5.3», en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101, 120-138; P. DE CESARI, *Diritto Internazionale Privato dell’Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 77-78, 91-96; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-237, 247-254; B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, Economica, Paris, 2013, pp. 512-519, 519-521; B. BAREL / STEFANO ARMELLINI, *Manuale Breve Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 234-241, 255-260; G. CONNETTI / S. TONOLO / F. VISMARA, *Manuale di Diritto Internazionale Privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 26-30; O. CACHARD, *Droit International privé*, Larcier, Bruselas, 2013, pp. 51-54; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 86-98.

¹⁷ O. CACHARD, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 383.

¹⁹ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 30.

²⁰ P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 47, se refiere a este fenómeno como la “originalità del meccanismo di interpretazione” del Derecho de la Unión Europea.

²¹ Solamente define los conceptos de resolución, transacción judicial, documento público, Estado miembro de origen, Estado miembro requerido y órgano jurisdiccional de origen (art. 2 RB-I bis).

directamente reguladas por el Reglamento, es decir, que el Reglamento desea unificar o precisar para cumplir sus objetivos²². Esta interpretación autónoma es la más conforme con los fines del Reglamento, ya que éste busca una uniformidad de soluciones y ésta solamente pueden alcanzarse por una uniformidad en la interpretación²³.

14. Una vez determinado que el concepto es autónomo, y por lo tanto propio del Reglamento, el juez ha de proceder a su interpretación en clave europea, es decir, conforme a Derecho europeo. Sin embargo, como indica F. J. GARCIMARTÍN, el Derecho europeo no ha dado un método hermenéutico especial, para proceder a dicha interpretación, sino que los jueces nacionales han de aplicar para ello los cánones clásicos de interpretación (criterio literal, criterio sistemático, criterio histórico y criterio teleológico) pero adaptados al contexto europeo²⁴. Lo anterior supone sumar a estos criterios el análisis del Derecho comparado y la utilización de principios generales comunes a los Estados miembros²⁵. U. MAGNUS añade otros criterios interpretativos como la conformidad con el Derecho europeo y con los Derechos Humanos²⁶.

15. De nuevo en este punto la interpretación ha de guiarse por el principio de “uniformidad”. Ésta ha de realizarse por los tribunales de los Estados Miembros como si fueran jueces “europeos” que aplican un instrumento común a una pluralidad de Estados. Esto se traduce en que los conceptos han de tener siempre la misma interpretación, independientemente de qué tribunales sean los que conozcan del asunto. Al no existir unos criterios fijos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) el que funciona como garantía de uniformidad²⁷.

2. La calificación

16. La calificación es la segunda operación a realizar para subsumir el objeto de una acción concreta en la norma de competencia judicial internacional de los Reglamentos que corresponda (por ejemplo, se califica el objeto de una acción de rescisión de una donación por vulnerar una legítima testamentaria española).

17. En realidad requiere dos fases: la primera es la de analizar los atributos de la acción objeto de calificación, y la segunda es la de valorar si esos atributos se corresponden con los del supuesto de hecho de la norma, y por lo tanto si la acción que se ha analizado es subsumible en ella²⁸.

18. En cuanto a la primera fase, es decir, el análisis de los atributos de la institución o acción, ha de decidirse si se realizará conforme a datos de hecho de la acción o con referencia a algún Derecho nacional²⁹. La realidad es que, en un momento en que ya se ha reconocido que la problemática del DIPr.

²² A.-L. CALVO CARAVACA, “Introducción”, en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, p. 38.

²³ B. HAFTTEL, *op. cit.*, p. 764. Además, esta interpretación autónoma favorece un buen funcionamiento del mercado único europeo, garantiza una tutela judicial efectiva, permite la circulación de las decisiones judiciales... (STJCE 6 octubre 1976, as. 12/76, *Tessili vs. Dunlop*, *Recueil*, 1976, pp.1473-1495 y STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, *Recueil*, 1988, pp.1539-1556).

²⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 77-79.

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 173. Según los autores, de entre todas estas “herramientas interpretativas”, la que presenta un mayor peso es el criterio teleológico, es decir, la que se refiere a los objetivos a conseguir por el Reglamento Bruselas I.

²⁶ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 38.

²⁷ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 206; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 171 y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 77. Además del TJUE, el elemento doctrinal ha tenido mucho peso en la interpretación del Reglamento Bruselas I, como en todo el Derecho internacional privado. Es lo que B. HAFTTEL, *op. cit.*, p. 763 denomina “persistence de l’élément doctrinal”.

²⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 80.

²⁹ Quedan atrás los tiempos de BARTIN, en que esta cuestión se reducía a la elección entre una calificación *lege fori* y una calificación *lege causae*. *Vid.* V. E. BARTIN, « De l’impossibilité d’arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225 y ss.

es muy distinta a la de la calificación en Derecho interno, gracias a las teorías de E. RABEL³⁰, y en que el DIPr. es además común a los Estados de la Unión Europea, la calificación conforme a un Derecho nacional (*lege fori* o *lege causae*) parece perder su sentido. Es más razonable optar por una calificación también “autónoma”, que prescindiera de referencias a los Derechos nacionales³¹. Esta calificación autónoma se traduce en la definición de la acción mediante datos de “hecho”, que no exijan comprobar su existencia con arreglo a ningún Derecho³².

19. La segunda fase, es decir, la de valorar si estos atributos se corresponden con el supuesto de hecho de la norma y procede o no su aplicación, es un mero ejercicio de conexión lógica entre los resultados de la tarea interpretativa y la calificadora. Este ejercicio ha de realizarse también de manera autónoma, es decir, los criterios que decidirán si una acción o institución concreta se subsumen o no en el supuesto de hecho de la norma europea se toman de la propia norma europea y no de ningún Derecho nacional.

III. Los conceptos de materia contractual y extracontractual en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012

20. Los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis contienen un foro especial cuando el objeto de litigio es de naturaleza contractual (art. 5.1 RB-I y art. 7.1 RB-I bis) y otro cuando el objeto del litigio es de naturaleza delictual o cuasidelictual (art. 5.3 RB-I y art. 7.3 art. RB-I bis).

21. El primer problema de aplicación que plantean estos artículos es el de la interpretación de los conceptos “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual” (en adelante, “materia extracontractual”).

1. Concepto legal

22. No se recoge en estos Reglamentos ninguna definición de estos términos, ni siquiera en la refundición, cuando ya es tendencia en otros Reglamentos introducir una lista de palabras con su definición. Tampoco se hace en los Considerandos referencia alguna.

23. Además, los derechos nacionales de diversos Estados miembros dan respuestas diferentes a un mismo caso. Un ejemplo sería el daño cometido en los tratos preliminares a un contrato, la *culpa in contrahendo*, que se considera como materia extracontractual en Alemania y como materia contractual en Francia. Ante un litigio franco-alemán sobre dicho daño podría ser resuelto de forma diferente por los tribunales franceses y los alemanes³³.

2. Jurisprudencia del TJCE/TJUE

24. El TJUE, en relación a la interpretación del Convenio de Bruselas y del Reglamento de Bruselas I ha resuelto un gran número de cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación de los conceptos “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual”.

³⁰ E. RABEL, “Das problem der Qualifikation”, *RabelsZ*, n. 241, 1931.

³¹ B. HAFTTEL, *op. cit.*, p. 764: « Lorsque la règle dont l'interprétation est en cause trouve son origine dans un texte international, la référence au droit interne apparaît toutefois largement incongrue ». *Vid.* También B. ANCEL, « Qualification », en B. HAFTTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse Paris II, 2008, esp. párrafo 52.

³² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 173.

³³ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., 2002, Paris, p. 165-166. Sobre este distinto tratamiento de las negociaciones precontractuales la autora cita, entre otros a P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1998, p. 248 y ss.

25. El TJUE ha proporcionado varias pautas para interpretar estos conceptos:

26. i. Se desprende de reiterada jurisprudencia que las expresiones “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual”, en el sentido de los puntos 1, letra a), y 3 del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001, respectivamente, deben interpretarse de manera autónoma, (véase, por todas, la STJUE de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C 147/12, apartado 27)³⁴. Así, el intérprete se ha de remitir principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, y ha de excluir “el reenvío al derecho interno de uno u otro de los Estados implicados”³⁵. Esta interpretación autónoma garantiza la aplicación uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros, así como su eficacia.

27. ii. Para la interpretación de estos conceptos en el Reglamento Bruselas I es igualmente válida la interpretación dada por el TJUE para su antecesor el Convenio de Bruselas³⁶, puesto que las normas de ambos instrumentos “pueden calificarse de equivalentes” (art. 5 puntos 1 y 3 RB-I y art. 5 puntos 1 y 3 CB)³⁷. La jurisprudencia del TJUE en esta materia será también extensible al Reglamento Bruselas I bis cuando comience a aplicarse, por la misma razón (art. 5.1 RB-I / 7.1 RB-I bis y art. 5.3 RB-I / 7.2 RB-I bis).

28. iii. El concepto de “materia delictual o cuasidelictual” es un concepto residual en relación con el de “materia contractual”: comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual (véase en este sentido, la STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis Schröder*, 189/87, Rec. p. 5565, apartado 17).

29. iv. En consecuencia de lo anterior, para que el órgano juzgador pueda determinar la naturaleza de las pretensiones de responsabilidad civil, lo primero que ha de comprobar es si éstas revisten carácter contractual en Derecho europeo (véase, en este sentido, la STJUE de 1 de octubre de 2002, *Henkel*, C-167/00, Rec. p. I-8111, apartado 37).

30. ¿Cómo se puede determinar si revisten de dicho carácter contractual, independientemente de su calificación en Derecho nacional?

A. Materia contractual

31. El TJUE ha dado una lectura amplia a este concepto³⁸ y ha establecido que se considerarán como materia contractual todas las acciones que deriven de un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra” (SSTJUE *Jacob Handte y Réunion Européenne*³⁹, entre otros).

³⁴ Además de en esta reciente sentencia, en el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en relación al concepto de “materia contractual” en los casos STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp.987-1012, STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, *Recopilación*, 1988, pp.1539-1556, STJCE 17 junio 1992, as. 26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp.3967-3996 STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, *Recopilación*, 1998. En relación a “materia extracontractual” se ha pronunciado a favor de su interpretación autónoma en los casos STJCE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*, *Recopilación*, 1988, pp.5565-5588, STJCE 26 marzo 1992, as. 261/90, *Reichert vs. Dresdner Bank [III]*, *Recopilación*, 1992, pp.2149-2186, STJCE de 11 de julio de 2002, asunto 96/00, *Rudolf Gabriel* y STJCE de 1 de octubre de 2002, asunto C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel*.

³⁵ STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Recueil*, 1983, pp.987-1012, párrafo 9.

³⁶ Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186.

³⁷ STJUE de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C 147/12, párrafos 28 y 29.

³⁸ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 224. En contra de que el TJUE haya dado esta interpretación amplia se manifiesta P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 77: “L'individuazione della materia contrattuale deve essere effettuata quindi in via restrittiva, considerato che ad essa si applica il criterio speciale che deroga a quello generale del domicilio”.

³⁹ STJCE *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp.3967-3996; STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*, *Recopilación*, 1998.

32. De esta forma, para que una acción se considere como contractual han de reunirse dos requisitos: el primero, que exista un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra” y segundo, que la acción que se ejercita “derive” de dicho compromiso, es decir, que en ese compromiso “se base la acción del demandante”⁴⁰.

33. El TJUE ha dado indicaciones sobre qué se considera un compromiso libremente asumido y sobre cuándo ha de considerarse que la acción deriva de dicho compromiso⁴¹:

34. (i) El concepto europeo de contrato va más allá del caso “obvio” de contrato, de acuerdo mutuo y consentido en que ambas partes tienen que cumplir con obligaciones⁴². Al TJUE le basta que exista una “obligación identificable” y que haya sido asumida libremente⁴³, y en consecuencia ha considerado como “compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra” los vínculos entre una asociación o sociedad con sus socios⁴⁴, los títulos valores⁴⁵, las donaciones, los contratos nulos e inexistentes, las promesas unilaterales⁴⁶... Ha excluido sin embargo las controversias en materia de responsabilidad precontractual (*vid infra*)⁴⁷.

35. (ii) El TJUE ha considerado que una acción derivará de un “compromiso libremente asumido” siempre que “tenga como fundamento” ese compromiso⁴⁸. En concreto, ha considerado que dicho nexo se encuentra presente en las acciones declarativas de cumplimiento, exoneración de responsabilidad o indemnización por incumplimiento de una obligación contractual⁴⁹, las acciones de indemnización por falta de preaviso o por la ruptura del contrato, las acciones derivadas de información engañosa que incitó a contratar (siempre que sean imputables a la contraparte), las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia contractual⁵⁰...

B. Materia extracontractual

36. El TJUE ha configurado el concepto de materia “delictual o cuasidelictual”, de forma negativa frente al concepto de “materia contractual”. El término “cuasidelictual” no añade en español ninguna diferencia, sino que obedece a la versión inglesa del documento, y a su sistema de responsabilidad “ta-

⁴⁰ Vid. STJUE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, párrafo 33: “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”. Vid. también las Sentencias citadas por ésta: Sentencias de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, *Rec.* p. I-481, párrafos 50 y 51, y de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, párrafos 46 y 47.

⁴¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 110 distingue estas dos cuestiones con el nombre de “relaciones” y “obligaciones”.

⁴² U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 121.

⁴³ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁴ Según el TJUE, estos vínculos son análogos a los de un contrato, en el sentido de que derivan de una relación voluntariamente establecida entre las partes, y ello con independencia de que las obligaciones deriven de la decisión de incorporarse como miembro a la asociación o de una decisión de sus órganos. Vid. párrafo 13 de la STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, Recueil*, 1983, pp. 987-1012, sobre la reclamación de una suma de dinero por parte de una asociación a sus asociados.

⁴⁵ STJCE de 14 marzo 2013, asunto C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, párrafo 48: “el avalista, al firmar en el anverso del pagaré con la mención “por aval” aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré”.

⁴⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. II, pp. 656-657.

⁴⁷ P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁸ Párrafo 12 de la STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland, Recopilación*, 1988, pp.1539-1556: “No hay ninguna duda de que una demanda reclamando el pago de comisiones adeudadas en virtud de un contrato de agencia comercial autónoma tiene como fundamento mismo este contrato y está comprendida, por consiguiente, en la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del Convenio.

⁴⁹ Párrafo 13 STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland, Rec.*, 1988, pp.1539-1556: “Debe utilizarse la misma solución en lo que se refiere a una demanda reclamando el pago de una indemnización compensatoria por resolución improcedente de este mismo contrato, teniendo en cuenta que esta indemnización se basa en el incumplimiento de una obligación contractual”.

⁵⁰ STJCE 4 marzo 1982, as. 38/81, *Effer c. Kantner, Rec.*, 1982, p. 825-840. Vid. Comentario A. HUET a la Sent. Cour Paris 29 enero 1981, *R.C.*, 1982, p. 383: « un litige sur la validité du contrat est toujours un litige en matière contractuelle ».

sado” en *torts*. Con esta expresión se pretendía indicar que este foro incluía también otras acciones de indemnización que no estuvieran basadas en *torts* propiamente dichos⁵¹.

37. En el asunto *Kalfelis* declaró por primera vez que el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad a un demandado y que no se considere materia contractual en el sentido del apartado 1⁵² y esta definición se ha repetido en las sucesivas Sentencias del Tribunal al Respecto⁵³. En consecuencia, los conceptos de materia contractual y extracontractual se han configurado como estrictas alternativas que no pueden solaparse⁵⁴. Sin embargo, el concepto se ha ido perfilando en aras a la seguridad jurídica, ya que no todo lo que no es contractual es extracontractual⁵⁵.

38. Esta configuración *a contrario* supone que para que una acción pueda considerarse como materia extracontractual se han de verificar dos elementos⁵⁶:

39. (i) *Elemento positivo*: que se trate de una acción que ponga en cuestión la responsabilidad del demandado y

40. (ii) *Elemento negativo*: que la acción no se pueda calificar como materia contractual⁵⁷. Esto puede ocurrir por dos razones, bien porque no exista un compromiso libremente asumido por las partes, bien porque no se considere que la acción ejercitada deriva de ese compromiso.

41. El TJUE ha considerado que no existe un compromiso libremente asumido por las partes en los casos de accidentes, daños medioambientales, prácticas contrarias al Derecho de la libre competencia, daños a los derechos de propiedad intelectual o industrial, daños a los derechos contra la personalidad o la intimidad, daños derivados de la ruptura de negociaciones contractuales de mala fe, daños derivados de la gestión de negocios ajenos...⁵⁸.

42. En los casos en que la acción derive de estas relaciones, ésta se considerará como “materia delictual o cuasidelictual”. Así, se ha considerado que derivan de la situación dañosa todas las acciones de reparación, de indemnización, de cesación, de exoneración de responsabilidad extracontractual, o, incluso, para prevenirse anticipadamente de una acción de responsabilidad (acciones declarativas negativas) derivada de todos estos daños. También se puede utilizar cuando los terceros se subrogan en los derechos de la víctima o del responsable, bien por ley o en virtud de contrato, y para reclamar la responsabilidad de un sujeto por los daños de otro (responsabilidad de los padres por los daños de los hijos)⁵⁹.

⁵¹ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 233. Como indica P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 91, en la versión italiana del Reglamento Bruselas I se cambió la expresión “delitti o quasi delitti” del Convenio de Bruselas por la fórmula más moderna de “illeciti civil dolosi o colposi”, expresión que podría haberse utilizado en la versión española.

⁵² STJCE 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. p. 5565, apartado 17: “Para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de “en materia de delitos o cuasidelitos” comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5.

⁵³ Por todas, STJCE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, párrafo 32: “No obstante, según reiterada jurisprudencia el concepto de «materia delictual o cuasidelictual» en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la «materia contractual» en el sentido del artículo 5, número 1, letra a), de dicho Reglamento”. Véanse otras como las SSTJUE de 26 de marzo de 1992, *Reichert y Kockler*, C-261/90, Rec. p. I-2149, apartado 16; de 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne y otros*, C-51/97, Rec. p. I-6511, apartado 22, y de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*, C-334/00, Rec. p. I-7357, apartado 21.

⁵⁴ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 231.

⁵⁵ P. BLANCO MORALES LIMONES, «Art. 5.3», en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, p. 122.

⁵⁶ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 250 denomina a estos dos elementos “liability of a defendant” y “harmful event”.

⁵⁷ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 227.

⁵⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 118-119.

⁵⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 120.

43. El TJUE también ha considerado como extracontractual la acción ejercitada por una asociación de consumidores frente a un comerciante cuyo objeto es obtener la prohibición del uso de cláusulas comerciales abusivas⁶⁰, o la acción del destinatario de unas mercancías que no demanda al que figura como transportista sino al que considera como tal⁶¹. También se considera extracontractual el litigio entre el subadquirente y el fabricante de una cosa⁶², o los daños realizados a terceros por una relación contractual, por ejemplo, los daños a terceros por infracapitalización de una sociedad⁶³.

44. Por otro lado, y como consecuencia de la configuración negativa del concepto que ha elaborado el TJUE, también deben considerarse como materia extracontractual los casos en que existe un compromiso libremente asumido por las partes, pero en que la acción ejercitada no deriva del mismo. Así lo había establecido el TJUE en un caso de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, en el que no permitió actuar por el 5.3 uniendo las reclamaciones de materia contractual y extracontractual⁶⁴.

3. Relación con los Reglamentos Roma I y Roma II.

45. La materia contractual, que delimita el campo de aplicación del art. 5.1 RB-I / 7.1 RB-I bis, es además el objeto del Reglamento Roma I. Lo mismo ocurre con la materia extracontractual, el art. 5.3 RB-I / 7.2 del RB-I bis y el objeto de Roma II⁶⁵.

46. Si se tiene en cuenta que el considerando 7 de los Reglamentos Roma I y Roma II parece imponer la interpretación uniforme de las nociones compartidas por ambos Reglamentos⁶⁶, cabe preguntarse si una acción que sea calificada como contractual a efectos de competencia judicial internacional también será calificada como contractual a los efectos de ley aplicable.

47. Sin embargo, esta “uniformidad” en la calificación no es más que aparente, puesto que la calificación en competencia judicial internacional y en ley aplicable tienen objetos distintos⁶⁷. En materia de conflicto de leyes, en que existen muchas más categorías, el objeto de la calificación es cada “cuestión de derecho”, cada institución concreta, mientras que en materia de competencia judicial internacional, el objeto de la calificación es el “conjunto de la acción”⁶⁸. En este sentido, la calificación que se otorgue en materia de competencia judicial internacional a una materia como contractual o extracontractual no ha de vincular la que se le otorgue a efectos de ley aplicable. *Ejemplo*: una acción de anulación de un acuerdo votado en junta general basado en una incapacidad sería calificado como contractual en el plano de la competencia judicial internacional, mientras en sede de ley aplicable se le aplicaría la norma de conflicto relativa al estatuto personal en lo relacionado con la existencia del vicio y la posibilidad de anulación, y la norma de conflicto relativa a las sociedades en lo que respecta a las consecuencias de esa anulación⁶⁹.

⁶⁰ STJCE de 1 de octubre de 2002, asunto C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel*.

⁶¹ STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*.

⁶² STJCE 17 junio 1992, as. 26/91, *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques, Recopilación*, 1992, pp. 3967-3996.

⁶³ STJCE de 18 julio 2013, asunto C 147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot*, Evergreen Investments BV

⁶⁴ El demandante debería haber unido ambas pretensiones por la regla de la conexidad. J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *op. cit.*, p. 251, y STJUE STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis Schröder*, 189/87, Rec. p. 5565.

⁶⁵ A pesar de lo anterior, ninguno de estos instrumentos habla de “materia contractual o extracontractual”, sino que se refiere a “obligaciones contractuales” u “obligaciones extracontractuales”.

⁶⁶ Considerando 7 RR-I y RR-II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con 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 (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. Véase también el considerando 17 del RR-I.

⁶⁷ B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767: « Certes, les solutions apportées aux difficultés de qualification seront, en fait, souvent identiques (...), mais il n'y a qu'une réalité statistique ».; En el mismo sentido, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 219-220.

⁶⁸ “L'ensemble de l'action”, B. HAFTEL, *op. cit.*, p. 767. Véase también A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 156.

⁶⁹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102.

48. Lo anterior no obsta para que “lo recomendable” sea que ambos textos se interpreten de forma convergente⁷⁰. De esta forma, el ámbito de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II podrán servir como indicadores de qué se considera como materia contractual o extracontractual a efectos europeos. Por ejemplo, el artículo 12 del Reglamento Roma I⁷¹, que determina el ámbito de aplicación de la ley aplicable al contrato, servirá de gran ayuda a la hora de determinar qué acciones se han de considerar como contractuales⁷². También, el art. 12 del Reglamento Roma II⁷³. Pero, como se ha indicado, lo anterior no vinculará a efectos de calificación.

IV. Nuevas Sentencias del TJUE, nuevos matices.

49. El enfoque pragmático del TJUE, que delimita qué se considera materia contractual y extracontractual caso por caso, implica que las soluciones interpretativas que proporciona nunca son exhaustivas⁷⁴. En consecuencia, la tarea del Tribunal en la determinación de estos conceptos no ha terminado, sino que sigue perfilándose con cada caso⁷⁵.

50. El asunto más reciente en relación a la interpretación de los términos “materia contractual” y “materia extracontractual” ha sido el C-548/12, que fue resuelto por el TJUE en su Sentencia de 13 de marzo de 2014, *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL y Karsten Fräßdorf*⁶.

1. El caso *Brogsitter vs. Fabrication de montres normandes*.

51. La petición de decisión prejudicial fue planteada por el Landgericht Krefeld alemán en relación con las acciones entabladas por el Sr. Brogsitter, con domicilio en Alemania, contra Fabrication de Montres Normandes EURL (en adelante, “Fabrication de Montres Normandes”), sociedad domiciliada en Francia, y el Sr. Fräßdorf, con domicilio en Suiza.

52. Los hechos del caso son como siguen. El Sr. Brogsitter comercializaba relojes de lujo. En 2005 celebró un contrato con un maestro relojero, el Sr. Fräßdorf, en virtud del cual éste se comprometió a desarrollar, fabricar y comercializar mecanismos de relojería para relojes de lujo, todo ello por cuenta del Sr. Brogsitter, que asumía todos los gastos relativos a la creación de los mecanismos⁷⁷. El Sr. Fräßdorf residía entonces en Francia y desarrollaba allí su actividad a través de la sociedad Fabrication de Montres Normandes.

⁷⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 177: « Il est souhaitable que les textes qui sont à la base d'un véritable droit international privé européen soient, aussi souvent que possible, interprétés de façon convergente et, en particulier que la notion de « matière contractuelle » ait la même signification pour les conflits de lois et pour les conflits de juridictions ».

⁷¹ Artículo 12.1. RR-I: “La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato”.

⁷² U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 121: “As to the scope to which claims arising in connection with a contract can be characterized as contractual, Art. 12 of Rome I Regulation provides a most helpful guideline”.

⁷³ P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Art. 5.1” en A.-L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 77-101, 120-138.

⁷⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, ed. 2002, p. 133: « Cette démarche pragmatique semble satisfaisante : vouloir donner une définition générale de la matière contractuelle serait sans doute irréaliste et dangereux ; mais le corollaire inévitable est un risque d'incertitude dans de nombreux cas ».

⁷⁶ STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, DOUE C-101, de 6.4.2013.

⁷⁷ Párrafo 6 de la STJUE 13 marzo 2014.

53. En 2009, el Sr. Fräßdorf crea otros mecanismos de relojería y los comercializa por su cuenta, dirigiendo su actividad a Suiza (presentación en una feria), y aparentemente también a Francia y Alemania (publicidad en un sitio de Internet en francés y alemán).

54. El Sr. Brogsitter quiere demandar al Sr. Fräßdorf y a la sociedad por su comportamiento desleal. Les demanda ante los Tribunales alemanes, que son los Tribunales de su propio domicilio, y basa la competencia de éstos en el foro especial para materia delictual previsto en el art. 5.3 RB-I. El demandante defiende que (i) los hechos realizados por el Sr. Fräßdorf y su sociedad han de ser calificados como materia extracontractual a efectos del RB-I; (ii) el lugar en que se ha cometido el hecho dañoso, o al menos uno de ellos, es Alemania, por haber sido uno de los lugares en que los demandados comercializaron los relojes.

55. En su demanda, el Sr. Brogsitter solicita varias pretensiones, todas ellas previstas para los casos de daños extracontractuales en el Derecho alemán, que es el Derecho aplicable al fondo del asunto (acción de cesación de la comercialización, indemnización de daños y perjuicios basada en la Ley Alemana de Competencia Desleal⁷⁸ y en el Código Civil alemán⁷⁹). No obstante, el hecho principal en que fundamenta dichas pretensiones es la ruptura del contrato existente previamente entre las partes, que contenía un pacto de exclusiva.

56. La estrategia del Sr. Brogsitter es clara: elige litigar ante sus propios tribunales, lo que evidentemente le reportará un menor coste, frente a la alternativa que le ofrece el foro del domicilio del demandado del art. 2 RB-I, que le habría llevado a demandar ante los Tribunales franceses, por ser Francia el lugar en que está domiciliado uno de los demandados (la sociedad Fabrication de Montres Normandes). Ha de señalarse que el Convenio de Lugano⁸⁰ le habría dado también al Sr. Brogsitter la alternativa de demandar a ambos ante los Tribunales suizos, por ser Suiza el domicilio del otro de los demandados en el momento de presentación de la demanda (art. 2 CLug-II). Ambos, los tribunales franceses y los suizos, opciones mucho menos apetecibles que litigar en casa⁸¹.

57. Como respuesta al movimiento del Sr. Brogsitter, los demandados alegan la falta de competencia judicial internacional de los jueces alemanes. Señalan que únicamente serían competentes los Tribunales franceses, puesto que las pretensiones formuladas por el Sr. Brogsitter han de ser calificadas como materia contractual a efectos del RB-I⁸². Señalan, además, que en caso de que se consideren materia extracontractual, el hecho generador del daño se encuentra en Francia (la fabricación por cuenta propia de los mecanismos).

58. El Juzgado de Primera Instancia (Landgericht Krefeld) estima las alegaciones de los demandados y se declara incompetente por considerar que las acciones interpuestas tienen carácter contractual. Su decisión es recurrida ante el Tribunal de Apelación (Oberlandesgericht Düsseldorf), y éste estima parcialmente el recurso: declara que el Juzgado era incompetente para conocer de algunas de las acciones entabladas por considerarlas materia contractual pero asimismo declara la competencia de los tribunales alemanes para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios basadas en el Código Civil alemán y el la Ley de Competencia Desleal alemana, por considerar que son materia extracontractual a

⁷⁸ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

⁷⁹ Bürgerliches Gesetzbuch.

⁸⁰ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre de 2007 ("Convenio de Lugano II" o "CLug-II"), *DOUE* 21 diciembre 2007, L339/3.

⁸¹ Cabe volver a traer a colación la cita de B. AUDIT / L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 521 : « Il ne faut cependant pas se dissimuler que le choix exercé par le demandeur est rarement dicté par les considerations qui président à la solution élektive mais plutôt par ses intérêts immédiats, au premier rang desquels le désir de plaider dans l'État de son domicile, ou, à tout le moins ailleurs que dans celui de son adversaire ».

⁸² El foro especial quedaría anulado por conducir a los Tribunales del mismo Estado que señalaría el foro del domicilio del demandado.

efectos del RB-I y que el lugar del hecho dañoso se encuentra en Alemania. El caso, siguiendo el modelo de casación francés, es devuelto al Juzgado de Primera Instancia, para que éste conozca sobre dichas acciones.

59. Así, al Juzgado de Primera Instancia (Landgericht Krefeld) retoma el caso, esta vez acotado a las acciones de indemnización de daños y perjuicios, pero sigue dudando sobre si éstas han de considerarse materia contractual, habida cuenta del contrato existente entre las partes del litigio, y a pesar de que dichas acciones tengan carácter extracontractual en Derecho alemán.

60. El órgano juzgador plantea una cuestión prejudicial, en la que pide al TJUE que aclare si, a efectos del 5.1 del RB-I, ha de considerarse como materia contractual una acción de responsabilidad civil extracontractual pero que alega el incumplimiento de un contrato previamente existente entre las partes⁸³.

61. La solución que da el TJUE es la siguiente: la mera circunstancia de que exista un contrato entre dos partes no es suficiente como para considerar que una acción de responsabilidad civil de una contra la otra está comprendida en la “materia contractual” en el sentido del artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I⁸⁴.

62. Solamente será considerada materia contractual “si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato”⁸⁵. Éste será el caso si la interpretación del contrato resulta indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo.

63. En definitiva, si es indispensable tener en cuenta el contrato para resolver sobre la acción, ésta ha de calificarse como “materia contractual” en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n° 44/2001.

2. Aportación a la distinción entre materia contractual y extracontractual.

64. El caso subraya que la calificación como contractual o extracontractual que la ley nacional aplicable da a la acción ejercitada no es relevante para su calificación como *materia* contractual o extracontractual a efectos del Reglamento Bruselas I⁸⁶. Así lo expresa claramente el fallo: “las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual» a efectos del artículo 5, punto 1, letra a) del Reglamento (CE) n° 44/2001(...) puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato”.

65. Con este fallo, el TJUE da una nueva indicación sobre qué ha de considerarse materia contractual y materia extracontractual: en los casos en que exista un compromiso libremente asumido por las partes, pero la acción que se ejercite no derive de dicho compromiso, no se calificará dicha acción como contractual sino como extracontractual.

⁸³ Párrafo 6 de la STJUE 13 marzo 2014...: “¿Debe interpretarse el artículo 5, punto 1, del Reglamento [n° 44/2001] en el sentido de que un demandante que afirma haber sufrido un perjuicio a causa del comportamiento, [constitutivo de competencia desleal] y de carácter extracontractual en virtud del Derecho alemán, observado por un cocontratante, establecido en otro Estado miembro, invoca también derechos comprendidos en la materia contractual contra esa otra parte contratante, aunque funde su acción en una base jurídica relativa a la responsabilidad civil extracontractual?”.

⁸⁴ Párrafo 23 de la STJUE 13 marzo 2014...

⁸⁵ Párrafo 24 y fallo de la STJUE 13 marzo 2014...

⁸⁶ Párrafo 18, *in fine*, de la STJUE 13 marzo 2014...: “Por lo tanto, no puede entenderse que se remitan a la calificación que la ley nacional aplicable da a la relación jurídica sobre la que debe pronunciarse el órgano jurisdiccional nacional”.

66. Esto aumenta las posibilidades de estrategia procesal de las partes: que exista un contrato entre ellas no significa que la acción haya de calificarse como contractual. La parte demandante podrá configurar su acción como contractual o extracontractual, y esperar a que el tribunal ante el que plantee la demanda esté de acuerdo con esta calificación, aunque, como se ha indicado, siempre será éste el que tenga la última palabra sobre dicha calificación, a instancia de parte.

67. Al añadir esta nueva indicación a la distinción entre materia contractual y extracontractual, el TJUE se mantiene firme en utilizar un criterio autónomo, independiente de los conceptos de los Derechos nacionales. Así, evita toda posible referencia a la ley aplicable y a las normas de conflicto. Únicamente habría que identificar el objeto del contrato para ver si la acción ejercitada tiene su fundamento en dicho objeto. Este estudio del “objeto del contrato” ha de realizarse en el plano de los hechos, y no del derecho aplicable.

68. Podría objetarse al criterio interpuesto por el TJUE que difícilmente se va a poder identificar el objeto del contrato sin hacer referencia al Derecho aplicable al mismo, que servirá como integrador de los derechos y deberes no previstos expresamente por las partes. Sin embargo, el TJUE apuesta fuerte y en todos los sentidos por una calificación autónoma, que deja de lado no solamente la calificación según el Derecho del foro (*lege fori*) o según el Derecho aplicable al fondo del asunto (*lege causae*), sino también la calificación según el Derecho que resultara aplicable al contrato existente entre las partes.

69. Al tomar partido por esta opción, el TJUE no se puede basar en razones de seguridad jurídica y uniformidad de la interpretación resultante, dado que la interpretación de si una obligación es o no contractual en función del Derecho aplicable al contrato respecto al que se duda no variaría en función de los tribunales que conozcan del asunto: esta ley se determinaría conforme a Roma I, por lo que la interpretación sería uniforme.

70. Esta decisión podría basarse en que la calificación en materia de competencia judicial internacional es una “calificación” provisional, que ha de realizarse de forma sencilla y sin involucrar, en la medida de lo posible, aspectos de Derecho aplicable. El TJUE ha seguido la tendencia seguida por el legislador europeo que consiste en evitar excesivas complicaciones al tribunal que conoce del asunto, de forma que, una vez eliminado el recurso necesario al derecho conflictual y a los derechos nacionales, éste pueda decidir solamente estudiando el objeto del litigio. Esta actitud del legislador ya se puso de manifiesto en la redacción del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I, que se ha mantenido en el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis⁸⁷ en relación a la manera en que el tribunal ha de decidir cuál es el lugar de la entrega de la mercancía y de la prestación del servicio, también en su tratamiento del método “analítico-distributivo” en el mismo artículo, relegándolo únicamente a los casos más excepcionales. Esta actitud del TJUE y del legislador europeo pone al mismo tiempo de manifiesto la gran importancia que se otorga en el Derecho internacional privado europeo a la autonomía de la voluntad material de las partes, a lo que estas pactan, a lo que existe “según el contrato”.

71. Además, considerar si la obligación que se alega incumplida por las partes es una obligación derivada del contrato según el Derecho aplicable al mismo podría prejuzgar la existencia o no de incumplimiento⁸⁸. Como estableció el TJUE en la STJUE 25 octubre 2012, as. C-133/11, *Folien Fischer*⁸⁹, el

⁸⁷ Aplicándolo al caso resuelto por el TJUE, conforme a ese Derecho aplicable al contrato habría que ver si se considera que el pacto de exclusiva era una obligación pactada por las partes. ¿Se considera una ruptura al mismo el haber vendido otros relojes? ¿Qué se dice en Derecho francés en relación a los pactos de exclusiva? ¿Tienen una interpretación estricta? ¿Han de pactarse por escrito? ¿Tienen alguna restricción temporal? La respuesta a estas cuestiones nos dirá en definitiva si comerciar relojes propios supuso incumplimiento contractual, si ese compromiso de exclusiva estaba dentro de las obligaciones del contrato. Como se pone de manifiesto en este ejemplo, esta operación sería demasiado complicada para realizar una calificación a efectos de competencia judicial internacional.

⁸⁸ P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁹ Párrafo 50: “Es necesario precisar aún que, en el momento de verificar la competencia internacional, el tribunal ante el

tribunal que califique a efectos de competencia judicial internacional ha de quedarse en los “hechos”. De esta forma, el TJUE insiste sobre la cuestión de que el concepto de materia contractual y extracontractual se ha de definir por lo tanto mediante “datos de hecho”. En esta línea, el concepto no exige comprobar la existencia de contrato, si tal contrato es válido o si es vinculante. Como indican A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “el legislador europeo, de manera inteligente, ha preferido no utilizar elementos que pertenecen al fondo del asunto para definir las categorías jurídicas empleadas para precisar la competencia judicial internacional”⁹⁰.

72. En definitiva, la aportación del TJUE con esta Sentencia a la distinción entre materia contractual y extracontractual puede resumirse en lo que sigue: ante una acción de responsabilidad civil cuando existe un contrato previo entre las partes, el tribunal tendrá que comprobar si la conducta que se imputa supondría un incumplimiento de dicho contrato, de acuerdo con el objeto de dicho contrato. Este objeto ha de ser determinado conforme a los datos fácticos del caso y no conforme a la ley aplicable al mismo. En caso de que se considerara incumplimiento, la acción se calificaría como materia contractual a efectos del RB-I, y como materia extracontractual en el caso contrario.

V. Conclusiones

73. Primera. El significado y la interpretación de los conceptos de materia contractual y extracontractual están “vivos”. Su significado y delimitación avanza conforme se van planteando nuevos casos ante el TJUE.

74. Segunda. En su última sentencia al respecto, el TJUE confirma su opción por una interpretación autónoma de estos conceptos en el Reglamento Bruselas I y por ende, en Bruselas I bis.

75. Tercera. Esta interpretación autónoma se concreta en que, para definir si una determinada acción es contractual o no, en el caso en que exista un contrato entre las partes, hay que analizar los datos de hecho, el objeto del contrato, y no si ha existido incumplimiento de dicho contrato con arreglo a ningún Derecho. Esto permite situar el litigio en un escenario concreto sin necesidad de prejuzgar la validez de elementos del fondo del asunto.

76. Cuarta. Esta nueva sentencia, más allá de garantizar la seguridad y la uniformidad en la interpretación de los conceptos del Reglamento Bruselas I y en adelante, de Bruselas I bis, supone además una apuesta por no adoptar decisiones demasiado complejas a la hora de determinar la competencia judicial internacional, que entorpezcan el procedimiento y puedan dilatarlo excesivamente.

77. Quinta. Lo anterior contribuye a la configuración de un espacio judicial europeo que funciona de modo más correcto, pues respeta las expectativas de las partes que de forma legítima han diseñado su estrategia procesal.

que se ha presentado la demanda no examina la admisibilidad ni la procedencia de la acción declarativa negativa a la luz de las normas del Derecho nacional, sino que se limita a identificar los puntos de conexión con el Estado del foro que justifican su competencia en virtud del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001”.

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, vol. I, p. 155.

LA TUTELA DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE QUALIFICATE DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI NON REGISTRATE IN SEDE EUROPEA: NOTE A CORTE DI GIUSTIZIA UE (IX SEZIONE), 8 MAGGIO 2014, CAUSA C-35/13

FEDERICA FALCONI

*Dottore di ricerca in Giustizia penale, giustizia internazionale
e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 25.08.2014 / Aceptado: 03.09.2014

Riassunto: Se ed in quale misura le indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari rientranti nell'ambito di applicazione materiale del regolamento (CEE) n. 2081/1992, da ultimo sostituito dal regolamento (UE) n. 1151/2012, possano essere tutelate a livello nazionale, in mancanza di una registrazione in sede europea, è una questione da sempre dibattuta. In una recente pronuncia, concernente la denominazione italiana "Salame di Felino", la Corte di Giustizia, pur ribadendo il carattere esauriente del sistema di protezione europeo, ha riconosciuto la possibilità che le indicazioni geografiche qualificate non registrate in sede europea siano tutelate nei singoli Stati membri attraverso il medesimo regime previsto per le indicazioni geografiche semplici, a condizione che tale regime non si ponga in contrasto con gli obiettivi del regolamento di base e con la libera circolazione delle merci.

Parole chiave: Prodotti agricoli ed alimentari. Regolamento (CEE) n. 2081/1992. Ambito di applicazione materiale. Assenza di registrazione a livello europeo. Protezione nazionale. Condizioni.

Abstract: Whether geographical indications for agricultural products and foodstuffs falling within the material scope of application of Regulation (EEC) No 2081/1992, lastly replaced by Regulation (EU) n. 1151/2012, may be protected under national law, absent a registration at the EU level, is still a debated issue. In a recent judgement concerning the Italian denomination "Salame di Felino", the EU Court of Justice has reaffirmed that the EU system of is exhaustive in character, albeit admitting that a geographical indication which has not obtained a EU registration may be protected under the national system of protection provided for simple geographical indications, at the condition that this latter does not undermine the objectives of the basic regulation and does not contravene the principle of the free movement of goods.

Key Words: Agricultural products and foodstuffs. Regulation (EEC) No 2081/1992. Material Scope. Absence of a registration at the EU level. National protection. Conditions.

Sumario: . Osservazioni introduttive. II. La tormentata vicenda del "Salame di Felino": i fatti all'origine del procedimento principale. III. La Corte di Giustizia precisa le condizioni secondo le quali le indicazioni geografiche degli alimenti di qualità non registrate possono essere tutelate a livello nazionale. IV. Alcune riflessioni sul carattere esauriente del sistema europeo di tutela delle DOP e delle IGP. V. Tutela delle indicazioni geografiche non registrate e disciplina della concorrenza sleale. VI. Rilievi conclusivi.

I. Osservazioni introduttive

1. La natura del rapporto esistente tra il sistema di tutela delle denominazioni di origine protetta (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP) dei prodotti agroalimentari, stabilito a livello

comunitario sin dal 1992, e i regimi di tutela, apprestati nei vari Stati membri, che operino nello stesso ambito è, da sempre, controversa e fonte di discussione in dottrina¹.

2. Come noto, si deve al regolamento (CEE) n. 2081/1992 l'istituzione di un sistema di tutela uniforme accentrato a livello comunitario, avente ad oggetto le indicazioni geografiche dei prodotti agro-alimentari rispetto ai quali sussiste un nesso particolare tra le loro qualità, caratteristiche o reputazione e la zona geografica di origine del prodotto stesso (cc. dd. indicazioni geografiche qualificate)². Tale nesso è particolarmente stringente per quanto riguarda le DOP, rispetto alle quali è richiesto che le qualità o le caratteristiche del prodotto siano essenzialmente o esclusivamente attribuibili all'origine geografica e che tutte le fasi del processo di produzione abbiano luogo sul territorio indicato nel disciplinare; nel caso delle IGP, invece, è sufficiente che all'origine geografica sia attribuibile anche una semplice reputazione e che anche una soltanto delle fasi del processo produttivo avvenga nella zona geografica indicata³.

3. In particolare, l'iscrizione di un'indicazione geografica come DOP o IGP nell'apposito registro tenuto presso la Commissione – all'esito di una complessa procedura amministrativa, che vede pronunciarsi in prima battuta le autorità dei singoli Stati membri, alle quali va indirizzata la domanda, ma in cui è alla Commissione che spetta la decisione finale circa la registrazione – dà luogo alla costituzione di un titolo di privativa che può essere fatto valere in tutti gli Stati membri da ogni operatore stabilito nell'area geografica indicata nel disciplinare, presentato al momento della domanda di registrazione, che commercializzi prodotti agroalimentari conformi ai parametri ivi indicati e che si assoggetti ai relativi controlli⁴.

4. Ebbene, la Corte di Giustizia ha riconosciuto, ormai da tempo, che il sistema di tutela comunitario non esclude che possano costituire oggetto di protezione a livello nazionale le indicazioni geografiche semplici, con tale espressione dovendosi intendere le indicazioni geografiche che si limitano ad esprimere la provenienza di un prodotto da un determinato territorio, senza che da tale provenienza discendano particolari caratteristiche o qualità del prodotto stesso⁵. Incerta è stata, invece, sino alla sentenza in commento, la sorte di quelle indicazioni che, pur rientrando astrattamente nel campo di applicazione della disciplina comunitaria, in quanto espressive di un collegamento tra la qualità, le caratteristiche o la reputazione del prodotto e la zona geografica di origine, non siano, però, state iscritte nel registro comunitario.

5. La questione si è posta sin dall'adozione del regolamento (CE) n. 2081/92 e si è mantenuta viva durante la vigenza del successivo regolamento (CE) n. 510/2006⁶, che ha sostituito il regolamento previgente, mantenendone sostanzialmente invariata la struttura, salvo le modifiche resesi necessarie per adeguare la disciplina comunitaria agli obblighi derivanti dall'Accordo TRIPS⁷. Sfortunatamente, nem-

¹ Per un'analisi della problematica relativa ai rapporti tra il sistema europeo e quelli nazionali v. J. M. CORTÉS MARTÍN, *La protección de las indicaciones geográficas en el comercio internacional e intracomunitario*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2003, p. 452. V. anche V. MANTROV, *EU Law on Indications of Geographical Origin: Theory and Practice*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2014, p. 307 ss.

² Regolamento (CEE) n. 2081/1992 del Consiglio del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *GUCE*, L 208 del 14 luglio 1992, p. 1 ss.

³ V. in proposito l'art. 2 del regolamento (CEE) n. 2081/1992. Da tale differenziazione, tuttavia, non discende alcuna differenza sul piano della tutela, che è identica per entrambi i segni distintivi. Sull'opportunità di mantenere comunque forme di riconoscimento degli alimenti di qualità più o meno prestigiose in funzione del diverso grado di radicamento territoriale v. D. SARTI, "Segni e garanzie di qualità", in B. UBERTAZZI, E. MUÑIZ ESPADA (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 113 ss., p. 121.

⁴ Per una ricostruzione dettagliata della procedura di registrazione v. D. SARTI, "Segni distintivi e denominazioni d'origine", in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 144 ss.

⁵ Sulla tutelabilità a livello nazionale delle indicazioni geografiche semplici v. in particolare le sentenze della Corte di Giustizia, 10 novembre 1992, causa C-3/91, *Exportur*, in *Racc.*, 1992, p. I-5529, punto 11; 7 novembre 2000, causa C-312/98, *Warsteiner*, in *Racc.*, 2000, p. I-9187, punto 45; 18 novembre 2003, causa C-216/01, in *Racc.*, 2003, p. I-13617, *Budějovický Budvar (Bud I)*, punto 73.

⁶ Regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio del 20 marzo 2006 in *GUUE*, L 93, 31 maggio 2006, p. 12 ss.

⁷ L'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà internazionale attinenti al commercio figura all'Allegato 1C dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994. Sulla genesi del regolamento

meno la recente adozione del regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, cui da ultimo è stata ricondotta la disciplina delle DOP e delle IGP, ha fatto luce sul punto attraverso una previsione esplicita⁸.

6. Due diverse interpretazioni si contendono il campo. Da una parte, è diffusa, in particolar modo nella dottrina italiana – naturalmente sensibile al tema, considerata la rilevanza in Italia del comparto agroalimentare dei prodotti di qualità⁹ –, l'opinione secondo la quale il rapporto tra il sistema di tutela comunitario e quelli nazionali potrebbe essere agevolmente ricostruito in termini di coesistenza. L'iscrizione nel registro europeo sarebbe necessaria esclusivamente per avere accesso alla tutela prevista dal regolamento di base, tutela che, oltre ad essere particolarmente ampia nei contenuti, in quanto conferisce un diritto di esclusiva rispetto all'utilizzazione del nome registrato a tutti i produttori stabiliti nell'area geografica indicata nel disciplinare di produzione, si estende all'intero territorio dell'Unione europea¹⁰. Ciò nonostante, secondo tale opinione, gli Stati membri rimarrebbero liberi di tutelare le indicazioni geografiche espressive di un nesso tra qualità del prodotto e zona geografica di provenienza su base nazionale: vuoi come diritti di proprietà industriale, attraverso un sistema non titolato, ossia non implicante registrazione; vuoi attraverso un regime alternativo a quello della proprietà industriale, quale segnatamente quello civilistico in tema di concorrenza sleale¹¹. Vi è, all'opposto, l'orientamento della Corte di Giustizia, che, chiamata in più di un'occasione a fare luce sul punto, è giunta ad affermare nella sentenza *Bud II*, in termini espliciti e, almeno apparentemente, perentori, il carattere esauriente del sistema di tutela comunitario, nel senso che quest'ultimo dovrebbe trovare applicazione ad esclusione delle eterogenee normative nazionali esistenti in materia¹². L'unico spazio residuo individuato dalla Corte di Giustizia per l'applicabilità dei regimi di tutela nazionali concerne, come detto, le indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari che esulano dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, ossia le cc.dd. indicazioni geografiche semplici.

7. Con la sentenza resa in data 8 maggio 2014, nella causa C-35/13, la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tornata a pronunciarsi sul tema dell'interrelazione tra il sistema di tutela delle DOP e delle IGP stabilito a livello comunitario e i sistemi nazionali, ribadendo per un verso la natura esauriente del sistema di tutela comunitario e, tuttavia, ammettendo, entro certi limiti di cui si dirà, la possibilità

(CE) n. 510/2006 v. D. PISANELLO, "La riforma del sistema comunitario di tutela delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli e alimentari", in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 556 ss.

⁸ Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *GUUE*, L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1 ss. Si noti che quest'ultimo strumento trova la propria base giuridica non più soltanto nell'art. 43, par. 2, TFUE, quale strumento della politica agraria comune (PAC), ma altresì nell'art. 118, par. 2, TFUE, relativo alla creazione di titoli di privativa europei. Deve essere sottolineato, altresì, che con il Trattato di Lisbona il Parlamento europeo ha assunto in relazione alla PAC la posizione di colegislatore a fianco del Consiglio, mentre il precedente art. 37 del Tratt. CE riservava al solo Consiglio, a maggioranza qualificata, l'adozione degli atti in materia. Sul nuovo regolamento v. L. COSTATO, "Il regolamento n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio sui regimi di qualità dei prodotti agricoli ed alimentari", in *Rivista di diritto agrario*, 2012/4, p. 648 ss.; V. RUBINO, "La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento n. 1151/2012 UE", in *Rivista di diritto alimentare*, 2013/4, p. 4 ss.; F. CAPELLI, "Il Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agroalimentari: luci ed ombre", *ivi*, p. 52 ss.

⁹ Ad oggi, l'Italia vanta ben 154 DOP e 108 IGP, ma molte altre sono le indicazioni ancora in attesa di riconoscimento. Il *database* delle denominazioni registrate e di quelle relativamente alle quali è stata inoltrata la domanda di registrazione è disponibile sul sito ec.europa.eu/agriculture/quality/door.

¹⁰ Sul contenuto della tutela oggi prevista dall'art. 13 del regolamento (UE) n. 1151/2012 v. *infra*, par. IV.

¹¹ Sul punto v. *infra*, par. V.

¹² Corte di Giustizia, 8 settembre 2007, causa C-478/07, *Budějovický Budvar (Bud II)*, in *Racc.*, 2009, p. 7721 ss. Tra i numerosi commenti che la dottrina ha dedicato a tale sentenza v. in particolare V. RUBINO, "Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza *Bud II*", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010/2, p. 255 ss.; F. CAPELLI, "La Corte di Giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza *Bud II* motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010/3, pp. 401 ss.; F. GENCARELLI, "Il caso 'Budweiser': competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche dei prodotti alimentari", in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2010/4, p. 237 ss.

che le indicazioni geografiche degli alimenti di qualità non registrate in sede europea possano costituire oggetto di tutela a livello nazionale. L'esplicita presa di posizione sul punto da parte della Corte appare particolarmente importante nella misura in cui contribuisce a rendere più chiaro il quadro giuridico di riferimento, senza però, è dato ritenere, chiudere il dibattito una volta per tutte, specialmente per quanto concerne le modalità attraverso le quali tali indicazioni possono in concreto trovare protezione nei singoli ordinamenti nazionali.

II. La tormentata vicenda del “Salame di Felino”: i fatti all’origine del procedimento principale

8. La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dalla Corte di Cassazione italiana *ex art. 267 TFUE*, in ordine ad una controversia, che si protrae ormai da oltre sedici anni, che vede contrapposte, da una parte, l'Associazione fra produttori per la tutela del Salame di Felino, e con essa svariate aziende che vi partecipano, e dall'altra la Kraft Foods, insieme all'Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi (Assica), relativamente all'utilizzo commerciale della denominazione “Salame di Felino”.

9. I fatti controversi risalgono al 1998, quando ancora era in vigore il regolamento (CE) n. 2081/92. Come sopra ricordato, peraltro, i due regolamenti che, nel corso degli anni successivi, si sono sostituiti a quest'ultimo, ne hanno lasciato sostanzialmente inalterato l'impianto originario, per cui le argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza in commento a proposito della disciplina previgente devono ritenersi senz'altro valide anche con riferimento a quella attuale, posta dal regolamento (UE) n. 1151/2012.

10. Deve essere premesso, poi, che, all'epoca dei fatti, la denominazione “Salame di Felino” non era stata registrata a livello comunitario, né come DOP né come IGP. Tale denominazione è stata registrata come IGP soltanto nel marzo 2013¹³, all'esito di un percorso lungo e per alcuni versi travagliato, durante il quale anche la Corte di Giustizia era stata chiamata ad esprimersi, sotto un particolare profilo concernente la presunta genericizzazione della stessa¹⁴.

11. Nel 1998, l'Associazione fra produttori per la tutela del Salame di Felino citava in giudizio davanti al Tribunale di Parma la Kraft Foods – all'epoca Kraft Jacobs Suchard S.p.A. – lamentando la messa in vendita, da parte di quest'ultima, sotto il marchio “Invernizzi”, di un salame presentato al pubblico dei consumatori con la denominazione “Salame Felino” o “Salame tipo Felino”, prodotto, però, non nel territorio della provincia di Parma, dove è ubicato, per l'appunto, il comune di Felino, ma in Lombardia, e più precisamente nella città di Cremona, chiedendo pertanto la condanna della convenuta per concorrenza sleale. Il Tribunale di Parma, con sentenza del 9 febbraio 2001, n. 236, dopo aver constatato che i prodotti commercializzati dalla convenuta non provenivano in effetti dal territorio di Parma, mentre il “Salame di Felino” aveva acquisito una reputazione tra i consumatori in considerazione delle sue caratteristiche derivanti da una peculiarità collegata all'ambiente geografico di produzione, coincidente appunto con il territorio parmense, condannava la stessa ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 19 marzo 1996 n. 198¹⁵, attraverso il quale era stata data attuazione in Italia agli obblighi derivanti in materia di proprietà industriale dell'Accordo TRIPS¹⁶. Tale pronuncia veniva confermata in secondo

¹³ Regolamento di esecuzione (UE) n. 186/2013 della Commissione del 5 marzo 2013, in *GUUE* L 62 del 6 marzo 2013, p. 4 ss.

¹⁴ Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, causa C-446/07, *Severi*, in *Racc.*, 2009, p. I-8041 ss. In tale occasione, la Corte aveva avuto modo di affermare che la genericità di una denominazione non può essere presunta fintantoché la Commissione non si sia pronunciata sulla domanda di registrazione, respingendola, se del caso, per la ragione che detta denominazione è divenuta generica, all'esito di un processo oggettivo per cui essa sia divenuta il nome comune di un dato prodotto. La questione rivestiva primaria importanza, in quanto il sistema europeo esclude dalla registrazione le denominazioni che abbiano acquisito carattere generico: v. al riguardo l'attuale art. 6, par. 1, del regolamento (UE) n. 1151/2012.

¹⁵ *GURI* n. 88 del 15 aprile 1996, Suppl. ord. n. 64

¹⁶ Successivamente, la disciplina di cui all'art. 31 del d. lgs. n. 198/1996 è stata trasfusa, senza subire modificazioni sostanziali, negli artt. 29 e 30 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, recante il Codice della proprietà industriale, in *GURI*, n. 52 del 4 marzo 2005, Suppl. ord. n. 28. Di recente, quest'ultima disposizione è stata modificata dal d. lgs. n. 131/2010, in *GURI* n.

grado dalla Corte di appello di Bologna, che, con sentenza del 12 gennaio 2006, n. 34, rilevava come il regime di protezione di cui al summenzionato decreto non si ponesse in contrasto con quello delineato dal regolamento (CEE) n. 2081/92 e che la registrazione come DOP o IGP sarebbe stata necessaria esclusivamente per beneficiare del regime uniforme previsto da quest'ultimo.

12. Avverso tale sentenza, la Kraft Foods e la Assica proponevano ricorso davanti alla Corte di Cassazione, affermando, invece, che il sistema di protezione istituito dal regolamento (CEE) n. 2081/92 ostasse a che una normativa nazionale potesse conferire un diritto di utilizzare in via esclusiva una denominazione di origine in mancanza di una registrazione a livello comunitario. Ravvisando, sotto questo profilo, un possibile contrasto tra il diritto interno e il diritto comunitario, la Corte di Cassazione, con ordinanza del 18 gennaio 2013 n. 1236, ha sospeso il procedimento, per sottoporre alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, due questioni pregiudiziali. Con la prima questione, la Corte di Cassazione ha chiesto se l'art. 2 del regolamento (CEE) n. 2081/1992 debba essere interpretato nel senso di escludere che un'associazione di produttori possa vantare il diritto di utilizzare in esclusiva, all'interno dell'Unione europea, un'indicazione geografica impiegata nel territorio di uno Stato membro senza che detta indicazione abbia in tale Stato ottenuto un provvedimento vincolante nel quale risultino stabiliti i confini della zona geografica di produzione ed eventuali requisiti che i produttori debbano possedere per beneficiare del diritto di utilizzare la denominazione stessa. La seconda questione concerne, invece, quale sia il regime da applicare nel mercato dell'Unione e in quello degli Stati membri di una denominazione geografica priva della registrazione comunitaria.

III. La Corte di Giustizia precisa le condizioni secondo le quali le indicazioni geografiche degli alimenti di qualità non registrate possono essere tutelate a livello nazionale

13. Dopo aver sgombrato il campo da ogni dubbio concernente la presunta irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, per quanto riguarda la sua necessità oggettiva ai fini della soluzione del procedimento principale, la Corte di Giustizia ha esaminato, in primo luogo, la seconda questione sollevata dalla Corte di Cassazione, affermando che perché una denominazione possa beneficiare del regime uniforme di protezione previsto dal regolamento (CEE) n. 2081/92, allora in vigore, ed oggi dal regolamento (UE) n. 1151/2012, l'iscrizione nell'apposito registro tenuto presso la Commissione costituisce un presupposto indefettibile, in mancanza del quale l'indicazione geografica non potrà in alcun modo beneficiare della tutela ivi stabilita¹⁷.

14. La Corte di Giustizia ha così ribadito il principio secondo il quale il sistema comunitario di tutela delle DOP e delle IGP è concepito come un sistema uniforme dotato di natura esauriente. La Corte non si sofferma sulle implicazioni derivanti da tale caratterizzazione, ma si richiama ai principi già espressi nella sentenza *Bud II*. In tale occasione, come anticipato, la Corte ha affermato che il regolamento (CE) n. 510/2006 non ha inteso attuare un regime complementare di tutela alla stregua di quello istituito con il regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario¹⁸, ma un sistema uniforme che intende applicarsi ad esclusione dei regimi di tutela nazionali, nell'ottica di superare le prassi eterogenee di rico-

192 del 18 agosto 2010, Suppl. ord. n. 195, che ne ha allineato il disposto alla disciplina comunitaria, estendendo la tutela ivi prevista anche alle fattispecie che, pur non comportando alcun inganno per i consumatori, costituiscono tuttavia un indebito sfruttamento della reputazione altrui: per un commento v. G. E. SIRONI, "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", in *Il Diritto Industriale*, 2010/6, p. 536 ss.

¹⁷ Il carattere obbligatorio di cui alla registrazione, di cui all'art. 5 del regolamento (CEE) n. 2081/92, era già stato affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 9 giugno 1998, cause riunite C-129/97 e C-130/97, *Chiciak e Fol*, in *Racc.*, 1998, p. 3315, punti 25 e 26, ove si legge in particolare che detto regolamento "ha introdotto l'obbligo di registrazione comunitaria delle denominazioni geografiche affinché queste ultime possano godere di una protezione in tutti gli Stati membri ed ha fissato il regime comunitario destinato a disciplinare d'ora in avanti tale protezione, conseguibile solo a conclusione di una procedura vincolante di notificazione, controllo e registrazione."

¹⁸ Regolamento (CE) n. 40/94 del 20 dicembre 1993, in seguito abrogato e sostituito dal regolamento (CE) n. 207/2009 del 26 febbraio 2009, in *GUUE* L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss.

noscimento e protezione esistenti nei vari Stati membri¹⁹. Nella stessa occasione, la Corte ha puntualizzato che le procedure nazionali di registrazione sono integrate nella procedura decisionale comunitaria e non possono esistere al di fuori del sistema di tutela comunitario, con la conseguenza che deve ritenersi senz'altro preclusa qualsiasi forma di certificazione pubblica della qualità dei prodotti agroalimentari da parte delle autorità nazionali²⁰.

15. Nondimeno, osserva la Corte di Giustizia nella sentenza in esame, il carattere esauriente del sistema comunitario di tutela delle DOP e delle IGP, nel senso anzidetto, non preclude l'applicazione, nei vari Stati membri, di un regime di protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari che si collochi al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento stesso.

16. La Corte rammenta, a tale proposito, come l'ambito di applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92 sia espressamente circoscritto alle denominazioni che riguardano prodotti rispetto ai quali sussiste un nesso particolare tra le loro caratteristiche e la zona geografica dalle quale tali prodotti provengono²¹. DOP e IGP, invero, attestano uno specifico *standard* qualitativo dei prodotti da esse contrassegnate, che trova la propria giustificazione in fattori ambientali (suolo, clima) o umani (tradizioni di lavorazione) caratteristici di una certa area geografica²². Dall'ambito di applicazione del regolamento di base, devono pertanto ritenersi escluse, afferma la Corte, le indicazioni che si limitano a mettere in evidenza l'origine geografica del prodotto, indipendentemente dalle caratteristiche particolari di quest'ultimo.

17. Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia non aggiunge nulla a quanto già affermato, in precedenti sentenze, circa la possibilità di tutelare a livello nazionale delle indicazioni geografiche semplici. Secondo l'orientamento costante della Corte, infatti, queste ultime possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e perciò costituire per i produttori stabiliti nel territorio cui esse di riferiscono un mezzo essenziale per costituirsi una clientela: la Corte è giunta pertanto ad affermare che la tutela ad esse eventualmente apprestata dalle legislazioni nazionali, pur costituendo un ostacolo agli scambi intracomunitari, può esser ricondotta all'art. 30 Tratt. CE, oggi art. 36 TFUE, quale eccezione al divieto di restrizioni quantitative tra gli Stati membri, motivata da esigenze di relativa alla tutela della lealtà commerciale e della proprietà industriale²³.

18. Ciò posto, la Corte di Giustizia di Giustizia passa ad esaminare quale sia il regime applicabile alle indicazioni geografiche che, pur rientrando astrattamente nel campo di applicazione del regolamento (C.E.E.) n. 2081/92, in quanto espressive di un legame tra la qualità del prodotto e la zona geografica di origine, non siano state, però, iscritte nel registro comunitario. Ed è questo il passaggio più significativo della sentenza in commento, in quanto la Corte ha ammesso, per la prima volta in termini espressi, che anche queste ultime possano essere tutelate a livello nazionale, in applicazione del medesimo regime di tutela previsto per le indicazioni geografiche semplici, rimettendo peraltro al giudice nazionale il compito di verificare se, in concreto, il regime di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 198/1996 possa ritenersi applicabile a questo titolo²⁴.

¹⁹ Corte di Giustizia, *Bud II*, cit., punti 114-115.

²⁰ *Ibidem*, punto 117.

²¹ V. al riguardo il considerando n. 9 e l'art. 2 del regolamento (CEE) n. 2081/92, cui corrispondono attualmente il considerando n. 17 e l'art. 5 del regolamento (UE) n. 1151/2012.

²² V. l'art. 2 del regolamento (CEE) n. 2081/1992 e, oggi, l'art. 5 del regolamento (UE) n. 1151/2012.

²³ V. in particolare la sentenza *Bud I*, cit., punto 99. In tale occasione, la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che nulla vieta che gli Stati membri accordino alle indicazioni geografiche semplici una tutela assoluta, ovvero una tutela che prescindano da qualsiasi rischio di inganno per il consumatore, in quanto venga chiaramente specificata la diversa provenienza dell'alimento, a condizione che esse non siano divenute generiche nel paese d'origine. Sul punto v. anche la più risalente sentenza *Exportur*, cit., punto 37.

²⁴ L'opinione contraria era stata sostenuta dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni presentate il 5 febbraio 2009 nella causa *Bud II*, secondo il quale "un'indicazione che ricada nell'ambito del regolamento comunitario e che non sia stata notificata alla Commissione non può essere tutelata da uno o più Stati membri in modo autonomo e rimane priva di tutela" (punto 129).

19. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato che affinché le indicazioni geografiche qualificate che non siano state oggetto di registrazione possano essere protette a livello nazionale occorre che siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, il regime di tutela ad esse apprestato a livello nazionale non deve compromettere gli obiettivi del regolamento (CEE) n. 2081/92, oggi regolamento (UE) n. 1151/2012. A questo proposito, la Corte ha cura di precisare che la normativa rilevante non deve avere l'effetto di garantire ai consumatori che i prodotti che beneficiano di tale protezione presentino una qualità o una caratteristica determinata, bensì esclusivamente quello di garantire che tali prodotti provengono effettivamente dall'area geografica di cui si tratta.

20. Il secondo requisito cui la Corte subordina la legittimità del regime previsto a livello nazionale a tutela delle indicazioni suddette è che esso non si ponga in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci. Al riguardo, la Corte ha ritenuto che un regime nazionale come quello previsto dall'art. 31 del d.lgs. n. 198/1996, pur essendo indistintamente applicabile sia ai prodotti nazionali sia a quelli importati nel territorio italiano, è idoneo a favorire la commercializzazione dei prodotti di origine nazionale a discapito dei prodotti importati, con ciò integrando una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alla libera circolazione delle merci *ex art. 28 Tratt. C.E., attuale art. 34 TFUE.*

21. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che una restrizione simile può essere giustificata da esigenze imperative di interesse generale, attinenti in particolare alla tutela della leale concorrenza tra le imprese ovvero alla tutela dei consumatori, richiamando in proposito le condizioni che, secondo il consolidato orientamento della stessa Corte, rendono legittimo il ricorso alla clausola dell'interesse generale. In particolare, la misura in discussione deve applicarsi in modo non discriminatorio; deve essere necessaria, ossia essa deve essere idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito ed infine, in applicazione del principio di proporzionalità, essa non deve eccedere quanto necessario per il raggiungimento dello stesso²⁵. Questo punto, merita particolare attenzione: si è visto, infatti, come, secondo il costante orientamento della Corte di Giustizia, la tutela delle indicazioni geografiche semplici possa essere ricondotta all'art. 30 del Tratt. CE, oggi art. 36 TFUE, ed in particolare alla specifica eccezione costituita da motivi attinenti alla tutela della proprietà industriale. Il ricorso alla clausola di interesse generale, invece, era stato ipotizzato relativamente ad una diversa ipotesi, concernente quelle denominazioni che non designano, né direttamente, né indirettamente, alcuna zona geografica particolare²⁶. A tale stregua, la Corte di Giustizia sembra affermare, in sostanza, che il carattere esclusivo del sistema di protezione comunitario comporta un divieto di tutelare come diritti di proprietà industriale le indicazioni geografiche che, pur essendo astrattamente riconducibili all'ambito di applicazione del regolamento di base, non siano state registrate in sede europea²⁷.

22. Come sopra anticipato, all'epoca dei fatti controversi, l'indicazione "Salame di Felino" non era stata oggetto di registrazione a livello comunitario né come DOP né come IGP, per cui la Corte ha senz'altro escluso che ad essa possa essere riconosciuta la tutela prevista dal regolamento (CEE) n. 2081/92, lasciando alla Corte di Cassazione, il compito di verificare se, nel caso di specie, possa trovare applicazione, invece, la disciplina di cui all'art. 31 d.lgs. n. 198/1996.

23. Alla luce della risposta fornita alla seconda questione, la Corte ha, infine, ritenuto superfluo pronunciarsi sulla prima questione sottoposta dalla Corte di Cassazione, concernente la possibilità che un'associazione di produttori vanti, sul territorio dell'Unione europea, un diritto di utilizzo esclusivo su un'indicazione non registrata.

²⁵ V. *ex multis* Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, p. I-4165 ss.

²⁶ V. in particolare la sentenza *Bud I*, cit., punti 107-109. V. anche Corte di Giustizia, 7 maggio 1997, causa C-321/94, *Pistre*, in *Racc.*, 1997, p. I-2343 ss., punto 53.

²⁷ Parte della dottrina aveva ipotizzato che tale conclusione potesse desumersi già dalla sentenza *Bud II*: v. in particolare G. E. SIRONI, "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", cit., p. 542.

24. Nei paragrafi che seguono saranno portate alcune argomentazioni a favore della compatibilità dell'art. 31 del d.lgs. n. 198/1996 con il sistema comunitario, dopo aver esaminato in modo più approfondito l'orientamento della Corte che ha affermato la natura esauriente del sistema europeo di tutela delle DOP e delle IGP.

IV. Alcune riflessioni sul carattere esauriente del sistema europeo di tutela delle DOP e delle IGP

25. Un primo punto che merita di essere precisato è che il carattere esauriente del sistema comunitario delle DOP e delle IGP, affermato dalla Corte di Giustizia in termini espressi nella sentenza *Bud II* e ribadito nella sentenza in commento, concerne soltanto il contenuto della tutela che a tali particolari segni distintivi deve essere riconosciuta una volta che essi siano stati iscritti nell'apposito registro comunitario, e non, invece, il profilo rimediale e sanzionatorio.

26. La tutela stabilita dall'art. 10 del regolamento (CEE) n. 2081/1992, ed oggi dall'art. 13 del regolamento (UE) n. 1151/2012, è, come noto, assai ampia: sono vietate, infatti, non soltanto le condotte idonee a trarre in inganno ai danni del pubblico dei consumatori, ma, altresì, quelle pratiche commerciali che, attraverso l'impiego di locuzioni quale "tipo", "modello", *et similia*, e dunque prescindendo da un rischio di inganno, sono in grado di assicurare a chi le pone in essere un indebito vantaggio competitivo che consiste nello sfruttare la reputazione di prodotti altrui²⁸. Tale protezione è completata dalla disposizione secondo la quale le indicazioni, una volta registrate, non possono divenire generiche²⁹. La protezione, inoltre, come ripetuto più volte, ha carattere sovranazionale e si estende all'intero il territorio comunitario.

27. Per contro, i rimedi esperibili e le sanzioni che in concreto devono essere comminate nei casi di violazione non sono fissate dal regolamento di base ed è rimesso agli Stati membri il compito di individuarle, salvo lo *standard* minimo delineato dalla direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale³⁰. Questa lacuna sul piano dell'*enforcement* si rinviene anche nel regolamento (UE) n. 1151/2012, attualmente in vigore, il quale, peraltro, compie un significativo passo in avanti rispetto alla disciplina previgente: all'art. 13, par. 3, di tale regolamento viene, infatti, specificato in capo a tutti gli Stati membri – e dunque non soltanto in capo allo Stato membro nel quale si trova la zona geografica individuata nel disciplinare di produzione, come invece aveva ritenuto la Corte di Giustizia nella sentenza *Parmesan* del 2008³¹ – di perseguire anche con misure preventive e repressive attivabili *ex officio* le violazioni dello stesso art. 13, par. 1³².

²⁸ Come evidenziato a più riprese dalla Corte di Giustizia, il disciplinare di produzione svolge una funzione essenziale nel determinare l'ampiezza della tutela uniforme prevista dal regolamento: esso, infatti, può prevedere anche particolari modalità di condizionamento del prodotto, imponendone lo svolgimento nella zona individuata nello stesso, ove ciò sia giustificato dall'esigenza di preservare le qualità del prodotto medesimo. V. in particolare le sentenze 20 maggio 2003, causa C-469/00, *Grana Padano*, in *Racc.*, 2003, p. I-5053, punto 75 e, in pari data, C-108/01, *Prosciutto di Parma*, *ivi*, p. I-5121, punto 42. Per un'analisi dei contenuti della protezione comunitaria v. in particolare M. CIAN, "Le indicazioni di qualità dei cibi nella UE: il contenuto della tutela", in *Rivista di diritto agrario*, 2009/2, p. 254 ss.

²⁹ Art. 13, par. 2, regolamento (UE) n. 1151/2012.

³⁰ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, in *GUUE*, L 157 del 30 aprile 2004, p. 45 ss., rettificata e ripubblicata in *GUUE*, L 195 del 2 giugno 2004, p. 16 ss., recepita in Italia con il d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in *GURI* n. 82 del 7 aprile 2006.

³¹ Corte di Giustizia C.E., 28 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2008, p. I-957. Sotto tale profilo, la sentenza aveva suscitato numerose reazioni critiche in dottrina: v. in particolare i commenti di F. ALBISINNI, "Prodotti alimentari e tutela transfrontaliera", in *Rivista di diritto alimentare*, 2009, p. 15 ss.; F. CAPELLI, "La sentenza Parmesan della Corte di Giustizia: una decisione sbagliata", in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2008, p. 329 ss.; A. GERMANÒ, "Gli Stati membri hanno l'obbligo di difendere d'ufficio le denominazioni geografiche protette?", in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2008, p. 478 ss.; L. GONZÁLES VAQUÉ, J. M. CORTÉS MARTÍN, "TJCE - Sentencia del 28.2.2008, Comisión/Alemania, 'Parmesan', C-132/05 - Alcance de la protección de una denominación de origen registrada frente a su utilización abusiva", in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 545 ss.; S. VENTURA, "Il caso Parmesan visto dalla Corte di Giustizia. Una sentenza deludente. A proposito della DOP 'Parmigiano Reggiano' e del suo sinonimo 'Parmesan'", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 323 ss.

³² Per un primo commento v. G. CASTELLI, "La protezione *ex officio* delle DOP e IGP dei prodotti agricoli ed alimentari", in

28. Ora, per comprendere il significato della ricostruzione del sistema comunitario di tutela delle DOP e delle IGP come sistema esauriente, che si applica ad esclusione delle normative nazionali esistenti in materia, operata dalla Corte di Giustizia, occorre soffermarsi sulle particolari finalità ad esso sottese.

29. Il regolamento (CEE) n. 2081/1992 ha istituito, come già rilevato, un sistema accentrato a livello comunitario delle indicazioni geografiche dei prodotti agro-alimentari di qualità, oggi ripreso dal regolamento (UE) n. 1151/2012, che consente la tutelabilità di tali diritti su scala comunitaria, superando il modello tradizionale di tutela internazionale basato sul principio di territorialità statale. Occorre notare in particolare che la registrazione di una DOP o di una IGP può essere oggetto di contestazione soltanto davanti ai giudici comunitari, attraverso un ricorso di annullamento *ex art. 263 TFUE* ovvero attraverso un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e la cancellazione della registrazione è ristretta a casi del tutto eccezionali, in particolare quando non sia più garantito il rispetto delle condizioni stabilite dal disciplinare³³.

30. Ciò che in questa sede deve essere sottolineato è che, nell'ottica del legislatore europeo, le indicazioni geografiche sono concepite come uno strumento di realizzazione di politiche pubblicistiche, intese a favorire la diversificazione della produzione agricola, al fine di ottenere un maggior equilibrio tra l'offerta e la domanda sul mercato, nonché a garantire agli agricoltori un reddito adeguato e a sostenere le popolazioni rurali nelle zone agricole svantaggiate o periferiche. Viene, inoltre, in considerazione l'esigenza di garantire ai consumatori, sempre più attenti alla qualità, un'informazione chiara sull'origine del prodotto, in modo da potersi orientare in modo più consapevole nella scelta³⁴.

31. Alla luce delle finalità anzidette, la ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia in termini di esclusività del regime di tutela comunitario rispetto a quelli nazionali acquisisce una solida giustificazione giuridica. E' evidente, infatti, che il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati rischierebbe di essere compromesso laddove la tutela non fosse accentrata a livello comunitario³⁵.

32. Tale orientamento, tuttavia, è stato oggetto di ampie critiche in dottrina. Tra gli argomenti talvolta invocati nel senso di escludere l'esclusività del sistema comunitario v'è quello secondo il quale la competenza dell'Unione europea in materia di proprietà industriale appartiene al novero delle competenze concorrenti, di modo che gli Stati conserverebbero la facoltà di proteggere, chiaramente entro i limiti dei propri confini nazionali, le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche del proprio territorio³⁶. Tale argomento, peraltro, può essere agevolmente superato rilevando come, di fatto, tale competenza sia stata assorbita dall'Unione attraverso l'emanazione del regolamento (CEE) n. 2081/1992³⁷.

33. Si rileva, inoltre, come la ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia giunga, di fatto, a configurare un obbligo di registrazione per le indicazioni geografiche qualificate, ciò che solleva alcuni

Rivista di diritto agrario, 2013/1, p. 191 ss. V. anche le osservazioni svolte da V. RUBINO, "La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari...", cit., p. 8 ss., che trae da tale innesto un'ulteriore conferma della spiccata dimensione pubblicistica che contrassegna tali particolari segni distintivi.

³³ V. al riguardo l'art. 54 del regolamento (UE) n. 1151/2012.

³⁴ V. in particolare il considerando n. 4 e il considerando n. 18 del regolamento (UE) n. 1151/2012.

³⁵ Così espressamente la più volte citata sentenza *Bud II*, punti 111 e 112. Da questo punto di vista, anche il grado di notorietà nei diversi mercati nazionali di una denominazione non sembra far venir meno l'esigenza della registrazione a livello comunitario. V. in senso contrario F. CAPELLI, "Il Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità...", cit., p. 57, che mette in guardia sulle possibili conseguenze negative derivanti da un'inflazionata iscrizione nel registro comunitario di denominazioni che hanno una diffusione limitata entro aree ristrette, rilevando come ciò provocherebbe una riduzione progressiva del livello di gradimento e di apprezzamento dei prodotti contrassegnati da DOP e IGP presso il pubblico dei consumatori. Rispetto a tali denominazioni, l'A. sottolinea l'esigenza di mantenere la tutela a livello nazionale, sottolineando come laddove esse dovessero acquisire una consistente diffusione sul mercato internazionale, potrebbero essere registrate in sede europea in un momento successivo.

³⁶ Così F. CAPELLI, "La Corte di Giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva...", cit., pp. 401 ss.

³⁷ V. sul punto G. COSCIA, "Considerazioni sulla portata esauriente del regolamento n. 510/2006", in P. BORGHI, L. COSTATO, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale. Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011*, Napoli, Jovene, p. 439 ss.

dubbi di compatibilità con lo stesso Accordo TRIPs, che, come noto, non presuppone alcuna registrazione ai fini della tutela³⁸.

34. Più persuasivo appare certamente il rilievo secondo il quale, ove il carattere esauriente del sistema di tutela europeo fosse interpretato in termini restrittivi, si giungerebbe ad una situazione paradossale e discriminatoria in cui a livello nazionale potrebbero formare oggetto di tutela soltanto le indicazioni geografiche semplici, mentre risulterebbero sfinite di qualsiasi protezione quelle indicazioni astrattamente riconducibili all'ambito di applicazione del regolamento che, tuttavia, non siano state oggetto di registrazione a livello europeo³⁹.

35. Ora, però, con la pronuncia in oggetto, la Corte di Giustizia ha definitivamente fugato ogni dubbio in tal senso, ammettendo in termini espressi la possibilità che le indicazioni geografiche qualificate che non siano state registrate a livello europeo, e che dunque si trovino, per così dire, a metà strada tra le indicazioni geografiche semplici e le DOP e le IGP, costituiscano oggetto di protezione nei singoli Stati membri. Se ne trae la conclusione che il carattere esauriente del sistema comunitario non significa che le indicazioni suddette rimangano prive di tutela, ma comporta il divieto per gli Stati membri di mantenere o introdurre *ex novo* forme di attestazione pubblica della qualità dei prodotti agroalimentari, legata all'ambiente geografico di origine, che concorrano con le DOP e le IGP. Tale conclusione poteva ragionevolmente ritenersi implicita già nelle precedenti pronunce della Corte e nella stessa sentenza *Bud II*⁴⁰, ma è senz'altro positivo che la Corte abbia avuto modo di pronunciarsi espressamente su questo punto, precisando altresì le condizioni alle quali la tutela delle indicazioni di cui si tratta può essere accordata a livello nazionale.

V. Tutela delle indicazioni geografiche non registrate e disciplina della concorrenza sleale

36. Qualche parola deve essere spesa, infine, a proposito della normativa italiana della cui applicazione si discute nel procedimento principale. Come già ricordato, attraverso il d.lgs. n. 198/1996 era stata data attuazione in Italia agli obblighi derivanti in materia di proprietà industriale dall'Accordo TRIPs. L'art. 31, invero, non faceva altro che ribadire la tutela minimale prevista dall'art. 22 dell'accordo suddetto in tema di prodotti agro-alimentari, sanzionando le condotte suscettibili di trarre in inganno i consumatori⁴¹. Appare pertanto evidente che l'ambito di applicazione dell'art. 31 del d.lgs. n. 198/1996 è limitato alle denominazioni le quali presuppongono un nesso tra luogo di origine e qualità, e dunque le denominazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/1992⁴².

³⁸ V. sul punto D. SARTI, "Segni distintivi e denominazioni d'origine", cit., p. 165, che afferma che il sistema di protezione sovranazionale delle DOP e delle IGP non esclude la possibilità per gli Stati membri di tutelare nel proprio territorio le indicazioni geografiche qualificate, osservando come ciò sia imposto dall'art. 22 dell'Accordo TRIPs. V. anche le riflessioni svolte sul punto v. P. AUTERI, "Indicazioni geografiche, disciplina delle pratiche commerciali scorrette e concorrenza sleale", in AA. VV. *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, Milano, 2010, p. 23 ss. pp. 51-53.

³⁹ Per una valutazione critica sotto questo profilo dell'orientamento della Corte di Giustizia v. in particolare G. COSCIA, "Considerazioni sulla portata esauriente del regolamento n. 510/2006", cit., p. 439 ss., p. 440.

⁴⁰ V. in particolare V. RUBINO, "Le denominazioni locali e la circolazione dei corrispondenti prodotti nel territorio dell'Unione europea", in P. BORGHI/L. COSTATO/L. RUSSO/S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona*, cit., p. 337 ss., pp. 344-346, che osservava, in relazione alla sentenza *Bud II*, come fosse possibile "tentare di ricostruire una coerenza complessiva della pronuncia ritenendo che la Corte non intenda, in realtà, negare agli Stati il potere di esercitare azioni di contrasto all'illecito anticoncorrenziale mediante approvazione di norme di protezione di questi toponimi dalle imitazioni." V. in senso analogo G. COSCIA, "Considerazioni sulla portata esauriente del regolamento n. 510/2006", cit., pp. 444-445.

⁴¹ Si riporta di seguito il testo dei primi due commi dell'art. 31: "1. Per indicazione geografica si intende quella che identifica un paese, una regione o una località, quando sia adottata per designare un prodotto che ne è originario e le cui qualità, reputazione o caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico d'origine, comprensivo dei fattori naturali, umani e di tradizione. 2. Fermo il disposto dell'art. 2598, n. 2, del codice civile e le disposizioni speciali in materia, e salvi i diritti di marchio anteriormente acquisiti in buona fede, costituisce atto di concorrenza sleale, quando sia idoneo ad ingannare il pubblico, l'uso di indicazioni geografiche, nonché l'uso di qualsiasi mezzo nella designazione o presentazione di un prodotto che indichino o suggeriscano che il prodotto stesso proviene da una località diversa dal vero luogo d'origine, oppure che il prodotto presenta le qualità che sono proprie dei prodotti che provengono da una località designata da un'indicazione geografica."

⁴² V. in tal senso M. LIBERTINI, "Art. 31", in *Commentario al decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198*, a cura di P. AUTERI,

37. Quanto precede potrebbe portare a ritenere, *prima facie*, incompatibile la tutela apprestata dalla normativa suddetta con quella prevista a livello comunitario: la Corte ha, infatti, escluso in termini espressi che possano esservi margini residui per una tutela a livello nazionale delle indicazioni geografiche qualificate. Come detto, tuttavia, quest'affermazione va precisata nel senso che non può esservi tutela a livello nazionale che si sovrapponga a quella comunitaria, istituendo o mantenendo in vigore forme di riconoscimento e certificazione pubblica della qualità degli alimenti legata all'origine. Al riguardo, va rilevato che la tutela apprestata dall'art. 31 del d.lgs n. 198/1996 non presuppone, invece, alcuna registrazione⁴³: quest'ultima circostanza, secondo taluni autori, varrebbe ad escludere qualsiasi incompatibilità tra il sistema europeo e quello nazionale⁴⁴.

38. Inoltre, come messo in luce da un autorevole orientamento dottrinale a proposito degli artt. 29 e 30 del Codice della proprietà industriale, che hanno sostituito, senza modificazioni sostanziali, il previgente art. 31 del d.lgs. n. 198/1996, ai fini della tutela è sufficiente che l'origine geografica goda di una "reputazione", ciò che conduce a ritenere che la norma tuteli la capacità distintiva ed evocativa del segno, più che il rapporto tra luogo e qualità del prodotto⁴⁵.

39. Si è visto, però, come l'orientamento della Corte di Giustizia possa essere interpretato come un divieto di tutelare come diritti di proprietà industriale le indicazioni geografiche degli alimenti di qualità che non siano state oggetto di registrazione. Al riguardo, occorre notare che lo stesso art. 31 del d.lgs. n. 198/1996, in apertura, fa salva espressamente la disciplina sulla concorrenza sleale stabilita dall'art. 2598, n. 2, cod. civ.⁴⁶. In effetti, non pare in alcun modo revocarsi in dubbio la possibilità di applicare quest'ultimo *corpus* normativo a tutela le indicazioni geografiche qualificate con riferimento alle quali non sia stata espletata la procedura di registrazione europea⁴⁷.

40. Viene in considerazione, in particolare, la fattispecie dell'appropriazione di pregi altrui, sanzionata al comma secondo di tale disposizione, secondo cui costituiscono un atto di concorrenza sleale le condotte commerciali che, istituendo un collegamento con i prodotti originari da una determinata zona geografica, sfruttano il valore dell'evocazione, con ciò assicurando a chi le ponga in essere un indebito vantaggio competitivo (c.d. agganciamento parassitario o *free riding*).

41. Se tale previsione normativa non configura un diritto assoluto, come una privativa industriale, attivabile *erga omnes*, esso, però, è certamente attivabile nei confronti dei concorrenti⁴⁸. L'interesse protetto dalla disciplina sulla concorrenza sleale è, infatti, quello di conservare leali condizioni di concorrenza nelle relazioni commerciali: si intende tutelare, in particolare, non soltanto l'interesse dei produttori residenti nella zona geografica di cui si tratta, ma altresì quello delle imprese, che pur non risiedendo nella zona geografica da cui proviene il prodotto, hanno comunque interesse a che altre

in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 161 ss.

⁴³ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 350.

⁴⁴ G. ANGELICCHIO, "Indicazioni geografiche e denominazioni di origine", in M. SCUFFI/M. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano. Diritto sostanziale*, t. I, Padova, Cedam, 2014, p. 345 ss., pp. 374-375.

⁴⁵ *Ibidem.* V. sul punto anche i rilievi di C. GALLI, "Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari", in *Rivista di Diritto Industriale*, 2004, I, p. 60 ss., pp. 67-68. D'altra parte, in ragione del carattere attenuato del legame tra prodotto e territorio che caratterizza le IGP, sono stati evidenziati in dottrina alcuni profili di sovrapposizione tra queste ultime e le indicazioni geografiche semplici: sul punto v. V. RUBINO, "Le denominazioni locali...", cit., p. 345.

⁴⁶ Attualmente, invece, l'art. 30 del Codice della proprietà industriale fa salva la disciplina sulla concorrenza sleale nel suo complesso.

⁴⁷ Così G. E. SIRONI, "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", cit., p. 542. V. anche V. RUBINO, "Le denominazioni locali...", cit., p. 346.

⁴⁸ Sul rapporto di concorrenza come presupposto di applicazione della disciplina della concorrenza sleale v. *ex pluribus* Corte di Cassazione, Sez. I Civ., 4 novembre 2005, n. 21392, *Uni – Ente Nazionale di Unificazione c. A.T. s.n.c. e altri e c. Associazione fra produttori per la tutela del "Salame di Felino"*, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 2006, p. 71 ss. Su come, peraltro, la disciplina della concorrenza sleale conferisca agli imprenditori che operano nella zona geografica di cui si tratta "un vero e proprio diritto all'uso esclusivo della denominazione per indicare prodotti realizzati nella zona in conformità ai metodi produttivi tradizionali" v. P. AUTERI, "Indicazioni geografiche, disciplina delle pratiche commerciali scorrette e concorrenza sleale", cit., p. 37.

imprese concorrenti non si avvantaggino sul piano concorrenziale, istituendo un collegamento tra i propri prodotti e quelli provenienti da tale area. Occorre considerare, d'altro canto, come la diffusione sul mercato di prodotti contrassegnati da denominazioni che evocano una certa area geografica senza però essere originari da essa rischierebbero di erodere la valenza evocativa della denominazione e/o la reputazione dei prodotti autentici, precludendo, tra l'altro, l'eventuale formazione futura dei presupposti per la registrazione dell'indicazione a livello europeo come IGP⁴⁹.

42. A tale stregua, le indicazioni geografiche qualificate che non siano state registrate a livello dell'Unione europea, e che siano svincolate altresì da qualsiasi forma di riconoscimento pubblicitario a livello nazionale – ciò che invero deve ritenersi precluso, dal momento in cui è stato istituito il sistema comunitario di tutela delle DOP e delle IGP –, si vedono comunque riconosciuta una protezione adeguata alla loro indubbia rilevanza commerciale⁵⁰. E ciò a dispetto del fatto che esse non possano, in quanto appunto non registrate a livello dell'Unione europea, usufruire della protezione uniforme dettata dal regolamento di base ed essere protette in tutti gli Stati membri. La protezione, infatti, rimarrà circoscritta all'interno dei confini del singolo Stato membro, salva la possibilità di essere estesa al territorio di altri Stati che acconsentano espressamente ad apprestarvi tutela⁵¹.

43. L'esigenza di conservare leali condizioni di concorrenza si salda, poi, con la necessità di garantire la veridicità della relazione tra un prodotto e la specifica area geografica di provenienza o di produzione. E' evidente, infatti, che non possono essere immessi sul mercato prodotti contrassegnati da un toponimo ove essi non possiedano un legame effettivo con la corrispondente zona geografica e che i consumatori devono essere tutelati contro il rischio di essere tratti in inganno, essendo indotti a ritenere che un prodotto sia originario di una determinata zona geografica quando ciò non risponda al vero⁵².

44. Sotto quest'ultimo profilo, attualmente, il quadro della normativa applicabile ai fini della tutela delle indicazioni geografiche qualificate non registrate è completato dall'applicazione della disciplina in tema di pubblicità comparativa e ingannevole nonché da quella sulla pratiche commerciali sleali⁵³. Peraltro, come rilevato in dottrina, sino all'entrata in vigore del d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74⁵⁴,

⁴⁹ Su come la tutela delle indicazioni geografiche semplici possa eventualmente costituire il "primo stadio" di un processo di formazione e di accreditamento di tradizioni produttive destinate, in un secondo momento, ad essere riconosciute a livello dell'Unione v. D. SARTI, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, cit., p. 167.

⁵⁰ Sulla rilevanza del territorio come fattore concorrenziale v. A. GERMANÒ, "La regolazione dell'origine e della provenienza nel mercato globale", in M. GOLDONI, E. SIRSI (a cura di), *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agro-alimentari, Atti del Convegno, Pisa, 1-2 luglio 2011*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 76 ss., p. 80. V. anche N. LUCIFERO, "La comunicazione simbolica nel mercato alimentare. Marchi e segni del territorio", in *Trattato di diritto agrario*, diretto da L. COSTATO/A. GERMANÒ/E. ROOK BASILE, 2011, Milano, Utet giuridica, p. 321 ss., p. 411, che mette in luce come dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia il territorio emerga come "canone di identità e garanzia".

⁵¹ Quest'aspetto è sottolineato in modo particolare da V. RUBINO, "Le denominazioni locali...", cit., p. 350, che rileva come esse rimarranno inevitabilmente esposte alle diverse concezioni nazionali circa la meritevolezza della tutela ed ai conseguenti strumenti giuridici ovvero in talune ipotesi da ritenersi eccezionali all'esistenza di particolari accordi internazionali che possano vincolare taluni Stati membri.

⁵² E' quanto già affermato, del resto, dalla stessa Corte di Giustizia, nella citata sentenza *Severi*, laddove aveva ritenuto che la denominazione di un prodotto alimentare contenente un riferimento geografico, non registrata né come DOP né come IGP, potesse essere legittimamente utilizzata dai produttori che ne avessero fatto uso in buona fede e in modo costante prima dell'entrata in vigore del regolamento (CEE) n. 2081/1992, a condizione che l'etichettatura del prodotto così denominato non fosse suscettibile di indurre in errore il consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente avveduto.

⁵³ V. rispettivamente la direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *GUUE*, L 376, del 27 dicembre 2006, p. 21 ss. e la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, in *GUUE*, L 149, dell'11 giugno 2005, p. 22 ss. Quest'ultima direttiva è stata attuata in Italia con i d. lgs. nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007, in *GURI*, n. 207 del 6 settembre 2007; mentre il d.lgs. n. 146/2007 ha modificato gli artt. 18-27 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo, in *GURI* n. 235 dell'8 ottobre 2005, Suppl. ord. n. 162, il d.lgs. n. 145/2007 ha recepito l'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, che ha modificato la direttiva 2006/114/CEE sulla pubblicità ingannevole. Sull'applicabilità di tali strumenti a tutela delle indicazioni geografiche qualificate che non siano state registrate in sede europea v. G. E. SIRONI, "La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche", cit., p. 542.

⁵⁴ *GURI* n. 36, 13 febbraio 1992, n. 67, Suppl. ord. n. 26.

che ha dato attuazione in Italia alla direttiva n. 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole⁵⁵, la funzione di tutelare il pubblico dei consumatori dall'uso ingannevole delle indicazioni di provenienza è stata svolta, sia pure indirettamente, dalla normativa civilistica in tema di repressione della concorrenza sleale⁵⁶.

VI. Rilievi conclusivi

45. Nei prossimi mesi, sarà certamente interessante vedere come la Corte di Cassazione farà applicazione, nel giudizio *a quo*, dei principi di diritto fissati dalla Corte di Giustizia, in particolare sotto il profilo della compatibilità dell'art. 31 del d.lgs. n. 198/1996, oggi artt. 29 e 30 del Codice della proprietà industriale, rispetto al sistema comunitario di tutela delle DOP e IGP. Al riguardo, sembra lecito ritenere che, anche alla luce del richiamo operato alla disciplina della concorrenza sleale, la citata normativa non si ponga in contrasto con il sistema comunitario, perseguendo (anche) obiettivi e finalità ulteriori. Appare, in ogni caso, molto importante che la Corte di Giustizia abbia definito in termini più chiari il proprio orientamento, riconoscendo espressamente che la natura esauriente del sistema europeo di tutela delle DOP e delle IGP non esclude la possibilità di tutelare a livello nazionale le indicazioni geografiche in grado di esprimere un nesso tra le qualità del prodotto e il luogo geografico di provenienza che non siano state oggetto di registrazione in sede europea, nelle stesse forme accordate alle indicazioni geografiche semplici, ferma restando l'esigenza che tali forme non pregiudichino le finalità perseguite dal sistema di tutela europeo e, al contempo, non si pongano in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci. La possibilità che tali indicazioni trovino tutela negli ordinamenti dei singoli Stati membri appare, infatti, imprescindibile in ragione dell'indubbio valore commerciale che anch'esse rivestono, in un contesto di mercato caratterizzato da una crescente attenzione del consumatore all'origine dei prodotti e alla loro autenticità.

⁵⁵ Successivamente, la direttiva 84/450/CEE è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/114/CE.

⁵⁶ P. AUTERI, "Indicazioni geografiche, disciplina delle pratiche commerciali scorrette e concorrenza sleale", cit., p. 35.

NOTAS SOBRE LA UNIDAD DE MERCADO EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

*Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 04.09.2014 / Aceptado: 16.09.2014

Resumen: La unidad de mercado está reconocida por el art. 139. 1 de la Constitución española. Está en un proceso de cambio por la globalización y la descentralización de la sociedad internacional y nacional. Esta aportación es un análisis de esa noción nueva, que designa un viejo problema, a la luz tanto del Derecho internacional público como del Derecho de la Unión Europea, de su evolución histórica y de las recientes medidas españolas para trasponerla. La unidad de mercado tiene problemas por la crisis económica y por otros fenómenos. La globalización genera un nuevo contexto para esta noción.

Palabras clave: Mercado. Unidad de mercado. Unión Europea.

Abstract: Market unity is recognized by the Spanish constitution (art. 139, 1). This is in a process of change by the globalisation and fragmentation of International and nacional society. This contribution is an analysis of this new notion, designating and old problem. It takes into account the International and european law, the historical evolution and recents spanish measures to transpose it. Market unity has serious problems by the economic crisis and globalisation. Globalisation creates a new context for the market unity.

Key Words: Market. Market unity. European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La noción de unidad de mercado. III. Unidad de mercado e integración europea. IV. Unidad de mercado, globalización y fragmentación. V. Reflexión final.

I. Introducción

1. La constitución española indica en el art. 139, 1 de la Constitución que “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en el territorio del Estado. 2 . Ninguna autoridad puede adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libertad de bienes en el territorio español”. Sobre esta disposición se sustenta la *unidad de mercado* en España que, como consecuencia de nuestra organización territorial, ha sufrido algunos elementos de fragmentación frente a los cuales ha habido dos iniciativas legislativas relevantes.

2. De un lado, el *anteproyecto de nuevo código mercantil* elaborado por la Comisión general de codificación entre 2006 y 2014 es un texto amplio -con más de 1700 artículos-, que tiene por objeto asegurar la *unidad de mercado* y garantizar la seguridad jurídica de los operadores. La unidad de mercado, se indica en la exposición de motivos, exigiría normas jurídico-privadas para todo el territorio nacional. Teniendo en cuenta que el art. 149, 1, 6 de la Constitución española otorga al Estado la competencia exclusiva –a diferencia de lo que sucede con el derecho civil- este anteproyecto supone una adecuación del derecho mercantil a la nueva constitución económica de un país integrado en la Unión Europea, en

el contexto de la globalización. Después de 125 años de vigencia del código de comercio este esfuerzo codificador tenía el sentido de adaptar la derecho mercantil a las nuevas circunstancias, según se indica en el mismo.

3. De otro lado la ley 20/2013, de 9 de diciembre de unidad de mercado¹ considera que constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española. Esta ley se hace para evitar la fragmentación en el mercado español, que se traduciría en un elevado coste empresarial, dificultaría la competencia efectiva e impediría aprovechar las economías de escala. España ha traspuesto la conocida directiva de servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (denominada Ley paraguas) y por la ley 25/2009 de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley ómnibus).

4. La nueva norma nacional de unidad de mercado pretende garantizarla evitando o minimizando las distorsiones que se deriven de la organización administrativa territorial. Se persigue no solo aplicar el derecho de la UE sino ir más allá mediante un régimen más favorable; asimismo dotar de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen, basadas en un criterio de confianza mutua y aplicar principios como el de eficacia, que implica el reconocimiento implícito de actuaciones de las autoridades competentes de otras Administraciones públicas, desde un modelo de cooperación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Además de aprovechar las estructuras de cooperación existentes se crea un Consejo para la unidad de Mercado.

5. Esta ley ha suscitado dudas de constitucionalidad y estatutoriedad², en la medida en que el art. 139.2 pueda dejar espacio constitucional para una ley de esta naturaleza y que vacía parcialmente de contenido algunas competencias autonómicas. Para el Gobierno de Cataluña los art.2, 3, 4, 5, 6 y 9 (que contienen principios de garantía de la libertad de establecimiento y circulación) someten el ejercicio de las competencias autonómicas a un régimen de aplicación uniforme que impide la aplicación diversa por las comunidades, lo que vulneraría muchas competencias de la Generalitat y el principio de territorialidad de las competencias. También, entre otras cosas, se cuestiona la regulación del principio de eficacia en todo el territorio estatal. El *Consell de garanties estatutaries* de Catalunya considera que diversos preceptos de la norma vulnera las potestades reglamentarias del gobierno de la Generalitat y sus competencias en relación con las actividades económicas y de comercio.

II. La noción de unidad de mercado

6. La noción de unidad de mercado no aparece de manera directa ni en el Derecho internacional, ni en el derecho de la Unión Europea ni en el Derecho constitucional, como tampoco en estudios sobre organización económica internacional³. Se trata, por lo tanto, de una noción escasamente utilizada que, sin embargo, ha eclosionado recientemente para designar viejos problemas, como son los relativos a las trabas u obstáculos a la libre circulación de los elementos dentro de un mercado (personas, capitales, servicios, mercancías). En todos los ordenamientos aparecen conceptos y nociones jurídicas similares cuyo objeto es eliminar las trabas tarifarias o de otra naturaleza.

¹ Vid. en BOE núm 295, de 10 de diciembre de 2013.

² Vid. al respecto el *Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado*. Consell de Garanties estatutaries de Catalunya.

³ Así, por ejemplo no se hace referencia a esta noción en A. CALVO HORNERO, *Organización económica internacional*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 2010, 322 pp. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International economic law*, Kluwer Law, 1999, 293 pp. A. LOWENFELD, *International economic Law*, Oxford, 2 ed., 2008, 951 pp. L. HINOJOSA MARTINEZ, J. ROLDAN BARBERO, (Coords), *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, 2010; D. LIÑAN, A. MANGAS MARTIN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, 2006.

7. Así, en la Constitución española de 1812 se introducía la noción de unidad de mercado al indicar que “no habrá aduanas sino en los puertos de mar y fronteras”. Con el nacimiento del Estado contemporáneo se profundiza en la definitiva eliminación de las viejas barreras, muchas de origen medieval, que eran contrarias a la unidad de mercado y que todavía en muchos casos pervivían. En la Edad media no había unidad de mercado, sino multitud de fronteras interiores pues, como dijera Naef, la soberanía estaba repartida en casillas. En el tránsito de la Edad media al Estado moderno tendría un papel relevante el mercado, el desarrollo del capitalismo y de una nueva burguesía. El Estado moderno se va desarrollando de la mano del capitalismo, y con el constitucionalismo y el Estado nación del siglo XIX se consagra el Estado como unidad de mercado. El Estado como espacio sin fronteras interiores ni barreras arancelarias o de otra naturaleza. La creación del Estado constitucional completa el proceso de unidad de mercado en cada Estado, con exclusión de los demás. Esta relación entre la *entidades políticas y el mercado ya se había dado anteriormente en los Imperios, como se daría posteriormente en la Unión Europea*.

8. En los Imperios una cierta unidad económica y de mercado era lo que podía mantener unidos a territorios y poblaciones diversas. Burbank y Cooper⁴ señalan que en el Imperio romano no era la persona del emperador la que mantenía unida al imperio ni determinaba su porvenir, sino la existencia de una economía a gran escala, diferenciada y productiva, y de unas amplias redes de relaciones materiales y personales, así como el éxito de su calado ideológico, lo que provocaba la lealtad de sus súbditos.

9. En los Imperios premodernos las formas de riqueza principales podían tener por fuente el ejército, las prebendas o la tierra. Será a partir del auge de los imperios marítimos del siglo XV cuando se empieza a conectar, con muchas limitaciones imperio y mercado, cuando la expansión se va haciendo cada vez más por motivos comerciales⁵. Muchos autores ven los inicios de la globalización en la esclavitud que conectaba a tres continentes (Europa, América, África). El comercio y el mercado constituyen desde entonces elementos esenciales de la expansión imperial, tanto de los imperios ibéricos como holandeses, inglés, de las repúblicas italianas etc.. Aunque los procesos no fuesen puramente comerciales se pretenderá el control imperial del mercado mundial, como evidencia el monopolio español en el tráfico con América hasta fines del XVIII.

III. Unidad de mercado e integración europea

10. El consenso que se produjo inicialmente sobre la construcción europea tiene su base en la unidad de mercado. Desde esa unidad de mercado interior se ha intentado, posteriormente, abordar los retos políticos, la ampliación, la acción exterior etc.. Mattera⁶ en su célebre obra *El mercado único europeo* no se refiere sin embargo a la unidad de mercado, como tampoco lo hacen los tratados.

11. El modelo europeo ha descansado desde un inicio en la creación de un *mercado único*. Por ello se hace referencia a las nociones más clásicas de *mercado común*, *mercado interior*, *mercado único europeo*, *unión aduanera*. Se ha definido el mercado común como un “espacio económico común a los Estados que componen la Comunidad, en el marco del cual los ciudadanos y los agentes económicos (ya se trate de personas físicas o jurídicas) deben poder actuar libremente, gozando de los derechos que les reconocen las reglas previstas por el propio Tratado, o establecidas al amparo de las disposiciones de éste, relativas a las cuatro libertades fundamentales de la Comunidad: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”.

⁴ J. BURBANK, F. COOPER, *Imperios. Una nueva visión de la historia universal*, Ed. Crítica Barcelona, 2011, 699 pp, p. 57.

⁵ Sobre esta conexión A. COLAS, *Imperio*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, 280 pp, en especial pp. 9 ss.

⁶ A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, 1990, 781 pp, en especial pp. 41 ss.

12. La noción inicial de *Unión Aduanera* encontraba sus precedentes, entre otros, en el *Zollverein* alemán, que conduciría a la unión política de Alemania. Hasta 1950, indica N. Stoffel⁷, las uniones económicas de Estados y las uniones aduaneras no habían preocupado a los economistas e imperaba la idea de que una unión aduanera tendía siempre a favorecer el libre comercio. Posteriormente diferentes estudios sobre la integración pusieron de relieve la conexión entre la perspectiva política y económica de la integración y que, en todo caso, las definiciones puras de unión aduanera no existían en la práctica. Como indica este autora la unión aduanera se revela en general como una noción más amplia que una simple unión arancelaria incluyéndose la supresión de barreras no arancelarias, en un proceso dinámico que tiende hacia la unión económica⁸.

13. Las uniones aduaneras son una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. En todo caso el art. 9 TCE⁹ contiene una concepción estrecha de unión aduanera, que no encajaba perfectamente con el art. XXIV.8 del GATT al no referirse a la prohibición de restricciones cuantitativas y de medidas de efecto equivalente; si bien de otras disposiciones en particular de la política comercial común deriva una noción más amplia que abarca, además, con respecto de terceros la unificación del arancel común y la uniformización de las restricciones cuantitativas.

14. Tal vez uno de los factores de crisis de la Unión europea haya derivado de que la crisis económica ha puesto de relieve como *la unidad de mercado no es por sí sola suficiente basamento del edificio*. La Unión Europea se basó inicialmente en los valores de la paz (el recuerdo de las Dos guerras mundiales y la transformación de la dinámica bélica por la integración), de los derechos humanos –para países como España las Comunidades Europeas no solo eran una integración económica sino un referente de libertad, derechos humanos y democracia, lo mismos que para los países del este- y de prosperidad –la Unión europea proveía estado social, riqueza y prosperidad.

15. La crisis económica ha puesto de relieve que el mercado europeo no es por sí solo generador, entre otras cosas de un Estado social o, al menos, de la sostenibilidad del modelo social europeo, pues descansa en los pilares sociales estatales. Por ello la noción de Europa social ha entrado en crisis pues su base era más estatal que europea. La crisis ha afectado especialmente a la eurozona y puso de relieve la necesidad de reformar la gobernanza internacional y europea¹⁰.

16. En la UE manifestó la inexistencia de una zona monetaria óptima y las deficiencias del diseño de la Unión Económica, para lo cual se han ido adoptado algunas medidas. Los análisis desde el Derecho internacional de las *uniones monetarias* son incipientes, y no existe una teoría general sobre las mismas, a pesar de que ha habido varias generaciones de uniones monetarias desde que en 1837 se crease la Unión monetaria de los Estados de Alemania meridional, seguida de la Unión monetaria de Estados de Alemania septentrional (1838), la Unión monetaria general alemana (1838), la Unión monetaria austro-alemana (1857), la Unión monetaria latina (1865), la Unión monetaria austro-húngara (1867), la Unión monetaria escandinava (1873), la convención entre Bélgica y Luxemburgo de 25 de julio de 1921 (y de 23 de mayo de 1935, para cuestiones monetarias, complementada en 1963 y 1981); junto a estas destacan las uniones monetarias modernas creadas en contexto coloniales¹¹. En la Unión

⁷ Vid. sobre esta N. STOFFEL VALLOTTON, “Algunas consideraciones sobre la noción de Unión aduanera en el Tratado de la Comunidad Europea”, *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Marcial Pons, 2008, pp. 925 ss; también KAUFFMANN, “Les unions internationales de nature économique”, *RCADI*, 1921-II, pp. 291-462

⁸ En este sentido N. STOFFEL VALLOTTON, “Algunas consideraciones...”, p. 954.

⁹ Indica: “La Comunidad se basará en una unión aduanera que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualquier exacción de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel común en sus relaciones con terceros países”.

¹⁰ Vid. sobre esto: C. FERNÁNDEZ LIESA, ABAD CASTELOS (Dir.), J. TUÑÓN, (Coord), VVAA, *La reforma de las Instituciones económicas internacionales (tomo II), Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera internacional: el papel de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2014.

¹¹ Vid. M.L. DIATTA, *Les Unions monétaires en Droit international*, Puf, 2007, 377 pp.

Europea la respuesta a la crisis se ha visto en cuatro frentes de actuación, como han sido la creación de mecanismos de emergencia, las medidas de gobernanza económica y fiscal, las medidas hacia una unión bancaria y, por último, una estrategia de crecimiento. Esto ha puesto de relieve como la construcción del edificio europeo tenía más fallos de los que, al menos los neófitos, se pensaba en cuanto a su diseño, y que además, de cara al futuro, exige un replanteamiento para abordar nuevas dimensiones necesarias para que se mantenga el consenso político y social.

17. El art 3 del Tratado de Unión Europea¹² señala que el mercado interior constituye un objetivo de la UE. Además, el art. 26 del TFUE considera el mercado interior como un Espacio sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, socios y capitales. Hasta llegar aquí hubo diversas fases de evolución desde 1957.

18. En una primera fase de la entonces denominada Comunidad Económica Europea se puso en marcha la Unión aduanera, y se empezaron a eliminar las barreras a los intercambios, a limitar la intervención del Estado en la economía (monopolios; ayudas públicas) y a establecer las reglas del derecho de la competencia. En los años setenta la existencia de prácticas proteccionistas de los Estados mediante medidas no arancelarias (normas técnicas) y los frenos a la libre circulación hicieron que la comisión reaccionase mediante políticas de armonización o estandarización de productos y procesos, y profundizase en el principio de reconocimiento mutuo. En la década de los ochenta el Libro Blanco del Mercado interior que impulsó Jacques Delors incluía 282 medidas para eliminar barreras técnicas, fiscales y físicas. El Acta Unica europea de 1986 estableció el objeto de realizar el mercado interior en un plazo, que posteriormente se vio complementado por el Tratado de Unión Europea de 1992.

19. Desde entonces hasta la actualidad se ha seguido con planes para ejecutar estas libertades, aplicar las normas, eliminar las barreras y crear nuevos mercados europeos en servicios, financieros, de contratación pública así como impulsar las políticas estructurales de investigación, empleo, telecomunicaciones, transporte o energía (Estrategia de Lisboa).

20. Ello no obstante el Informe Monti de 2010 puso de relieve que había un miedo de los ciudadanos al mercado, que la integración estaba viviendo la fatiga del mercado y que se había producido una *erosión en el apoyo político y social a la integración de los mercados*. Además, había nuevos retos como el mercado global o la necesidad de innovar en el mercado único en cuestiones digitales, medioambientales, de servicios, bienes, infraestructuras, servicios etc.

21. A esto se ha unido la crisis financiera, como vimos, que también está detrás de algunas rupturas de la unidad del mercado europeo. Un análisis detallado de los rescates a Grecia, Portugal, Irlanda o del rescate financiero a España evidencia la huida del Derecho de la Unión, y la creación de un nuevo Derecho internacional financiero ad hoc y extraño, en cuyo trascurso no se han aplicado de manera adecuada los Tratados de la Unión, que no habían previsto situaciones de esa naturaleza. Sin entrar a analizar este fenómeno las masivas ayudas públicas a las entidades financieras rompían con las reglas del Tratado ante una situación de excepción no prevista, que llevó a la utilización de bases jurídicas tanto del Derecho internacional como del derecho de la Unión, como al posterior desarrollo, finalmente del Tratado Mede y del Tratado de coordinación.

22. Más allá del impacto coyuntural de la crisis en el ordenamiento jurídico internacional, de la Unión y de sus Estados miembros las *clásicas libertades de circulación de la Unión Europea*, en que se sostiene la unidad de mercado europeo también se enfrentan a nuevos retos y obstáculos. El marco regu-

¹² Vid. N. CALVIÑO SANTAMARIA, "Concepto, evolución y nuevos desafíos para el mercado único", *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Tomo VI. Mercado único europeo y Unión Económica y monetaria*, J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÍUS, B. BECERRIL ATIENZA, Instituto universitario de estudios europeos, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 31-71.

lador de los arts. 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 107, 116, entre otros del TFUE establece un conjunto de derechos y obligaciones sobre los que muy sucintamente cabe destacar algunas líneas generales.

23. En cuanto a la *libre circulación de bienes* el juez europeo puso coto desde los años setenta a las medidas de efecto equivalente por casos tan conocidos como el *Cassis de Dijon* (1979) o la prohibición italiana de vender pasta hecha con determinados cereales, o la alemana de vender cerveza no suficientemente pura. Frente a esto se hicieron avances a través de la aproximación de legislaciones. En la actualidad el reto uno de los retos pendientes es la creación de una patente comunitaria única.

24. De gran relevancia actual es la *libre circulación de capitales*, en el contexto de la crisis financiera, o de la *libre circulación de personas*. Esta ya no solo como sucedía inicialmente de trabajadores/as, pues el estatuto de ciudadanía de la Unión reconoce como un derecho de ciudadanía el derecho de libre circulación y residencia, desvinculado de la libre circulación de trabajadores o de la libre prestación de servicios. La directiva 2004/38, art. 8.4 establecía que se podía restringir, entre otros motivos, por tener recursos económicos suficientes de tal modo que no fuese una carga excesiva para los servicios sociales de los Estados. Más allá del régimen transitorio que han tenido países como Rumanía o Bulgaria, o de las prácticas discriminatorias que ha hecho Francia, la crisis ha llevado a que países como España, con lógica, invoquen la existencia de perturbaciones en el mercado español (un paro muy elevado) para suspender en 2009, 2011 y 2012, temporalmente la libre circulación.

25. Por cuanto se refiere a la *libre prestación de servicios* se trata de un sector esencial desde los inicios de la UE, pues cabe recordar que el célebre Asunto Costa/Enel (1964) tenía por objeto la prestación de servicios de energía eléctrica, lo mismo que el Asunto Factortame III (1996), que afectaba de manera espacial a los pescadores españoles. Si en un primer momento en la Comunidad se avanzó en la libre circulación de profesionales, luego vendría el reconocimiento de diplomados, la coordinación de disposiciones legislativas relativas a profesiones etc... La jurisprudencia Reyners y Van Binsbergen contribuiría a consolidar la aplicación directa de las normas y a eliminar las restricciones.

26. Constituye el 70% del PIB europeo, mientras que solo un 20% de los servicios son actualmente de carácter transnacional. De ahí la relevancia de la directiva Bolkestein para impulsar un mercado interior de servicios. Hay todavía muchas trabas en contratación pública, donde se produce un acceso que vulnera el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Ello no obstante hay que tener en cuenta que hay servicios de interés general, como indica el protocolo al Tratado de Lisboa, que preservan las decisiones soberanas de los Estados en cuanto a la forma de prestación de determinados servicios de salud, educación etc.

IV. Unidad de mercado, globalización y fragmentación

27. El Estado se encuentra inmerso en las tensiones del *doble fenómeno de la globalización y la fragmentación*. Como vimos la fragmentación del Estado, por descentralización económica y política puede afectar a la unidad de mercado, razón por la cual se ha adoptado en España dicha norma. De otro lado, la globalización internacional constituye un elemento de desbordamiento de la unidad de mercado.

28. Así, la Unión Europea se siente inerte ante los desafíos de la globalización, cuyo mercado aparece como un fenómeno global, mientras que la integración es regional, siendo una construcción de Estados. La *globalización* ha puesto en entredicho a la *unidad de mercado* como un concepto válido para la sola Unión Europea. En este sentido veamos algunos datos. Se calcula que en 2015 el 90% de la demanda estará fuera de Europa y que en 2013 el 60% estará en países en vías de desarrollo. Todo esto lleva a nuevas perspectivas sobre el mercado. Además, el 70% del crecimiento económico y de la economía gira en torno a los servicios. Todo esto lleva a que en el ámbito internacional para zonas económicas como la Unión europea se hayan producido cambios relevantes que están haciendo cambiar la política económica internacional de Europa.

29. El Tratado de Lisboa (art. 206) ha incorporado la *política internacional de inversiones extranjeras* directas como una competencia exclusiva de la UE. Este tipo de inversiones son cruciales en la economía actual. Hay que destacar que, como señalan los análisis de la Comisión Europea, inversión, crecimiento y comercio están interconectados. La UE es el mayor receptor y emisor de inversión extranjera directa. Por ello las inversiones aparecen como una nueva frontera de la política comercial común, y la UE está empezando a favorecer un medio ambiente óptimo a la inversión. Desde la perspectiva jurídica los más de mil doscientos tratados de inversión celebrados por los Estados miembros con Estados terceros pueden ser sustituidos por tratados celebrados por la UE.

30. Parece obvio considerar que la UE puede ser el nivel adecuado para negociar tratados de inversión, sus garantías y condiciones, bien sea en el marco de los acuerdos comerciales que son de competencia exclusiva de la UE o de Acuerdos de inversión propios. En este sentido, el reglamento 1219/2012 garantiza la seguridad de los tratados existentes de los Estados y terceros hasta que sean sustituidos por tratados de la UE. Este reglamento se refiere al estatuto de los acuerdos bilaterales de inversión, que se mantienen. Se establece (art. 2) que los Estados deben notificar los tratados de inversión celebrados hasta el 1-XII-2009 que deseen mantener en vigor, y que permanecen hasta que la UE y el Estado tercer celebren otro tratado. En todo caso los Estados miembros de la UE deben asegurarse de que los Tratados bilaterales no son un serio obstáculo a la negociación o conclusión por la UE de acuerdos bilaterales de inversión con terceros. Por otro lado se establece que los tratados bilaterales de inversión deberán ser autorizados por la UE.

31. *La situación comercial internacional no permite considerar que el mercado europeo sea el nivel óptimo de unidad de mercado.* La liberalización del comercio constituye uno de los objetivos de la política comercial (art. 131 TCE), que descansa en una filosofía liberal común con el GATT/OMC. El régimen europeo de comercio internacional, la denominada política comercial europea tiene el reto del complementar el regionalismo europeo con el multilateralismo, junto a otros retos de naturaleza social, medioambiental o sobre la inserción de los países en desarrollo en la economía internacional. La política comercial y el crecimiento futuro no se juega tanto en el espacio europeo como en la sociedad internacional. Además, el contexto económico exige centrarse en la libre prestación de servicios, donde se juega el 70%. Por ello la UE está pensando en extender su mercado interior, su unidad de mercado, a países vecinos. La política se orienta a que los terceros países sean más abiertos, transparentes y no discriminatorios, que permita que los europeos participen en el comercio de bienes, servicios, que puedan acceder a la contratación pública sin prácticas discriminatorias y que permitan la eliminación de otras barreras.

32. Esta estrategia responde al deseo de abrir fuera de la UE la unidad de mercado, al menos en aquellos sectores competitivos. Impulsar el crecimiento del comercio con los principales socios es necesario para un crecimiento sostenible e inclusivo. Con el socio más importante de la UE, que es Estados Unidos, se está negociando la eliminación de barreras, y negociando estándares y regulaciones. Asimismo persisten muchas barreras con el segundo socio comercial de la UE, que es China. Las barreras no tarifarias con Japón son muy elevadas, y se creó un grupo de alto nivel. Rusia es el vecino más relevante, importante destino de las importaciones. Para la UE es importante contribuir a la construcción de una economía abierta, pues el comercio impulsa la demanda, la eficiencia e innovación, la variedad de los productos y servicios etc.

33. Por ello en el actual contexto de demanda la creación de un sistema global sólido y seguro que permita eliminar obstáculos a la exportaciones de productos europeos, tales como tarifas, normas o prácticas discriminatorias, otro tipo de barreras no tarifarias, reglas de origen etc., es relevante.

V. Reflexiones finales

34. Cabe referirse a la *dificultad de distinguir el derecho público del derecho privado*. En esta distinción bascula el anteproyecto de código mercantil, que se concibe como si todo el mercado estu-

viese regulado por derecho privado, como si el derecho público desapareciese tras el mercado. Parece una concepción anquilosada del derecho mercantil. Como han puesto de relieve Uría y Menéndez¹³ se está pasando del derecho mercantil al derecho del mercado que, entre otras cosas, se manifiesta en la coexistencia de normas públicas y privadas, las cuales configuran los distintos sectores del tráfico desde perspectivas no siempre coincidentes.

35. Desde la perspectiva internacional una de las consecuencias que ha tenido la crisis es haber puesto de relieve la necesidad de mayor derecho público en el mercado. La búsqueda de la eficacia ha llevado en las últimas décadas a una huida del derecho administrativo y de las normas, procedimientos y estructuras del derecho público¹⁴. La utilización de fórmulas privadas para la organización de servicios públicos no ha sido siempre adecuada. La crisis de los últimos años ha evidenciado la necesidad de que internacionalmente se establezca un mayor control, de naturaleza más vertical. En este sentido Bogdandy, Dann o Goldmann¹⁵, apuestan por ir hacia un Derecho internacional que no sea la mera coordinación entre Estados sino que también regule procesos económicos y la actividad de los individuos en el mercado.

36. Esto sería necesario en la actual gobernanza global bajo principios de derecho público. Es lo que algunos autores han denominado derecho administrativo global, derecho administrativo internacional emergente, constitucionalización del Derecho internacional. En este sentido el proyecto de nuevo código mercantil tiene entre una de sus deficiencias la ausencia de controles de carácter jurídico-público que permitan evitar sociedades pantalla para el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas, la evasión de impuestos, el fraude financiero etc.¹⁶

37. Otro elemento de reflexión derivada de la ley 20/2013 de garantía de unidad de mercado está en la congruencia existente entre los principios de esta ley, los principios del derecho de la Unión Europea y los propios principios del Derecho internacional. Se produce una estratificación de compromisos sucesivos sobre cosas similares que, con distintas denominaciones, pueden producir un efecto confusión en el mercado.

¹³ R. URÍA, A. MENÉNDEZ, "El derecho mercantil", *Curso de Derecho mercantil. I*. Segunda edición, Thomson-Civitas, 1999 (primera edición), reimpresión 2006, p. 42.

¹⁴ En este sentido A. MOLINA GIMENEZ, "Derecho público y derecho privado. Privatización del Derecho en Europa: evolución y perspectivas", *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Pérez Carrillo, E., (Coord), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 17-43, p 17 ss.

¹⁵ A.V. BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, "El Derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros", J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel-AEPDIRI, 2010.

¹⁶ Vid. L. PRATS ALBENTOSA, "El futuro código mercantil: entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica", *Escritura pública*, enero-febrero de 2014, pp. 24-27.

DAÑOS CAUSADOS POR LOS PRODUCTOS Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 27.07.2014 / Aceptado: 01.08.2014

Resumen: La STJUE 16 enero 2014, as. C-45/13, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG*, resuelve una cuestión muy importante a la hora de establecer el concreto lugar de manifestación de un daño, con el fin de determinarlo, como el lugar donde se ha producido el hecho dañoso. En base a la determinación de ese lugar, se podrá dar competencia a los tribunales de ese Estado con fundamento en el foro recogido en el artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I. El TJUE determina cuál será el lugar a donde podrá acudir el demandante para interponer su demanda, utilizando el foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I.

Palabras clave: Obligaciones extracontractuales. Derecho de daños. Daños producidos a terceros. Productos defectuosos. Foro especial por razón de la materia. Artículo 5.3 Reglamento Bruselas I. Competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual. Concepto de “lugar donde se hubiere producido el daño”.

Abstract: The STJUE January 16, 2014, as. C-45/13, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG*, resolves a very important role in establishing the specific place of manifestation of injury, in order to determine, as the place where the harmful event occurred question. Based on the determination of the place, may give jurisdiction to the courts of that State on the basis of the forum referred to in Article 5, paragraph 3 of Regulation Brussels I. The ECJ determines what will be the place where the applicant may appeal for filing its application, using the special forum on grounds of material contained in Article 5, paragraph 3 of Regulation Brussels I.

Key Words: Extracontractual obligations. Tort law. Damages to third parties. Defective products. Special forum by reason of the matter. Article 5.3 of the Brussels I Regulation. International jurisdiction in matters relating to tort. Delict or concept of “any place where the damage occurred.”

Sumario: I. La alta complejidad de las obligaciones extracontractuales. II. El caso de *Andreas Kainz versus Pantherwerke AG*. El caso de “la bicicleta transfronteriza”. III. Las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso. IV. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. V. Riesgo legal del empresario a la hora de ser demandado ante cualquier tribunal donde su producto produzca un daño. VI. Conclusiones.

I. La alta complejidad de las obligaciones extracontractuales

1. Las obligaciones extracontractuales presentan, con extrema frecuencia, un carácter internacional. Simplemente hay que observar el aumento de la jurisprudencia del TJUE al respecto de estas

obligaciones extracontractuales¹. En la actualidad, se detectan con relativa frecuencia obligaciones extracontractuales derivadas de daños producidos a terceros en un plano internacional, el mundo está globalizado y el ser humano para un aumento de su bienestar intercambia con asiduidad, bienes con sujetos ubicados en otros Estados. De esos intercambios pueden surgir distintas obligaciones, pero es una realidad la extrema complejidad que deriva de las obligaciones de tipo extracontractual. Los casos de responsabilidad civil extracontractual son muy complejos y esta complejidad deriva de varios factores²: a) son casos que presentan “conexiones” con varios países. b) son casos que muestran una enorme complejidad técnica: esto se explica por el enorme progreso de la tecnología y la globalización del mercado, esto hace que el proceso de producción de un producto pueda estar vinculado a distintos países, cada pieza que sea componente esencial de un producto puede estar fabricada en distintos Estados. Y de ahí deriva en ocasiones la dificultad para determinar la causa técnica concreta que provoca un accidente.

2. El TJUE califica la materia extracontractual de modo negativo respecto de la materia contractual.³ La jurisprudencia del TJUE opta por incluir dentro de la noción de obligación contractual a todas aquellas obligaciones “libremente asumidas por una parte frente a otra.”⁴ El TJUE opta por calificar la categoría «obligaciones extracontractuales» de manera subsidiaria frente al artículo 5.1 RB-I⁵, así se corrobora en su jurisprudencia: “El concepto materia *delictual o cuasidelictual* comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5 del RB-I.” Una cuestión contractual no puede calificarse como daño y viceversa. No existe un solapamiento entre el apartado 1 y el apartado 3 del artículo 5 del RB-I.⁶

II. El caso de *Andreas Kainz versus Pantherwerke AG*. El caso de “la bicicleta transfronteriza”

3. La delimitación entre materia contractual y extracontractual y, sobre todo, la precisión del lugar del hecho dañoso en los casos de daños derivados de los productos ha sido siempre una cuestión polémica. Ha venido a arrojar luz sobre la misma la STJUE de 16 enero de 2014, as. C-45/13, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG*. Se trata de un caso conocido como la “bicicleta transfronteriza”, que trae causa de una obligación extracontractual que deriva de un daño producido al señor Kainz por un producto defectuoso. El 3 de noviembre de 2007 el Sr. Kainz, que reside en Salzburgo, compró a Funbike GmbH, sociedad establecida en Austria, una bicicleta fabricada por Pantherwerke AG. Pantherwerke

¹ Vid. la Sent. TJUE 16 enero 2014, as. C-45/13, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG*. Puede consultarse en la base de datos de la UE: <http://eur-lex.europa.eu>

² A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., 2014, Ed. Comares, Granada, pp. 1122-1123.

³ P. BLANCO-MORALES LIMONES, 2013: “Acciones declarativas negativas y *forum delicti comisii*. ¿Galgos o Podencos? La Litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG Contra Ritrama SPA”. *CDT*, 2013, vol. 5. pp.242 Vid. igualmente, 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, pp. 383-464; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los daños financieros transfronterizos”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, núm. 292, pp. 51-70; 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; P. CARLIER, “France. Conflits de lois- une qualification alternative du fait générateur- une qualification discutable du fait dommageable” (Nota a Sent CA Versailles 5 febrero 2010)”, *JDI Clunet*, 2010, pp. 126-136; C.L. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001”, *AEDIP*, 2009, pp. 411-428; J. VON HEIN, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei arbeitsteiliger Tatbegehung im europäischen Zivilprozessrecht (EuGH, S. 555)”, *IPRax*, 2013-6, pp. 505-515; B. REINMÜLLER / A. BÜCKEN, “Provokation eines inländischen Deliktsgerichtsstandes im Urheberrecht (Cour de cassation, 25.3.2009 – 08-14.119)”, *IPRax*, 2013-II, pp. 185-188; 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.

⁴ STJUE de 5 de febrero de 2004, *Frahuil*, C265/02, ap. 24.

⁵ STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00. STJUE de 1 de octubre de 2002, *Verein für Konsumenteninformation y Karl Heinz Henkel*, C-167/00.

⁶ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*, 2ª edición revisada, Octubre 2011, p. 194.

AG es una empresa domiciliada en Alemania que fabrica y comercializa bicicletas. Con la desgraciada consecuencia, de que el 3 de julio de 2009, mientras paseaba en esa bicicleta en Alemania, el Sr. Kainz sufrió una caída lo que le provocó diversas lesiones.

4. El señor Kainz decidió emprender acciones legales contra la empresa alemana ante el Landesgericht Salzburg. El señor Kainz reclamó a Pantherwerke AG, sobre la base de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, el pago de la cantidad de 21.200 euros, más intereses y gastos conexos, y solicitó que se declarara la responsabilidad de dicha sociedad por los perjuicios futuros derivados del accidente. Según el Sr. Kainz, su caída la provocó el hecho de que las patas de la horquilla se desprendieron de la bicicleta. A su juicio, como fabricante del producto, Pantherwerke AG es responsable de ese defecto de fabricación, que fue la principal causa de su accidente.

5. El señor Kainz, para justificar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que acudió, invoca uno de los foros contenidos en el Reglamento Bruselas I⁷: el artículo 5, punto 3. Foro especial por razón de la materia relativo a materia delictual o cuasidelictual. Este foro hace competentes a los tribunales del Estado miembro, en cuyo territorio se encuentra el “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. El señor Kainz considera que el lugar del hecho causante del daño se encuentra en Austria ya que la bicicleta fue puesta en circulación en dicho país, toda vez que en él se puso a disposición del usuario final con motivo de una distribución comercial.

6. Pero la empresa alemana no está de acuerdo y Pantherwerke AG refuta la competencia internacional de los tribunales austriacos. A su juicio, el lugar del hecho causante del daño se encuentra en Alemania. Precisa que, por una parte, el proceso de fabricación del producto tuvo lugar en Alemania y, por otra, el producto fue puesto en circulación en ese Estado miembro a través del envío de tal producto desde el domicilio de la referida sociedad.

7. Los tribunales ante los que acudió el Sr. Kainz para someter a su conocimiento el fondo de la acción por él instada declinaron su competencia internacional, tanto en primera instancia como en apelación. Al conocer de un recurso de casación, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario aclarar el concepto de lugar del hecho causal en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En estas circunstancias el Oberster Gerichtshof acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial que versaba sobre la interpretación del artículo 5, apartado 3, del Reglamento Bruselas I.

III. Las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso

8. Las cuestiones prejudiciales que planteó el Oberster Gerichtshof al Tribunal de Justicia son las siguientes:

- «1) ¿Debe interpretarse la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, que figura en el artículo 5, punto 3, del [Reglamento nº 44/2001], en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en el sentido de que:
- a) El lugar del hecho causante del daño (“Handlungsort”) es el lugar de la sede del fabricante;
 - b) El lugar del hecho causante del daño (“Handlungsort”) es el lugar de la puesta en circulación del producto;
 - c) El lugar del hecho causante del daño (“Handlungsort”) es el lugar de la adquisición del producto por el usuario?

⁷ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, letra b):
- a) ¿Se pone el producto en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido?
 - b) ¿Se pone en circulación el producto en cuanto es distribuido de forma estructurada a los consumidores finales?»

IV. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

9. Lo que el órgano jurisdiccional remitente desea esencialmente que se dilucide con sus cuestiones prejudiciales es el cómo debe de interpretarse, cuando se exige la responsabilidad de un fabricante por los daños causados por un producto defectuoso, el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I, a fin de determinar el lugar del hecho causal que originó el daño. Esto es, que se dilucide cómo determinar el lugar del hecho causal y el lugar del hecho dañoso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recuerda en un primer momento, antes de entrar a dar respuesta a las cuestiones planteadas, que según reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Reglamento Bruselas I deben interpretarse de manera autónoma, refiriéndose al sistema y a los objetivos de éste⁸.

10. Acto seguido, precisa el Tribunal, que, si bien se deduce indiscutiblemente del considerando 7 del Reglamento Roma II⁹ que el legislador de la Unión pretendió garantizar la coherencia entre, por una parte, el Reglamento Bruselas I, y, por otra, el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento Roma II, de ello no se desprende, no obstante, que las disposiciones del Reglamento Bruselas I deban, por lo tanto, interpretarse a la luz de las del Reglamento Roma II. En ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento Bruselas I de una manera ajena al sistema y a los objetivos de éste.

11. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea muestra un gran interés y una clara preferencia por esta técnica particular: la interpretación autónoma del Reglamento Bruselas I y la solución europea a las cuestiones interpretativas suscitadas por el Reglamento Bruselas I. Es decir que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los conceptos y mecanismos utilizados por el Reglamento Bruselas I presentan un significado propio y particular en el contexto del mismo Reglamento, y no se extraen de los “Derechos nacionales” de los otros Estados miembros y por supuesto, tampoco se extraen de otros instrumentos legales de producción europea. Esta particular técnica, conocida como “interpretación autónoma” del Reglamento Bruselas I comporta distintas ventajas: a) Garantiza la uniformidad de interpretación y aplicación de dicho Reglamento en todos los Estados miembros; b) Supone un beneficio para los operadores económicos que actúan en la Unión Europea, 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 Bruselas I¹⁰.

⁸ Sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C189/08, ap. 17: “Para responder a esta cuestión debe recordarse, por una parte, que, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a sus objetivos (véanse, en particular, las sentencias de 2 de octubre de 2008, Hassett y Doherty, C372/07, apartado 17, y de 23 de abril de 2009, Draka NK Cables y otros, C167/08, apartado 19).” Y Sentencia de 3 de octubre de 2013, Pinckney, C170/12, ap. 23: “Para responder a estas cuestiones, es preciso recordar de entrada que las disposiciones del Reglamento deben interpretarse de manera autónoma, refiriéndose a su sistemática y a sus objetivos (sentencia de 16 de mayo de 2013, Melzer, C228/11, apartado 22 y la jurisprudencia citada).” Subrayado añadido.

⁹ Considerando 7 del Reglamento Roma II: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5) (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.”

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., 2014, pp. 172 y 173.

12. Al respecto, debe recordarse que el sistema de atribución de competencias comunes, previstas en las disposiciones contenidas en el capítulo II del Reglamento Bruselas I, se basa en la regla general, establecida en el artículo 2, apartado 1, de éste, según la cual las personas domiciliadas en el territorio de un Estado miembro están sometidas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado, con independencia de la nacionalidad de las partes. Las disposiciones del capítulo II, sección 2, del Reglamento Bruselas I prevén la atribución de una serie de competencias especiales, entre las que figura la del artículo 5, punto 3, de dicho Reglamento, únicamente como excepción a la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado¹¹. El Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que esas normas de competencias especiales deben interpretarse en sentido restrictivo, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente previstos en el citado Reglamento, así lo avala la jurisprudencia del Tribunal¹². ¿Pero es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace en la práctica? ¿Lleva a cabo realmente una interpretación restrictiva?

13. Se advierte que hay una reiterada jurisprudencia que señala que en el caso de que el lugar en el que se sitúa el hecho que puede generar una responsabilidad delictual o cuasi delictual y el lugar donde ese hecho haya originado un daño no sean idénticos, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I, debe interpretarse en el sentido de que se refiere al mismo tiempo al lugar donde se hubiere producido el daño y el lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares¹³. Por lo tanto, lo que se observa de la interpretación de este precepto, es que se le da una “*optio fori*” al demandante, ya que podrá elegir entre interponer la demanda en el lugar donde se hubiere producido el daño y el lugar del hecho causal que originó ese daño. El demandante dispone de una opción para elegir al tribunal donde acudir a litigar.

14. El artículo 5.3 del RB-I es un foro especial en relación con el foro general, pero no es un foro *excepcional*. Por lo tanto, no debe considerarse como excepción al foro general a efectos hermenéuticos. En la medida en que este foro tiene un fundamento propio, no es muy adecuado presentarlo como excepción al foro general, y en consecuencia, objeto de una *prima facie* restrictiva. Es cierto que la afirmación del carácter excepcional y objeto de interpretación restrictiva de los foros especiales ha sido habitual en la jurisprudencia del TJCE relativa al Convenio de Bruselas 1968, pero el TJCE no utiliza

¹¹ Numerosa jurisprudencia así lo señala: STJUE de 18 de julio de 2013, ÖFAB, C147/12, apartado 30: “*En consecuencia, según reiterada jurisprudencia, el sistema de atribución de competencias comunes, previstas en el capítulo II del Reglamento n° 44/2001 se basa en la regla general formulada en el artículo 2, apartado 1, de éste, según la cual las personas domiciliadas en un Estado contratante están sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, con independencia de la nacionalidad de las partes. El capítulo II, sección 2, del Reglamento n° 44/2001 prevé la atribución de una serie de competencias especiales, entre las que figura la del artículo 5, número 3, de dicho Reglamento, únicamente con carácter de excepción a la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado (véanse, en este sentido, las sentencias Zuid-Chemie, antes citada, apartados 20 y 21, y de 12 de mayo de 2011, BVG, C-144/10, apartado 30 y jurisprudencia citada).*” El subrayado es añadido.

¹² Apartado 31 de la STJUE antes citada: “*El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que dichas competencias especiales deben interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el citado Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia Zuid-Chemie, antes citada, apartado 22 y la jurisprudencia citada).*”

¹³ Sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C189/08, ap. 23: “*Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, en el supuesto de que el lugar donde se sitúe el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el lugar en que este hecho haya ocasionado un daño no sean idénticos, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, debe entenderse referida, al mismo tiempo, al lugar donde ha sobrevenido el daño y al lugar del hecho causante del mismo, de modo que el demandado puede ser emplazado, a elección del demandante, ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de esos dos lugares (véanse, en particular, las sentencias de 30 de noviembre de 1976, Bier, denominada «Mines de potasse d’Alsace», 21/76, apartados 24 y 25; de 1 de octubre de 2002, Henkel, C167/00, apartado 44; de 5 de febrero de 2004, DFDS Torline, C18/02, apartado 40, y Kronhofer, antes citada, apartado 16).*” Y Sentencia de 3 de octubre de 2013, Pinckney, C170/12, ap. 26: “*No es menos cierto que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, punto 3, del Reglamento, se refiere al mismo tiempo al lugar de la materialización del daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares (sentencia Melzer, antes citada, apartado 25).*”

esos términos en sentido técnico-jurídico. Prueba de ello es que su transcendencia hermenéutica real es muy reducida: o no es más que un argumento retórico *ad abundantiam* o interviene como una cláusula de cierre del proceso hermenéutico. El TJCE no utiliza esas afirmaciones como argumento material de primer orden¹⁴. De hecho, también hay ocasiones en las que el propio TJCE ha reconocido que “no interpreta de manera estricta” esos preceptos¹⁵.

15. El Tribunal presupone que los puntos de conexión sobre los que se basa el art. 5.3 RB-I están contruidos sobre el principio de previsibilidad para las partes y sobre el principio de proximidad. Puesto que la identificación de uno de dichos puntos de conexión debe permitir determinar la competencia del órgano jurisdiccional que se encuentra objetivamente en mejores condiciones de apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada, únicamente se puede presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúe el punto de conexión pertinente¹⁶. Este foro que se contempla en el artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I es un foro directo de competencia judicial internacional, determinará ante qué órganos en particular tendrá que acudir el demandante para interponer su demanda.

16. Pero lo que suscita las dudas del órgano jurisdiccional que interpone la cuestión prejudicial es la determinación del lugar del hecho causal. Pero el TJUE ya puntualizó en su jurisprudencia al respecto de este interrogante que, en caso de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dicho lugar se sitúa allá donde se hubiera producido el hecho que haya dañado el propio producto¹⁷. En principio, esta circunstancia se da en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate.

17. Y será en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate el que proporcione la competencia a un tribunal de un Estado miembro previsible para las partes, fundamento último donde se asienta este foro de competencia judicial internacional: la previsibilidad para ambas partes, con las consecuencias que ello comporta. Vemos que dado que, en particular debido a la posibilidad de recoger en ese lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate, los medios probatorios para demostrar el defecto de que se trate, la proximidad con el sitio donde haya tenido lugar el hecho que ha dañado el propio producto facilita la ordenación eficaz del proceso y, por lo tanto, una buena administración de la justicia, la atribución de competencia al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúa ese lugar es acorde con la razón de ser de la competencia especial prevista en el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I, a saber, la existencia de un nexo de conexión especialmente estrecho entre la defensa de la parte demandada y el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido el hecho causante del perjuicio¹⁸.

¹⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 134.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005 as-C27/02, Petra Engler y Janus Versand GmbH, FD 48: “*De lo anterior se desprende que, como destacó el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, el Tribunal de Justicia no interpreta de manera estricta el concepto de «materia contractual» previsto en el artículo 5, número 1, del Convenio de Bruselas.*”

¹⁶ Sentencia de 3 de octubre de 2013, Pinckney, C170/12, ap.28: “*Puesto que la identificación de uno de los puntos de conexión reconocidos por la jurisprudencia recordada en el apartado 26 de la presente sentencia debe permitir determinar la competencia del órgano jurisdiccional que se encuentra objetivamente en mejores condiciones de apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada, únicamente se puede presentar demanda ante el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúe el punto de conexión pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2012, Folien Fischer y Fofitec, C133/11, apartado 52).*”

¹⁷ Sentencia de 16 de julio de 2009, Zuid-Chemie, C189/08, ap. 27: “*Sin embargo, el lugar donde sobreviene el daño no puede confundirse con el lugar donde se realiza el hecho que ha perjudicado al propio producto, pues este lugar es, en efecto, aquel donde ocurrió el hecho causante. En cambio, el lugar de «materialización del daño» (véanse las sentencias, antes citadas, Mines de potasse d’Alsace, apartado 15, y Shevill y otros, apartado 21) es aquel en que el hecho generador despliega sus efectos perjudiciales, es decir, aquel donde el perjuicio ocasionado por el producto defectuoso se manifiesta de forma concreta.*”

¹⁸ Sentencia de 3 de octubre de 2013, Pinckney, C170/12, ap. 27: “*A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia establecida en el artículo 5, punto 3, del Reglamento 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 (sentencia Melzer, antes citada, apartado 26.)*”

18. Por lo tanto, la justificación de este foro se encuentra en dos argumentos¹⁹: a) Primero: porque designa como competentes a los tribunales ante los cuales el coste de litigación internacional es el más reducido para ambas partes. Se designan a los tribunales próximos al litigio cuya competencia puede ser razonablemente prevista por ambos litigantes, y por esta razón comporta costes de litigación reducidos para ambas partes, y así lo señala una considerable jurisprudencia²⁰. El foro del artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I no persigue favorecer a ninguna de las partes implicadas en el litigio, ni a la presunta víctima (*favor laesi*) ni al presunto causante y/o presunto responsable del presunto daño²¹. Ambos sujetos, presunta víctima y presunto responsable del daño, pueden utilizar este foro para ejercitar acciones ante los tribunales de un Estado miembro²². b) Segundo: porque permite una buena administración de la Justicia o “sustanciación adecuada del proceso”. En efecto, el tribunal que corresponde al “lugar del daño” es un tribunal que puede desarrollar su labor jurisdiccional de manera efectiva y real, con calidad jurídica, y a un coste reducido, esto es, de manera eficiente.

19. De este modo, el TJUE afirma que la atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia, en la medida en que tanto el fabricante demandado como la víctima demandada pueden razonablemente prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique, en particular, la comprobación de un defecto de tal producto. Consiguiendo de este modo los objetivos por los que se justifica la existencia de este foro: costes de litigación internacional reducidos para ambas partes y una “buena administración de la Justicia”. Por consiguiente, debe declararse que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante a causa de un producto defectuoso, el lugar del hecho causal es el lugar de fabricación del producto de que se trate.

20. Así que como resultado de lo anteriormente expuesto, el TJUE señala por último, que no puede prosperar la alegación, formulada por el Sr. Kainz, de que la interpretación de la competencia especial en materia delictual o cuasi delictual debe tener en cuenta, además del interés en la buena administración de la justicia, el del perjudicado, permitiéndole entablar su acción ante un tribunal del Estado miembro en el que esté domiciliado. No sólo el TJUE ya ha declarado en anterior jurisprudencia que el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I no persigue precisamente el objetivo de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada²³, sino que asimismo debe observarse que la interpretación que mantiene el Sr. Kainz, según la cual el lugar del hecho causal es aquel en el que se ha transmitido el producto de que se trate al consumidor final o al distribuidor, tampoco garantiza que, en todo caso, ese consumidor pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, dado que ese lugar puede situarse en otra parte e incluso en otro país.

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Granaad, Ed. Comares, 2014, pp. 1124-1129.

²⁰ STJUE 27 octubre de 1998, *Réunion Européenne*, STJUE 25 de octubre de 2012, as. C 133/11, *Folien Fischer*, FD 33: “En segundo lugar, procede recordar, por una parte, que el Reglamento n° 44/2001 persigue un objetivo de seguridad jurídica consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión Europea, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (véanse, entre otras, las sentencias de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C533/07, apartado 22 y jurisprudencia citada, y de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, C327/10, apartado 44).

²¹ STJUE 11 enero 1990, *Dumez*.

²² STJUE 25 octubre de 2012, as. C 133/11, *Folien Fische y Fofitec*, FD 47: “En consecuencia, según alegan fundamentadamente *Folien Fischer* y *Fofitec*, los Gobiernos alemán, francés, neerlandés y portugués, así como la Comisión Europea, la aplicación del artículo 5, número 3, no requiere que sea la presunta víctima quien ejercite la acción.”

²³ Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C133/11, apartado 46: “Más concretamente, el artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/201 no persigue el mismo objetivo que las reglas para determinar la competencia contenidas en las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento y destinadas a ofrecer a la parte más débil una protección reforzada (véase la sentencia de 20 de mayo de 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, Rec. p. I-4545, apartado 30 y jurisprudencia citada).”

21. En conclusión el TJUE da respuesta a las cuestiones prejudiciales con la siguiente solución: el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño es el lugar de fabricación del producto de que se trate.

V. Riesgo legal del empresario a la hora de ser demandado ante cualquier tribunal donde su producto produzca un daño

21. No se debería dar por cerrado este trabajo sin antes analizar una cuestión de gran importancia para la economía internacional y para el DIPr. Se trata de la posición en la que se puede encontrar un fabricante de productos destinados a la exportación, si ante un eventual daño causado por ese producto, este fabricante pudiera ser demandado en cualquier país del mundo. La cuestión es de gran relevancia, porque en función a que exista una alta posibilidad de que se amplíen las expectativas de ser demandado en cualquier lugar de nuestro planeta el fabricante organizará su política de exportación de un modo o de otro modo.

22. Si el fabricante estima que puede ser demandado en todos los Estados donde cualquiera de los productos fabricados por el mismo, puedan causar un daño, quizá restrinja su ámbito de exportación o limite su actividad solo a ciertos países. El que se encuentre con este gran espectro de posibles demandas por daños causados por un producto defectuoso puede llevarle a que desista de intercambiar con otros sujetos situados en otros países y de este modo se produzca la indeseable consecuencia de una desincentivo a la hora de intercambiar con sujetos que se encuentren en el extranjero y de una alteración a este respecto de sus objetivos comerciales.

23. De modo que dadas las circunstancias en las que nos hallamos: un mundo y una economía globalizados, donde cada vez es más sencillo comerciar en este formidable planeta y sobre todo comerciar con sujetos que se encuentran en el extranjero; moverse, trasladarse y viajar de un país a otro, etc. Se hace más que necesario prever razonablemente donde puede ser demandado un empresario. Para que de esta manera, sea capaz de diseñar una adecuada estrategia comercial. Porque explicadas las circunstancias que se dan en la actualidad, se observaría una infracción de la tutela judicial efectiva si se permitiese que una persona dañada por un producto, por el mero hecho de ser víctima de tales daños, pudiera demandar a un fabricante si este, a su vez, no podía prever razonablemente esa demanda en ese lugar puesto que no entraba dentro de su órbita de estrategia comercial. Pues para que el empresario - fabricante pueda perfilar su estrategia comercial, el Derecho internacional privado europeo adopta un punto de vista propio: limitar el ámbito espacial y, con ello, el número de personas que pueden reclamar judicialmente contra el fabricante²⁴.

24. En la esfera de las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocasionados por productos, que es el que nos ocupa, el artículo 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I ofrece un foro especial por razón de la materia y alternativo al foro general recogido en el artículo 2 del mismo Reglamento. El foro especial en materia delictual o cuasidelictual es un foro de ataque ya que permite al demandante acudir a un foro distinto al foro del domicilio del demandado. Pero surge un interrogante ya que, en ocasiones, este foro podría actuar como un foro exorbitante, si los contactos a los que se acudiera para poner en acción este foro, fueran contactos accidentales, anecdóticos, prófugos o dispersos y que no presente, de este modo, una vinculación estrecha para conseguir abrir ese foro. La principal consecuencia que conllevaría la activación de un foro que fuera realmente exorbitante sería la de una lesión de la tutela judicial efectiva en un plano internacional.

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado", *CDT*, 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.

25. Por lo tanto, la primera distinción que se ha de hacer es en relación a determinar cuando este foro especial por razón de la materia actúa de un modo realmente exorbitante y cuando lo hace de un modo aparente. Los foros aparentemente exorbitantes son los que superan un *Minimum Contact Test*. El *Minimum Contact Test* refleja la idea de una vinculación sustancial o vinculación real con el país cuyos tribunales vayan a conocer del asunto²⁵. Por lo que si el foro de competencia judicial internacional supera este *Minimum Contact Test*, no actuará como un foro exorbitante, y no vulnerará la tutela judicial efectiva en un plano internacional, ya que desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado se aspira a que las normas de competencia judicial internacional ofrezcan una tutela judicial efectiva, y no meramente nominativa. Pero en el caso de que el foro sí actuase de un modo realmente exorbitante y atribuyese competencia judicial internacional a tribunales que presentasen un mínima vinculación procesal con ese foro si se vulneraría esa tutela judicial efectiva y no se conseguiría el objetivo que persigue el Derecho Internacional Privado en el sector de la competencia judicial internacional.

26. En este caso, sería preciso llevar a cabo una reducción teleológica de la norma de competencia judicial internacional, es decir, se impondría un recorte del ámbito material real de la norma y del foro de competencia judicial internacional. No puede aceptarse que el legislador haya querido dar relevancia a “contactos ocasionales, fortuitos, aleatorios o fugitivos” para otorgar competencia judicial internacional a los tribunales españoles. Todo lo contrario: un análisis de la ratio de la norma lleva a concluir que el legislador sólo tuvo la voluntad real de atribuir dicha competencia en el caso de que el litigio presentase vínculos reales con España, y no “vínculos meramente anecdóticos, casuales o fortuitos”. Para llevar a cabo esta “flexibilización de las normas de competencia judicial internacional” que se concreta en la reducción teleológica de la norma de competencia judicial internacional, cabe acudir a diversos “mecanismos generales de flexibilización del sistema”: el “abuso de derecho”, “interpretación según los principios fundamentales del DIPr. europeo”, como la tutela judicial efectiva (*right to a fair trial*), que exige que la competencia de los tribunales de Justicia de un Estado esté fundada en vinculaciones reales del caso con dicho Estado, para respetar así la tutela judicial efectiva, los “cánones hermenéuticos” o “contexto sistemático de la norma”, la idea inspiradora de todas las normas españolas de competencia judicial internacional es la “vinculación mínima o razonable del caso con el foro”, una “cláusula de escape implícita en materia de competencia judicial internacional”²⁶.

27. Cualquiera que sea el mecanismo utilizado para ejecutar esa reducción teleológica de la norma española de competencia judicial internacional, ese desarrollo judicial conduce a admitir en el Derecho Internacional Privado europeo una especie de “Forum Non Conveniens atenuado”²⁷. En efecto: con la *reducción teleológica* de la norma española de competencia judicial internacional que acoge un foro que opera, *in casu*, como un foro “puramente nominal”, se está admitiendo que deben existir tribunales de *otros países* que están “mejor situados” para conocer del asunto, es decir, países con los cuales el litigio presenta “vínculos mínimos y sustanciales” y no meramente “casuales”. Y se está admitiendo, correlativamente, que España no es un país “mínimamente conectado con el supuesto”, por lo que sus tribunales no deben conocer del litigio internacional.

28. De forma que utilizando este mecanismo de la reducción teleológica de la norma española de competencia judicial internacional se consigue el respeto a una verdadera tutela judicial efectiva, objetivo último del Derecho Internacional Privado en el sector de la competencia judicial internacional.

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Desarrollo Judicial y Derecho Internacional Privado”, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 83-85.

²⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995 (II), vol.XLVII, pp. 121-136.

²⁷ Así lo han indicado numerosos autores: C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *Forum Non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIP*, núm.1, 2001, pp. 425-434; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995 (II), vol.XLVII, pp. 121-136, esp. p. 127.

VI. Conclusiones

29. Los casos de daños causados por los productos suelen abordarse, en DIPr., desde la perspectiva de la presunta víctima. Sin embargo, resulta que se alcanzan conclusiones mucho más sugestivas si el análisis jurídico de DIPr. se realiza desde la perspectiva del fabricante del producto. En efecto, desde este punto de vista, se pueden enumerar las siguientes conclusiones.

30. Primera: El TJUE delimita el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” que contiene el art. 5.3 RB-I: Primer foro al que puede acudir el demandante: Foro del hecho causal: lugar de fabricación. Segundo foro: Foro del daño: lugar donde se produce el daño.

31. Segunda: Visto que el daño puede verificarse en cualquier lugar del planeta, la respuesta del DIPr. permite que el fabricante adapte su conducta comercial a este segundo foro (lugar del daño). De ese modo, el fabricante puede diseñar una estrategia de fabricación y venta de sus productos a nivel:

- a) Local: el sujeto que fabrica y vende a nivel local no debe poder ser demandado en otro país, aunque el daño se verifique en otro país. En ese caso habría vulneración de la Tutela Judicial Efectiva.
- b) Internacional o europea: solo el sujeto que exporta a un país debe poder ser demandado en dicho país por los daños que su producto causa en dicho país.

32. Tercera: Ahora bien, en el caso de exportación a un Estado miembro de la UE, debe recordarse que comerciar en la UE comporta beneficios e inconvenientes. Si se comercia en el espacio europeo hay una alta posibilidad de poder ser demandado en cualquier Estado miembro, es la tesis de la “comercialización europea” muy bien expuesta, en España, por E. TORRALBA: el fabricante que pone en circulación un producto en el interior de la UE, o permite que lo haga un tercero, pierde el control de la circulación intra-UE del mismo, de manera que está asumiendo que dicho producto podrá ser comercializado en el territorio de cualquier Estado miembro²⁸. En consecuencia, el fabricante que introduce sus productos en el mercado de venta de un Estado miembro, puede ser demandado en cualquier Estado miembro donde el producto cause daños. El art. 5.3 Reglamento Bruselas I es claro en este sentido, ya que no introduce ninguna cautela al respecto.

33. Cuarta. En la actualidad, es frecuente que las empresas tengan su sede en un país, oficinas en otro país y que el país de fabricación de sus productos sea diferente. Pues bien, el TJUE aporta luz en esta sentencia en relación con la delimitación del lugar del hecho causal como foro que da competencia a un tribunal europeo en estos casos. El lugar del hecho causal, en los casos de daños derivados de los productos, es, exclusivamente, el lugar de su fabricación.

34. Quinta. Con ambas estrategias, el fabricante puede determinar y confeccionar de modo razonable una estrategia de mercado que delimite su ámbito espacial de captación de usuarios de sus productos. Y que no tenga desagradables sorpresas con demandas interpuestas en tribunales que no estén vinculados de manera estrecha con el supuesto, de este modo podrá prever, razonablemente, *ex ante* la competencia de los tribunales ante los que podrá ser demandado ante una eventual controversia. El gran riesgo que puede provocar una múltiple litigación deslocalizada es que el fabricante decida no fabricar y no comerciar. Es evidente que si el fabricante sabe que puede ser demandado ante los tribunales de cualquier Estado donde se cause un daño, ello produciría un efecto negativo, ya que no circularía la riqueza y

²⁸ E. C. TORRALBA MENDIOLA, *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Marcial Pons, Madrid 1997, pp. 98-99: “El fabricante que pone en circulación un producto en el interior de la Comunidad, o permite que lo haga un tercero, pierde el control de la circulación intracomunitaria del mismo, de manera que está asumiendo que dicho producto podrá ser comercializado en el territorio de cualquier Estado miembro. La misma situación se produce en relación con aquellos productos que, aunque de origen extracomunitario, son comercializados en el territorio de alguno de los Estados miembros (productos de libre práctica)”.

no se intercambiarían los recursos para aumentar el bienestar de los particulares. Por otro lado, el TJUE ha dado apoyo a los fabricantes al concretar el lugar del hecho causal en el lugar de la fabricación del producto y no en el lugar de venta o comercialización del mismo.

35. En un mundo y en una economía globalizados, donde cada vez es más sencillo comerciar a nivel mundial y comerciar con sujetos que se encuentran en el extranjero; moverse, trasladarse y viajar de un país a otro, etc., es cada vez más necesario prever razonablemente donde puede ser demandado un fabricante. Sólo así el fabricante podrá diseñar una adecuada estrategia comercial. Se observaría una infracción de la tutela judicial efectiva si se permitiese que una persona, por el mero hecho de haber sufrido un daño derivado de un producto en un país pudiera demandar al fabricante ante los tribunales de dicho país si éste, a su vez, no pudiera prever razonablemente esa demanda en ese lugar puesto que no entraba dentro de su órbita de estrategia comercial. Para que el empresario pueda perfilar su estrategia comercial, el TJUE ha limitado el ámbito del foro del hecho causal, y con ello, el número de Estados miembros cuyos tribunales son competentes en estos litigios. Con esta limitación se beneficia a la libre circulación de mercancías en los veintiocho Estados miembros de la UE. Se facilita, de este modo, el intercambio internacional y las transacciones internacionales y se dota de seguridad jurídica a las mismas. Proteger la posición jurídica del fabricante en DIPr. europeo es, en definitiva, proteger e impulsar la economía de los Estados Miembros de la UE, y eso constituye un valor que el legislador y los tribunales defienden por el bien general de la sociedad.

ILÍCITOS A DISTANCIA Y BIENES INMATERIALES: LA PRECISIÓN DEL HECHO CAUSAL Y DEL CONCEPTO DE “DAÑO DIRECTO” Y “DAÑO INDIRECTO”

M^a DOLORES ORTIZ VIDAL

*Becaria-contratada FPU-UMU Área de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 27.07.2014 / Aceptado: 01.08.2014

Resumen: En la actualidad, la utilización indebida de una obra artística puede expandirse rápidamente con un alcance geográfico mundial, lo que vulnera el derecho de propiedad intelectual. No obstante, el derecho de propiedad intelectual presenta un carácter territorial. Por ello, resulta necesario determinar en qué casos y según qué criterios los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la UE pueden declararse competentes, a efectos del art. 5.3 RB-I, para conocer de la responsabilidad civil derivada de una vulneración de los derechos de autor.

Palabras clave: Derecho de propiedad intelectual. Ilícitos a distancia. Daño directo. Daño indirecto. Artículo 5.3 RB-I.

Abstract: Currently, the misuse of an artistic work can expand rapidly with a global geographic scope, which can infringe the intellectual property rights. However, the intellectual property right has a territorial character. Therefore, it is necessary to determine in what cases the courts of a Member State of the EU have jurisdiction, for the purposes of art. 5.3 RB-I, to hear about the civil liability derived from a violation of copyright.

Key Words: Intellectual property (IP) rights. Act of tort committed in another Member State. Direct damage. Indirect damage. Article 5(3) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000.

Sumario: I. La protección del derecho de propiedad intelectual en un escenario internacional. II. El asunto *Hi Hotel HCF SARL y Uwe Spoering*: STJUE de 3 abril 2014. III. Solución dada por el TJUE al asunto *Hi Hotel HCF SARL y Uwe Spoering*. IV. La interpretación del concepto “lugar en el que se ha producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) respecto a los ilícitos a distancia en los que existen bienes inmateriales. 1. Determinación de las normas de competencia judicial internacional en materia delictual o cuasi delictual. 2. El foro “lugar en el que se hubiera producido o hubiera debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) y los ilícitos a distancia. 3. El concepto de “daño directo” y “daño indirecto” en los ilícitos a distancia en los que concurren bienes inmateriales, inspirados en el principio de territorialidad. V. Conclusiones.

I. La protección del derecho de propiedad intelectual en un escenario internacional

1. La evolución tecnológica y los nuevos métodos de distribución posibilitan nuevas técnicas de reproducción de obras artísticas y una amplia facilidad para con su divulgación no autorizada. Ello ha impulsado de modo exponencial la internacionalización de estas situaciones privadas. Una nueva realidad surge: la utilización indebida de una obra artística puede expandirse rápidamente con un alcance geográfico mundial, lo que vulnera el derecho de propiedad intelectual.

2. El derecho de propiedad intelectual es la facultad que tiene el autor sobre su obra. El titular de la obra dispone, en exclusiva, del derecho de reproducción, distribución y modificación del bien inmaterial objeto de protección, si bien, puede autorizar a terceras personas a ello. En este sentido, el tercero que realice cualquier modalidad de acto de explotación de la obra artística sin autorización del titular de la misma, comete una infracción de derecho de autor.

3. El contenido del derecho de autor es distinto en el ordenamiento jurídico español y anglosajón. En el ordenamiento jurídico español, el derecho de propiedad intelectual comprende derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más límite que el señalado por Ley (art. 2 LPI¹). A diferencia de ello, el sistema de *copyright* que contempla el ordenamiento jurídico anglosajón, únicamente se refiere a la vertiente patrimonial del derecho de autor².

4. Ahora bien, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE tienen por objetivo proporcionar una adecuada protección jurídica dirigida a garantizar que el titular de una obra no tenga que soportar que un tercero, sin su autorización, reproduzca, explote o distribuya la misma. Por esta razón, los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro de la UE contemplan sanciones y vías de recurso para aquellos supuestos en los que se vulnera el derecho de propiedad intelectual.

5. No obstante, el legislador de la UE es consciente de que el derecho de autor constituye un “monopolio legal” que puede comportar “barreras jurídicas” que dificultan el respeto de los principios fundamentales de libre circulación que inspiran el mercado interior. Por esta razón, la UE persigue la uniformidad y la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de derechos de autor y derechos afines. Para ello, la UE ha elaborado, en materia de derechos de autor, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y de derechos conexos a la sociedad de la información³.

6. El objetivo de dicha Directiva consiste en transponer las principales obligaciones que derivan de los dos Tratados sobre derechos de autor y derechos afines, adoptados en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en diciembre de 1996: el Tratado sobre derecho de autor y el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas⁴. Ambos Tratados de la OMPI tienen por finalidad ampliar el ámbito de protección que garantiza el Convenio de París para la protección de la

¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 abril 1996).

² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho internacional privado*, vol II, 14^a ed., 2013-2014, p. 1028; AAVV., *Manual de Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 29-30 exponen el caso del coloreado de la película “La Jungla de Asfalto” del director John Huston (*Cour de Cassation* de 28 de mayo de 1991). Esta película pertenece al llamado cine negro, que se caracteriza por presentar una iluminación claroscuro. Pues bien, la productora norteamericana, que ostentaba el derecho de *copyright* sobre dicha película en USA decide colorear la obra, lo que era perfectamente posible porque la productora era titular, en los Estados Unidos, de todos los derechos sobre esta película. A diferencia de ello, en Francia, la productora norteamericana no podía colorear la película, a menos que contara con la autorización de los herederos de John Huston. En el Derecho francés, los herederos del director de la película son titulares del Derecho moral de autor, intransferible por acto *inter vivos*. De ese modo, la productora norteamericana puede utilizar su derecho de explotación del film en Francia, con arreglo al derecho francés, lo que supone que debe respetar el derecho moral de autor. Ello supone que la productora es titular, en Francia, de un derecho sobre la película que se rige por la Ley francesa y que con arreglo a tal derecho, no puede colorear dicha película si se oponen a ello los herederos de John Houston. La Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 28 de mayo de 1991, se pronuncia a favor de los herederos de John Huston y en contra de la productora norteamericana, con ocasión de la emisión de la versión coloreada de “La Jungla de Asfalto” en una cadena de televisión francesa.

³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y de derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 314, de fecha 25.11.2008).

⁴ Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación de ambos Tratados, en nombre de la Comunidad Europea pero no publicada en el Diario Oficial.

propiedad industrial⁵ y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas⁶, en función de la evolución técnica que ha experimentado, en el contexto internacional, la sociedad de la información.

7. La Directiva se refiere, principalmente, a tres ámbitos: el derecho de reproducción, el derecho de comunicación y el derecho de distribución. En relación con el derecho de reproducción, la UE permite que el autor se reserve el derecho exclusivo a autorizar o a prohibir la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o de una parte de su obra. Respecto al derecho de comunicación, la UE señala que el autor es quien tiene el derecho, en exclusiva, de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de sus obras, de manera que éste pueda acceder a la obra desde el lugar y el momento indicado por el autor. En cuanto al derecho de distribución, la Directiva señala que el autor es el único que puede distribuir al público su obra original o una copia de la misma. Ahora bien, el derecho de distribución del autor finaliza con la venta o cesión del derecho de propiedad intelectual a un tercero.

8. El presente trabajo se refiere a la interpretación que puede darse al foro de competencia judicial internacional “lugar en el que se hubiere producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso”, contenido en el art. 5.3 RB-I⁷, respecto de los casos de ilícitos a distancia en los que existen bienes inmateriales. Para ello, este estudio aborda, entre otras, la STJUE de 3 de abril de 2014⁸.

II. El asunto *Hi Hotel HCF SARL y Uwe Spoering*: STJUE de 3 abril 2014

9. El Sr. Spoering, fotógrafo de profesión, realizó durante el mes de febrero de 2003 veinticinco fotografías del interior de distintas habitaciones del hotel que la compañía *Hi Hotel HCF SARL* explota en Niza (Francia). La empresa *Hi Hotel HCF SARL* paga al Sr. Spoering el montante que aparece en la factura cuyo importe ascendía a dos mil quinientos euros. La factura contenía la expresión “*include the rights – only for the Hi Hotel*”. En este sentido, el derecho de explotación de propiedad intelectual no fue recogido en un acuerdo por escrito firmado por ambas partes contratantes. No obstante y según lo que se desprende de la expresión de la factura, el Sr. Spoering cede a *Hi Hotel HCF SARL* el derecho a utilizar las fotografías en sus folletos publicitarios y sus páginas *web*.

⁵ Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, firmado el día 20 de marzo de 1883, enmendado el 28 de septiembre de 1979. 175 Estados son parte contratante en este Convenio. En particular, España ratifica este Convenio el día 6 de junio de 1884 y entra en vigor para nuestro país con fecha 7 de julio de 1884 (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 1974).

⁶ Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, firmado el día 9 de septiembre de 1886, enmendado el 28 de septiembre de 1979. 167 Estados son parte contratante en este Convenio. En particular, España ratifica este Convenio el día 5 de septiembre de 1887, si bien, su entrada en vigor tiene lugar el día 5 de diciembre de 1887 (BOE núm. 81, de 4 abril de 1974).

⁷ Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L 012* de fecha 16.01.2001).

⁸ El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el art. 5.3 RB-I, /art. 5.3. CB 1968 *vid.* STJUE 5 junio 2014, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV*, asunto C-360/12; STJUE 13 marzo 2014, *Marc Broggitte vs. Fabrication de Montres Normandes EURL y Karsten Fräßdorf*, asunto C-548/12; STJUE 16 enero 2014, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG*, asunto C-45/13; STJUE 3 octubre 2013, *Peter Pickney vs. KDG Mediatech AG*, asunto C-170/12; STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB vs. Frank Koot y Evergreen Investments BV*, asunto C-147/12; STJUE 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global UK*, asunto C-228/11; STJUE 25 octubre 2012, *Folien Fischer AG y Fofitec AG vs. Ritrama SpA*, asunto C-133/11; STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, asunto C-523/10; STJUE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV vs. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, asunto C-189/08; STJUE 10 junio 2004, *Rudolf Kronhofer vs. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius y Zeki Karan*, asunto C-168/02; STJUE 5 febrero 2004, *Danmarks Rederiforening vs. LO Landsorganisationen i Sverige*, asunto C-18/02; STJUE 17 septiembre 2001, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, asunto C-334/00; STJUE 19 septiembre 1995, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc y Zubaidi Trading Company*, asunto C-364/93; STJUE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill vs. Presse Alliance SA*, asunto C-68/93; STJUE 11 enero 1990, *Drumez France y Tracoba vs. Hessische Landesbank (Helaba), Salvatorplatz-Grundstücksgesellschaft mbH & Co. oHG Saarland y Lübecker Hypothekenbank*, asunto C-220/88; STJUE 30 noviembre 1976, *Société anonyme Handwerkskerij G.J. Bier BV vs. Société anonyme Mines de potasse d'Alsace*, asunto C-21/76.

10. Con posterioridad, en el año 2008, el Sr. Spoering descubre en una librería de Colonia (Alemania) que el libro “*Innenarchitektur weltweit*” (Arquitectura de interiores en el mundo), publicado por la editorial *Phaidon* cuyo domicilio social se encuentra en Berlín (Alemania), contenía la reproducción de nueve de las veinticinco fotografías que él había tomado del interior de las distintas habitaciones del hotel que la compañía *Hi Hotel HCF SARL* explota en Niza (Francia).

11. El Sr. Spoering interpone una demanda por vulneración de su derecho de propiedad intelectual contra la empresa *Hi Hotel HCF SARL* ante el tribunal de Colonia (Alemania). El Sr. Spoering considera que *Hi Hotel HCF SARL* ha vulnerado su derecho de autor, puesto que, ha transmitido sus fotografías a la editorial *Phaidon* para que haga uso de ellas. Por esta razón, el Sr. Spoering pretende que el tribunal de Colonia (Alemania) condene a *Hi Hotel HCF SARL* a dejar de reproducir, difundir o exponer dichas fotografías en territorio alemán, por sí misma o a través de terceros, con la salvedad de que él preste su consentimiento previamente. Además, el Sr. Spoering también solicita que *Hi Hotel HCF SARL* sea condenada al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del comportamiento de la compañía. La empresa *Hi Hotel HCF SARL* contesta a la demanda y alega que la editorial *Phaidon* tiene, además de un establecimiento en Berlín (Alemania), otro en París (Francia). Así las cosas, el director de la compañía *Hi Hotel HCF SARL* estima que puede ceder las fotografías tomadas por el Sr. Spoering a la editorial *Phaidon-Paris*.

12. El tribunal de Primera Instancia en Colonia estimó la demanda del Sr. Spoering y, con posterioridad, el recurso de apelación interpuesto por la compañía *Hi Hotel HCF SARL* no prosperó. Finalmente, el *Bundessgerichtshof*, ante el que se presenta recurso de casación, suspende el procedimiento y plantea al TJUE la cuestión de determinar si el tribunal alemán puede declararse internacionalmente competente para conocer del asunto en virtud del foro del lugar en el que se hubiere producido o debiere producirse el hecho dañoso (art. 5.3 RB-I).

III. Solución dada por el TJUE al asunto *Hi Hotel HCF SARL y Uwe Spoering*

13. El *Bundessgerichtshof* plantea al TJUE la cuestión de cómo debe interpretarse el foro del lugar en el que se hubiere producido o debiere producirse el hecho dañoso (art. 5.3 RB-I), para el caso de que el hecho dañoso se haya producido en un Estado miembro distinto de aquél en el que se ha cometido el acto ilícito, objeto del procedimiento.

14. La compañía *Hi Hotel HCF SARL* sostiene que el TJUE tiene que declarar inadmisibile la cuestión prejudicial que el *Bundessgerichtshof* le plantea, puesto que, no ha sido posible determinar si ha existido, o no, una cesión completa a su favor de los derechos de autor. Por tanto, indica la empresa *Hi Hotel HCF SARL* que si dicha cesión no ha tenido lugar, no se ha producido una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el TJUE señala que las cuestiones planteadas por un órgano jurisdiccional nacional que versen sobre la interpretación del Derecho de la UE disfrutan de una presunción de pertinencia. En consecuencia, el TJUE se negará a pronunciarse respecto a una cuestión prejudicial en el caso de que la interpretación solicitada del Derecho de la UE no presente vínculo con el objeto del litigio principal o si el TJUE no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder a la cuestión planteada de manera útil (STJUE 12 de diciembre 2013, *Soa Nazionale Costruttori*⁹).

15. En este caso, la interpretación del foro “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) es necesaria para poder resolver el litigio principal, ya que, la compañía *Hi Hotel HCF SARL* ha propuesto una excepción de competencia de los órganos jurisdiccionales alemanes para conocer del litigio derivado de una infracción de derechos de autor. El *Bundessgerichtshof* tiene que

⁹ STJUE 12 diciembre 2013, *Soa Nazionale Costruttori*, asunto C-327/12, FD 20 “... las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad disfrutan de una presunción de pertinencia”.

pronunciarse, en primer lugar, respecto a la excepción de competencia con objeto de poder dictar, posteriormente y si procede, sentencia sobre el fondo del asunto. El *Bundersgerichtshof*, en el supuesto de que fuera competente para conocer del asunto, determinará si existió, o no, cesión de los derechos de propiedad intelectual o cual es el alcance de la posible infracción cometida por la empresa *Hi Hotel HCF SARL*.

16. Pues bien, el TJUE, para determinar si el tribunal alemán puede declararse competente para conocer de este litigio derivado de una infracción de derechos de autor, según el foro del art. 5.3 RB-I, tiene que señalar si dicho foro opera respecto del sujeto que vulneró los derechos de propiedad del Sr. Spoering, pero que no actuó en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional alemán. Para ello, el TJUE tiene que tomar en consideración el hecho de que la editorial *Phaidon-Berlín* es la empresa que difunde las fotografías tomadas por el Sr. Spoering en Niza (Francia), lo que vulnera su derecho de propiedad intelectual. Ahora bien, la empresa *Hi Hotel HCF SARL* contribuye a dicha infracción en la medida en que es la que cede la explotación de las fotografías a la editorial *Phaidon-París*.

17. En este asunto, existen dos infractores: la compañía *Hi Hotel HCF SARL* y la editorial *Phaidon-Berlín*. La empresa *Hi Hotel HCF SARL* cede a *Phaidon-París* las fotos que tomó el Sr. Spoering sin su autorización y la editorial *Phaidon-Berlín* publica dichas fotos en una revista alemana. No obstante, aunque son dos los sujetos que han causado la infracción de los derechos de propiedad intelectual, el Sr. Spoering se dirige en el litigio principal, únicamente, contra la empresa *Hi Hotel HCF SARL* que actuó en Francia, fuera de la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional alemán ante el que ha sido demandada.

18. En un proceso civil, es el actor el que delimita el objeto del proceso y es el actor el que decide quién es el demandado. Por esta razón, el Sr. Spoering pide en su demanda que el tribunal alemán condene a *Hi Hotel HCF SARL* a cesar en la reproducción, difusión y exposición en el territorio alemán de las fotografías, por sí misma o a través de terceros y que, además, le obligue a pagarle una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. No obstante, resulta necesario señalar que el Sr. Spoering se dirige en el litigio principal únicamente contra *Hi Hotel HCF SARL*, a pesar de que *Phaidon-Berlín* también ha cometido una infracción derivada de una vulneración de un derecho de propiedad intelectual. *Phaidon-Berlín* publica dichas fotografías en el libro “*Innenarchitektur weltweit*” (Arquitectura de interiores en el mundo). En el caso de que el Sr. Spoering hubiera decidido demandar a *Phaidon-Berlín*, el tribunal alemán se habría declarado competente en virtud del foro del domicilio del demandado (art. 2 RB-I) pero no con arreglo al foro especial contenido en el art. 5.3 RB-I. El foro del art. 5.3 RB-I sólo es aplicable cuando al demandado se le demanda ante un tribunal de un Estado miembro distinto de aquél en el que está domiciliado.

19. El TJUE considera que el hecho causante del daño, interpretado con arreglo al art. 5.3 RB-I, no se ha producido en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional alemán. La causa por la que se produce el daño a los derechos patrimoniales de autor del Sr. Spoering se corresponde con la entrega que *Hi Hotel HCF SARL* hace a *Phaidon-París* de las fotografías que tomó el autor. Por ello, el TJUE estima que el órgano jurisdiccional alemán ante el que el Sr. Spoering ha presentado una demanda por vulneración de los derechos patrimoniales de autor, puede declararse competente para conocer del asunto sólo si el Estado miembro alemán protege los derechos patrimoniales que alega el demandante y si el daño producido puede materializarse en la circunscripción del tribunal ante el que se ejercita la acción (STJUE 3 octubre 2013, *Pickney*¹⁰). La infracción de los derechos patrimoniales de autor se protege, en el ordenamiento jurídico alemán, en 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 información¹¹. Además, el daño a los

¹⁰ STJUE 3 octubre 2013, *Peter Pickney vs. KDG Mediatech AG*, asunto C-170/12, FD. 40 “... las cuestiones de, por una parte, en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho protegido en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción y, por otra, si dicha vulneración es imputable al demandado, corresponden al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente”.

¹¹ 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 (*DO*

derechos patrimoniales de autor del Sr. Spoering puede materializarse en la circunscripción del tribunal alemán. En consecuencia, el órgano jurisdiccional alemán podrá declararse competente para conocer de este asunto, si bien, únicamente respecto a los daños ocasionados en el territorio del Estado alemán.

20. En definitiva, el TJUE considera que el litigio objeto del asunto *Spoering vs. Hi Hotel HCF SARL* constituye un ilícito a distancia. Ello permite al demandante, el Sr. Spoering, elegir ante los tribunales de qué Estado miembro interponer su demanda por vulneración de sus derechos de autor: el tribunal del lugar en el que se genera el hecho causal que da lugar al daño, o bien, el tribunal del lugar en el que se verifica el daño (art. 5.3 RB-I)¹². Pues bien, el TJUE entiende que el órgano jurisdiccional alemán no es competente para conocer del asunto en virtud del foro del lugar en el que se produce el hecho causante del daño. *Hi Hotel HCF SARL* no actúa en la circunscripción del territorio del órgano jurisdiccional ante el que se le demanda. Sin embargo, el órgano jurisdiccional alemán sí podrá declararse competente para conocer del mismo asunto, según el foro del lugar en el que se verifica el daño, pero sólo respecto de los daños ocasionados en el territorio del Estado miembro alemán¹³.

IV. La interpretación del concepto “lugar en el que se ha producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) respecto a los ilícitos a distancia en los que existen bienes inmateriales

1. Determinación de las normas de competencia judicial internacional en materia delictual o cuasi delictual

21. La vulneración de los derechos de propiedad intelectual y demás derechos incorporeales forman parte de la categoría de obligaciones no contractuales. El concepto de “materia delictual o cuasi delictual” es un concepto autónomo, propio del Reglamento *Bruselas I*. Por tanto, dicho concepto no debe extraerse de las normas de Derecho nacional de cada Estado miembro (STJUE 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global UK*¹⁴). El TJCE ha señalado que el concepto “materia delictual o cuasi delictual” comprende toda obligación que surja de una relación jurídica que no haya sido libremente asumida por las partes¹⁵ (STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*¹⁶, STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*¹⁷).

22. En el sector de la competencia judicial internacional, el Reglamento *Bruselas I* establece que, en materia delictual o cuasi delictual, las acciones por infracción de los derechos de propiedad

L 167, p. 10).

¹² O. CACHARD, *Droit international privé*, 2^a ed., Ed. Larcier, Bruxelles, 2013, p. 53 señala que “... le demandeur a le choix entre le bénéficiaire de la concentration du litige devant le juge du fait générateur et le bénéficiaire de la proximité avec le dommage, cette proximité impliquant un fractionnement”.

¹³ En el mismo sentido se pronuncia el TJUE en una Sentencia de 5 de junio de 2014, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV*, asunto C-360/12, FD. 51 “... el artículo 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001 no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador, una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de responsabilidad basada en la ley contra la competencia desleal del Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto dirigida contra uno de los presuntos autores de dicho daño que no actuó en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional que conoce del asunto”.

¹⁴ STJUE 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global UK*, asunto C-228/11, FD. 22 “... las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a sus objetivos”.

¹⁵ A. S. DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Ed. Almedina, Coimbra, 2013, pp. 31-32 delimita el concepto de responsabilidad extracontractual según las indicaciones dadas por el TJUE. *Vid.* también 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, pp. 383-464.

¹⁶ STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriel*, asunto C-96/00, FD. 33 “... el concepto de materia delictual o cuasidelictual cubierta por el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas comprende toda demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad de un demandado y que no guarde relación con la materia contractual a efectos del artículo 5, número 1, de dicho Convenio”.

¹⁷ STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, asunto C-334/00, FD. 12 “... la responsabilidad precontractual no tiene su origen en compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra”.

intelectual no encajan en el foro de competencia exclusiva que declara competentes a los tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro, en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos, en virtud de lo dispuesto en algún instrumento legal internacional (art. 22.4 RB-I). Por esta razón, siempre que las partes implicadas no hayan decidido someterse a los tribunales de un Estado miembro (arts. 23-24 RB-I)¹⁸, pueden declararse competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 2 RB-I) o, alternativamente, los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se concreta el lugar en el que se hubiere producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso (art. 5.3 RB-I).

23. El TJUE recuerda que el foro del país en cuyo territorio el demandado tiene su domicilio constituye un foro general (STJUE 3 abril 2014 *Spoering vs. Hi Hotel HCF SARL*). En efecto, si el tribunal del país en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 2 RB-I) se declara competente para conocer de un litigio relativo a una infracción de derechos de autor, dicho tribunal puede decidir respecto de todos los daños que la presunta víctima soporte en cualquier Estado del mundo. El Sr. Spoering puede demandar a *Hi Hotel HCF SARL*, en virtud del foro del domicilio del demandado, ante los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal (art. 60 RB-I).

Ahora bien, el foro del domicilio del demandado es, con frecuencia, *ineficiente* porque no permite a demandante y a demandado litigar *low cost*. Los beneficios que obtiene el demandado respecto de la posibilidad de organizar una adecuada defensa procesal en su propio país, suelen coincidir con los perjuicios que se irrogan al demandante, que para litigar debe desplazarse al país en el que el demandado tiene su domicilio. No obstante, una litigación asequible favorece los derechos de los particulares. Por esta razón, el foro del domicilio del demandado sólo resulta *eficiente* si los bienes objeto del litigio se hallan en el lugar en el que el demandado tiene su domicilio, lo que les permite litigar a un coste reducido. En este sentido, se garantiza la ejecución de la futura sentencia sólo si los bienes objeto del litigio se encuentran en el país del domicilio del demandado y si su patrimonio es suficiente para cubrir la ejecución¹⁹.

24. No obstante, el TJUE indica, en el mismo asunto, que el Reglamento *Bruselas I* también contiene un foro de competencia judicial especial en materia delictual o cuasi delictual, para aquellos supuestos en los que el litigio está más estrechamente vinculado con los tribunales del Estado en el que se ha producido el hecho dañoso (art. 5.3 RB-I).

En consecuencia, el foro especial por razón de la materia regulado en el art. 5.3 RB-I, opera ante la existencia de una estrecha conexión entre el asunto litigioso y el órgano jurisdiccional del Estado en el que se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso, lo que garantiza una buena administración de la justicia²⁰ (STJUE 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global UK*²¹). Además, el art. 5.3 RB-I es también

¹⁸ A. PEUKERT, "Contractual Jurisdiction Clauses and Intellectual Property" en J. DREXL / A. KUR (EDS.) *Intellectual Property and Private International Law. Heading for the Future*, Ed. Hart Publishing, Oregon, 2005, pp. 55-59.

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14^a ed., Ed. Comares, Granada, 2013-2014, pp. 238-242 realizan un análisis crítico del fundamento jurídico privado del foro del domicilio del demandado y de su no adecuación a la litigación internacional del siglo XXI en términos de *eficiencia*. Vid. también, en relación con la creación de "demandados artificiales", J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio 2014, núm. 27, pp. 1-54.

²⁰ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Sección 2: Competencias especiales. Artículo 5: apartado tercero" en A.-L. CALVO CARAVACA (ED.) *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 120-130, esp. p. 127 indica que "El objetivo perseguido por el art. 5.3^o no es la protección de la víctima, sino la buena administración de la justicia, basada en la existencia de un vínculo particularmente estrecho entre el litigio y otro tribunal que no sea el del domicilio del demandado"; N. GONZÁLEZ URRIZA, "La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009" *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 290-295, esp. p. 293 señala que la regla de competencia especial del art. 5.3 RB-I operará si produce un *efecto útil*, lo que obliga a descartar la aplicación del foro general del domicilio del demandado contenido en el art. 2 RB-I.

²¹ STJUE 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global UK*, asunto C-228/11, FD. 26 "... la regla de competencia establecida en el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia

un foro razonable en términos materiales porque posibilita que el presunto responsable que con su comportamiento cause un daño en lugar, responda en ese lugar de ese daño²².

25. Las normas de Derecho internacional privado, en el sector de la competencia judicial internacional, implementan un “principio de Justicia en el sentido constitucional-europeo”, por el que proporcionen soluciones seguras, estables, precisas, claras e intrínsecamente justas. Este principio “constitucional-europeo” es el que da sentido a la norma positiva²³.

La norma de competencia judicial internacional sintoniza con la tutela judicial efectiva cuando designa competente al tribunal de un Estado que presenta vínculos sustanciales con el litigio²⁴. El Derecho a la tutela judicial efectiva comporta que el tribunal que conozca del litigio presente contactos sustanciales con el mismo. En otras palabras, entre el litigio y el país cuyos tribunales van a conocer del asunto deben existir unos contactos significativos.

Los particulares 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. Las partes implicadas en una situación privada internacional no pueden verse sorprendidas por el hecho de que conozca de su asunto el tribunal de un Estado que no pudieron razonablemente prever.

2. El foro “lugar en el que se hubiera producido o hubiera debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) y los ilícitos a distancia

26. El objeto de la STJUE *Spoering vs. Hi Hotel HCF SARL* constituye un ilícito a distancia. El hecho generador del daño, que consiste en la cesión indebida de las fotos que *Hi Hotel HCF SARL* realiza a favor de *Phaidon-París*, se genera en Francia. No obstante, el daño, que se produce con la publicación de dichas fotos en una revista alemana por una editorial con sede en Berlín – *Phaidon-Berlin* –, se verifica en Alemania. La cuestión que se plantea consiste en determinar si el Estado en el que se ha producido el hecho dañoso se corresponde con el país en el que se produce el hecho generador del daño o con el Estado en el que se verifica dicho daño.

27. El concepto “lugar en el que se haya producido el hecho dañoso” es un concepto europeo, propio del Reglamento *Bruselas I*, que debe definirse con arreglo a sus objetivos²⁵. Por esta razón, dicho concepto no tiene que extraerse de las normas de Derecho nacional de cualquier Estado miembro de la UE²⁶. El foro “lugar en el que se haya producido o hubiera debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 RB-I) opera con independencia de que, en el momento de presentación de la demanda, se haya probado,

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”; STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, FD. 24 “... la regla de competencia especial establecida en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido 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”.

²² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2014, pp. 116-125, esp. pp. 117-118 hace referencia al principio de *auto-responsabilidad* del autor del daño que supone que el presunto responsable debe asumir la “carga de internacionalidad jurisdiccional” asociada al lugar en el que se produce el daño.

²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 147.

²⁴ Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

²⁵ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2nd revised edition, Ed. Selp, Munich, 2012, p. 239 señalan que “el lugar donde se produce el hecho dañoso” no está definido expresamente en el art. 5.3 RB-I.

²⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., Ed. LGDJ, Paris, 2010, p. 220 expresa que « Les termes employés par l’article 5-3° entraînent des difficultés d’interprétation essentiellement dans trois types d’hypothèses : lorsqu’il y a dissociation dans l’espace entre le lieu du fait générateur du dommage et le lieu où le préjudice a été subi, lorsque le demandeur est la victime d’un préjudice par ricochet et, enfin, lorsque le lieu du fait générateur et celui où le préjudice est subi sont difficiles à localiser ».

o no, que se ha producido un daño a un bien jurídico, porque ésa es una cuestión de fondo del asunto²⁷. En este sentido, el foro contenido en el art. 5.3 RB-I se activa si existen indicios razonables de que se ha producido o de que puede producirse un daño al bien jurídico protegido²⁸.

28. El TJUE considera que, en los ilícitos a distancia, el foro “lugar en el que se haya producido o debiera producirse el hecho dañoso”, se refiere al Estado Miembro en el que se ha producido el hecho que ha causado el daño y también al Estado Miembro en el que se ha producido ese daño, de manera efectiva (STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d’Alsace*²⁹). Por tanto, el demandante puede elegir ante los tribunales de qué Estado desea interponer su demanda³⁰. Ahora bien, si el demandante presenta su demanda ante el tribunal del Estado de producción del hecho causal del daño, que normalmente coincidirá con el tribunal del Estado miembro en el que el demandante tenga su domicilio³¹, éste se declarará competente para conocer de la responsabilidad derivada de los daños causados en todo el mundo. No obstante, si el demandante interpone su demanda ante el tribunal del país en el que se verifica el daño, éste únicamente podrá conocer de la responsabilidad civil de los daños ocasionados en ese país³² (STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*³³).

29. En este sentido, si el demandante presenta su demanda por infracción de derechos de autor ante los tribunales del Estado Miembro en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 2 RB-I) o, alternativamente, ante los tribunales del Estado en el que se produce el hecho causal del daño (art. 5.3 RB-I), cualquiera de ellos se declarará competente para conocer de la responsabilidad derivada de los daños causados en todo el mundo. Sin embargo, en el caso de que el demandante interponga la demanda ante el tribunal del país en el que se verifica el daño (art. 5.3 RB-I), éste sólo podrá conocer de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados en ese Estado.

30. Los derechos de propiedad intelectual presentan un carácter territorial, lo que significa que se protegen únicamente en el país donde se ha solicitado y obtenido la protección. En su inicio, los derechos

²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª edición, Ed. Comares, Granada, 2012-2013, p. 826

²⁸ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, Ed. Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 370-371 ; M. ATTAL / A. RAYNOUARD, *Droit international privé*. Tome I : principes généraux, Ed. Larcier, Bruxelles, 2013, p. 209 indica que «il faut enfin noter que l’article 5-3° fait aussi référence au lieu où le dommage risque de se produire » ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, 2ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 2011, p. 348 señala que «... l’article 5-3° peut régir des actions purement préventives, visant à éviter la survenance d’un dommage ».

²⁹ STJCE 30 noviembre 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, asunto C-21/76, FD. 19 “... el significado de la expresión del número 3 del artículo 5, «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» debe, pues, determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante”.

³⁰ B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto internazionale privato*, Ed. Giuffrè editore, Milano, 2013, pp. 264-265 realiza una comparativa del concepto “lugar en el que se ha producido el hecho dañoso” en el sector de la competencia judicial internacional en el Reglamento *Bruselas I* y en el ámbito de la Ley aplicable en el Reglamento *Roma II*.

³¹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 2ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 2011, p. 348.

³² STJUE 5 junio 2014, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV*, asunto C-360/12, FD 45 “El TJUE estima que el tribunal del Estado miembro de registro de la marca o derecho incorporal en cuestión presuntamente vulnerado es “el que se encuentra en mejores condiciones para evaluar (...) si (...) efectivamente se vulnera la marca nacional protegida”. Además, dicho tribunal podrá conocer, *ex art. 7.2 RBI-bis*, de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho protegido, así como de una acción de cesación de cualquier vulneración de dicho derecho. Un derecho de propiedad industrial sólo se puede dañar en el país donde existe.

³³ STJCE 7 marzo 1995, *Shevill c. Presse Alliance*, asunto C-68/93, FD. 33 “...la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, utilizada en el número 3 del artículo 5 del Convenio, debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido de que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido”; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Ed. Oxford and Portland, 2013, pp. 94-97 realiza un análisis jurídico crítico respecto de la STJUE asunto *Shevill c. Presse Alliance* en relación con el caso *Mines de Potasse d’Alsace*.

de propiedad intelectual e industrial constituyen auténticas “concesiones” o “privilegios” otorgados por el Soberano, lo que supuso que los derechos de exclusiva del autor sobre su creación se limitaran a las fronteras del Estado otorgante³⁴. Así, la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual supone que existen tantas infracciones como Estados en los que se ha verificado el daño, siempre que el derecho exista allí³⁵. En este sentido, los derechos de propiedad intelectual presentan un carácter territorial porque sólo pueden infringirse en el lugar en el que el derecho de propiedad intelectual existe, se utiliza, se protege y ha sido presuntamente vulnerado.

31. En consecuencia, el “doble” foro del art. 5.3 RB-I que opera respecto de los ilícitos a distancia permite al actor interponer su demanda ante los tribunales de Estados distintos – lugar en el que se produce el hecho causal del daño, o bien, de manera alternativa, ante los tribunales del país en el que se verifique el daño –, que conocerán de la responsabilidad derivada de los daños producidos en todo el mundo o, en exclusiva, de los daños ocasionados en dicho territorio. Esta afirmación puede encontrar su fundamento en el supuesto de que un único hecho causal puede generar daños en distintos Estados. El tribunal del Estado en el que se realiza el hecho causal resulta competente para conocer de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados en todo el mundo para evitar que el demandante soporte los elevados costes jurisdiccionales que le supondría demandar en cada país, por cada daño, ante los tribunales del Estado en el que dicho daño se ha verificado.

3. El concepto de “daño directo” y “daño indirecto” en los ilícitos a distancia en los que concurren bienes inmateriales, inspirados en el principio de territorialidad

32. En los casos de ilícitos a distancia, la opción de tribunal que existe a favor del demandante únicamente opera respecto a las víctimas directas que han sufrido un daño directo³⁶. Por ello, la producción de un daño indirecto en un Estado miembro no permite que el tribunal del Estado miembro del lugar en el que se genera dicho daño indirecto pueda declararse competente para conocer del asunto en virtud del foro contenido en el art. 5.3 RB-I. Ahora bien, el daño indirecto consecuencia de un perjuicio inicial directo sufrido en un Estado miembro distinto puede ser reclamado, pero ante los tribunales del Estado miembro del lugar en el que se produjera el daño directo. Pues bien, el Sr. Spoering es una víctima directa en este asunto porque es el sujeto que sufre directamente el perjuicio derivado de una infracción de derechos de autor. No obstante, se plantean dificultades a la hora de determinar si el daño que soporta el Sr. Spoering es directo o indirecto.

33. De un lado, el demandante podrá interponer su demanda, en un ilícito a distancia, ante el tribunal del lugar en el que se ha verificado el hecho causal, si y sólo si, tal hecho ha causado directamente el perjuicio. En este asunto, el Sr. Spoering dispondrá de la opción de demandar a *Hi Hotel HCF SARL* por infracción de su derecho de autor, si y sólo si, la acción que realiza *Hi Hotel HCF SARL* le causa directamente un perjuicio. La compañía *Hi Hotel HCF SARL* cede las fotografías que tomó el Sr. Spoering a la empresa *Phaidon* con sede en París, y ésta a su vez, las remite a la empresa *Phaidon* cuya sede se encuentra en Berlín. En este asunto, el origen del daño se produce en Francia por la cesión no autorizada de las fotografías que *Hi Hotel HCF SARL* realiza, en Francia, a favor de *Phaidon-París*. En este sentido, la compañía *Hi Hotel HCF SARL* realiza un acto ilícito según el Derecho francés, en Francia. Sin embargo, dicha cesión no puede considerarse un acto ilícito a tenor del Derecho alemán, puesto que, no ha sido

³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14 ed., Ed. Comares, Granada, 2013-2014, p. 1036.

³⁵ O. CACHARD, *Droit international privé*, 2^a ed., Ed. Larcier, Bruxelles, 2013, p. 54 considera que « Ce retour à la territorialité, qui peut se concevoir en matière d’atteinte aux droits de propriété intellectuelle, est pourtant contestable en théorie et en pratique. En théorie, il méconnaît l’unité du fait générateur, tandis qu’en pratique, il impose le fractionnement de l’action et par voie de conséquence leur multiplication si le demandeur veut obtenir réparation intégrale ».

³⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^a ed., Ed. LGDJ, Paris, 2010, pp. 225-226; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2nd revised edition, Ed. Selp, Munich, 2012, p. 253 indica que “Only the primary or immediate damage is relevant for the purposes of (3). Primary damage is the damage to the asset originally protected”.

realizado en territorio alemán. La cesión no autorizada de las fotografías de las que es titular un tercero es un daño, pero únicamente para el Derecho francés por los daños ocasionados en Francia y no para el Derecho alemán. En sintonía con lo anterior, el TJUE señala que la empresa *Hi Hotel HCF SARL* contribuye a la infracción de derecho de propiedad intelectual en la medida en que es la que cede, en Francia, las fotografías a la editorial *Phaidon-París*, pero es la editorial *Phaidon-Berlín* quien las publica. La entrega de las fotografías que *Hi Hotel HCF SARL* realiza a *Phaidon-París* es la causa que origina el riesgo de su ulterior distribución y reproducción en Alemania.

34. La cesión no autorizada de las fotografías que *Hi Hotel HCF SARL* realiza a *Phaidon-París*, en Francia, no constituye un daño directo en relación con la publicación que *Phaidon-Berlín* lleva a cabo en Alemania. Por esta razón, el tribunal francés no puede declararse competente para conocer del daño que se ha producido en Alemania con la publicación de las fotografías (art. 5.3 RB-I). Sin embargo, el Sr. Spoering puede interponer su demanda ante el tribunal francés para que éste se declare competente para conocer de los daños causados en todo el mundo según el foro del domicilio del demandado (art. 2 RB-I) o, alternativamente, de conformidad con el foro del lugar en el que se produce el hecho causal porque la cesión no autorizada de *Hi Hotel HCF SARL* a *Phaidon-París* es la causa que produce directamente el perjuicio al Sr. Spoering en Alemania (art. 5.3 RB-I).

35. De otro lado, el demandante podrá presentar su demanda ante el tribunal del lugar en el que se produce el resultado dañoso, a efectos del art. 5.3 RB-I, si se corresponde con el lugar en el que se verifica el daño directo de un bien jurídico protegido. En el caso de que el bien jurídico protegido sea un bien físico, el daño directo se produce en el lugar en el que se encuentre el bien físico vulnerado³⁷. No obstante, la norma de competencia judicial internacional debe sufrir una adaptación para el caso de que el bien jurídico protegido coincida con un bien inmaterial. En este supuesto, el daño directo se genera en el lugar donde el derecho de propiedad intelectual existe, se utiliza y ha sido presuntamente vulnerado.

36. El derecho de propiedad intelectual sólo se puede vulnerar en el Estado en el que se ha sufrido el daño. Los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro de la UE pueden declararse competentes, a efectos del art. 5.3 RB-I y según el principio de territorialidad, para conocer de los daños derivados de los derechos patrimoniales de autor ocasionados en su territorio. Por ello, un tribunal podrá declararse competente para conocer de la responsabilidad derivada de una vulneración de los derechos patrimoniales de autor siempre que se cumplan, cumulativamente, dos requisitos³⁸: 1º) El ordenamiento jurídico del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el órgano jurisdiccional ante el que se formula la demanda tiene que regular la protección de los derechos patrimoniales de autor que invoca el demandante. 2º) El daño que soporta el demandante tiene que materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercita la acción.

37. En sintonía con lo anterior, el tribunal alemán ante el que se presenta la demanda únicamente puede declararse competente para conocer de los daños ocasionados a los derechos patrimoniales de

³⁷ P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Ed. G. Giappichelli editore – Torino, 2011, pp. 94-95 indica que “Per evitare una moltiplicazione dei fori disponibili, nei casi di danni di natura unicamente patrimoniale, la Corte ha preferito una interpretazione restrittiva del criterio in esame ed ha affermato che la nozione di evento dannoso debba essere interpretata solo quale lesione del bene giuridico protetto dalla norma”.

³⁸ STJUE 3 octubre 2013, *Peter Pickney vs. KDG Mediatech AG*, asunto C-170/12, FD. 43 “...en lo que respecta a la presunta vulneración de un derecho patrimonial de autor, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual 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”; STJUE 5 junio 2014, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV*, asunto C-360/12, FD 45: “[e]n relación con los daños que resultan de violaciones del derecho de propiedad intelectual y comercial, el Tribunal de Justicia ha precisado que la materialización del daño en un Estado miembro determinado está supeditada a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro”. En consecuencia, el TJUE estima que el lugar donde se ha producido el daño es el Estado miembro de registro de la marca o derecho incorporado en cuestión presuntamente vulnerado (STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger*, asunto C-523/10, FD 28-29).

autor que hayan sido vulnerados en su territorio. En particular, el tribunal alemán podrá declararse competente para conocer del caso si el Derecho alemán protege los derechos patrimoniales que solicita el Sr. Spoering en su demanda y si el daño sufrido por el Sr. Spoering puede materializarse en Alemania. El Sr. Spoering pide en su demanda que *Hi Hotel HCF SARL* deje de reproducir, difundir o exponer sus fotografías en territorio alemán, por sí misma o a través de terceros y que, además, se le condene al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su comportamiento. La protección de los derechos patrimoniales de autor que invoca el Sr. Spoering se regula en Alemania en la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información³⁹. Además, el Sr. Spoering soporta un daño directo en Alemania a sus derechos patrimoniales de autor, puesto que, es en el territorio de este Estado donde la editorial *Phaidon-Berlín* publica las fotografías de las que es titular el Sr. Spoering. En consecuencia, el tribunal alemán se declarará competente, a efectos del art. 5.3 RB-I, para conocer de los daños ocasionados en Alemania por la vulneración de los derechos patrimoniales de autor protegidos por el Derecho alemán.

38. Además, el TJUE ha señalado que el órgano jurisdiccional del Estado en el que se haya producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso (art. 5.3 RB-I) puede declararse competente para conocer del asunto, si y sólo si, el foro es *previsible* para las partes implicadas en el litigio (STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari/Lloyd's Bank*⁴⁰). El concepto de *previsibilidad* constituye un límite a la “opción de tribunal” ofrecida al demandante en el caso de los ilícitos a distancia.

39. El principio de *previsibilidad* en el sector de la competencia judicial internacional resulta imprescindible para que el foro recogido en el art. 5.3 RB-I pueda cumplir su objetivo, que consiste en proporcionar a las partes implicadas un foro en el que tanto el actor como el demandado puedan litigar a un coste reducido⁴¹. En sintonía con ello, la noción de *previsibilidad* se encuentra asociada al grado de conciencia del sujeto que cede la explotación de un bien inmateral respecto de la probabilidad de que dicha cesión genere un daño en el territorio de un país en el que no se ha llevado a cabo el acto ilícito, objeto del procedimiento principal. En este asunto, la compañía *Hi Hotel HCF SARL* pudo prever razonablemente que la cesión no autorizada de unas fotografías a favor de la editorial internacional *Phaidon* podía traer como resultado su publicación en territorio alemán, puesto que, dicha editorial tiene una filial en Alemania.

V. Conclusiones

40. Primera conclusión: el hecho objeto de la STJUE *Hi Hotel HCF SARL vs. Uwe Spoering* constituye un ilícito a distancia *muy particular*: el hecho generador del daño, el hecho dañoso y el daño en sí mismo se realizan por sujetos distintos y en el territorio de diferentes Estados miembros.

La compañía *Hi Hotel HCF SARL* realiza, en Francia y según el Derecho francés, un acto ilícito que consiste en la cesión no autorizada de las fotografías tomadas por el Sr. Spoering a favor de la editorial *Phaidon-París*. Sin embargo, dicha cesión no puede considerarse un acto ilícito a tenor del Derecho alemán porque no ha sido realizada en Alemania. La entrega de las fotografías es la causa que origina el riesgo de su posterior distribución y reproducción en territorio alemán. La editorial *Phaidon-Berlín* es quien ocasiona un daño directo en Alemania al Sr. Spoering con la publicación de las fotografías en

³⁹ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y de derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 314, de fecha 25.11.2008).

⁴⁰ STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari/Lloyd's Bank*, asunto C-364/93, FD. 19 “... la interpretación del número 3 del artículo 5 del Convenio en función del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable, tal como ha propuesto el Gobierno alemán, carece de fundamento. Por otra parte, dicha interpretación resulta incompatible con el objetivo del Convenio consistente en establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles”.

⁴¹ P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”, *RCADI*, vol. 226, 1991, p. 332.

territorio alemán. Por esta razón, el TJUE considera que la empresa *Hi Hotel HCF SARL* sólo contribuye a la infracción del derecho de propiedad intelectual del que es titular el Sr. Spoering, mientras que, es la editorial *Phaidon-Berlín* la que perjudica directamente al Sr. Spoering en Alemania, al publicar sus fotografías en territorio alemán.

41. Segunda conclusión: en los casos de ilícitos a distancia, la *optio fori* que existe a favor del demandante sólo opera respecto de las víctimas directas que hayan sufrido un daño directo, siempre que el tribunal al que conduce el foro de la norma de competencia judicial internacional resulte previsible para las partes (art. 5.3 RB-I).

El Sr. Spoering es una víctima directa porque sufre un daño derivado de una infracción de derechos de autor. No obstante, a la hora de determinar si el daño que soporta el Sr. Spoering en su derecho patrimonial de autor es directo o indirecto, resulta preciso señalar que en este asunto existen dos infractores: la empresa *Hi Hotel HCF SARL* y la editorial *Phaidon-Berlín*. La cesión no autorizada de las fotografías que *Hi Hotel HCF SARL* realiza, en Francia, a favor de *Phaidon-París*, constituye la causa que origina el daño posterior pero no genera un daño directo en relación con la publicación que *Phaidon-Berlín* lleva a cabo en Alemania. Sin embargo, la publicación de las fotografías que la editorial *Phaidon-Berlín* realiza en territorio alemán, sí genera un daño directo en Alemania al derecho patrimonial de autor del que es titular el Sr. Spoering.

Ahora bien, el Sr. Spoering únicamente se dirige contra *Hi Hotel HCF SARL* y no contra *Phaidon-Berlín*, para que aquélla cese en la reproducción, difusión y exposición de las fotografías en territorio alemán y, además, le abone una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El demandante inicia acción sólo contra *Hi Hotel HCF SARL* en Alemania por los daños ocurridos en territorio alemán.

No obstante, el Sr. Spoering puede interponer su demanda por vulneración de sus derechos patrimoniales de autor contra *Hi Hotel HCF SARL*, a efectos del art. 5.3 RB-I, ante el tribunal del país en el que se ha producido el hecho causal o, alternativamente, ante el tribunal del Estado en el que se verifique el daño. Así las cosas, el tribunal francés podrá declararse competente para conocer de los daños ocasionados en todo el mundo derivados de la cesión no autorizada de las fotografías que *Hi Hotel HCF SARL* realiza a *Phaidon-París*, porque ésta es la causa que origina directamente el perjuicio al derecho de propiedad intelectual del Sr. Spoering. Sin embargo, el tribunal alemán también podría declararse competente para conocer de este asunto pero sólo respecto de los daños que se han producido en su territorio.

42. Tercera conclusión: el derecho de propiedad intelectual presenta carácter territorial, lo que significa que sólo existe y puede ser protegido e infringido en el territorio del Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico concede tal derecho de propiedad intelectual pero no en otros países.

Los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro de la UE pueden declararse competentes para conocer de un litigio relativo a la responsabilidad civil derivada de una vulneración de los derechos de autor, a efectos del art. 5.3 RB-I, si su ordenamiento jurídico regula y otorga protección a los derechos de propiedad intelectual que el demandante solicita en su demanda, siempre que el daño que sufre el demandante se produzca en el territorio del Estado miembro ante el que ejercita la acción.

LE IMMUNITÀ DEGLI STATI E DEGLI ORGANI STATALI PRECLUDONO L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA ANCHE ALLE VITTIME DI TORTURE: IL CASO JONES DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

RICCARDO PISILLO MAZZESCHI

*Professore ordinario di Diritto internazionale
Università degli Studi di Siena*

Recibido: 19.08.2014 / Aceptado: 02.09.2014

Riassunto: Il 14 gennaio 2014 la Corte europea dei diritti umani ha emesso una sentenza nel caso *Jones ed altri c. Regno Unito*. La Corte ha confermato la decisione della Camera dei Lords del 14 giugno 2006, che accordava l'immunità in certe azioni civili di risarcimento di danni promosse contro lo Stato dell'Arabia Saudita e contro individui-organici di tale Stato da parte di cittadini inglesi che erano stati torturati in Arabia Saudita. La Corte di Strasburgo ha stabilito che la concessione dell'immunità all'Arabia Saudita ed ai suoi individui-organici riflette regole riconosciute di diritto internazionale consuetudinario e che, pertanto, il Regno Unito non ha violato l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti umani. La sentenza della Corte europea, che viene criticamente analizzata in questo commento, non è affatto convincente sia nelle sue motivazioni che nel suo dispositivo.

Parole chiave: Immunità di Stati. Immunità funzionale di organi. Accesso alla giustizia. Tortura. Crimini internazionali. Diritto internazionale consuetudinario.

Abstract: On 14 January 2014 the European Court of Human Rights handed down its judgment in the case *Jones and others v. United Kingdom*. The Court upheld the UK House of Lords' decision of 14 June 2006, which accorded State immunity in civil proceedings brought against Saudi Arabia and Saudi Arabia officials by British nationals who had been tortured in Saudi Arabia. The European Court established that the granting of immunity to Saudi Arabia and to its officials reflected recognised rules of customary international law and that, therefore, the United Kingdom did not violate Article 6 of the European Convention on Human Rights. The judgment of the European Court, which is here critically analyzed, is rather weak and defective both in its reasoning and in its conclusions.

Key Words: Immunity of States. Functional immunity of state officials. Access to justice. Torture. International crimes. Customary international law.

Sommario: 1. La sentenza nel caso *Jones*. 2. Principi generali sul rapporto fra accesso alla giustizia e immunità. 3. Immunità degli Stati: legittimità dello scopo. 4. *Segue*: proporzionalità. 5. *Segue*: pregiudizio al diritto di accesso alla giustizia. 6. Eventuale eccezione alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati. 7. Immunità funzionale degli organi statali. 8. *Segue*: legittimità dello scopo. 9. *Segue*: proporzionalità. 10. Regime giuridico internazionale dell'immunità funzionale degli organi. 11. Eventuale eccezione all'immunità funzionale in caso di crimini internazionali. 12. Conclusione.

1. La sentenza nel caso *Jones*

1. Con la sentenza del 14 gennaio 2014, la quarta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso sul caso *Jones e altri c. Regno Unito*¹. I ricorrenti sostenevano che il Regno Unito aveva

¹ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, sentenza del 14 gennaio 2014, www.echr.coe.int

violato il diritto di accesso alla giustizia stabilito dall'art.6 della CEDU, poiché essi avevano intrapreso dinanzi ai giudici britannici azioni civili per risarcimento di danni derivati da atti di tortura contro lo Stato dell'Arabia Saudita e alcuni individui-organi di tale Stato ed i giudici britannici avevano concesso l'immunità giurisdizionale sia all'Arabia Saudita che ai suoi organi. I ricorrenti lamentavano che la concessione dell'immunità costituiva un'interferenza sproporzionata con il loro diritto di accesso alla giustizia.

2. La Corte di Strasburgo ha confermato la sentenza britannica di ultimo grado della Camera dei *Lords*², ritenendo che essa non fosse “neither manifestly erroneous nor arbitrary”³; ha affermato che la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera sia all'Arabia Saudita che ai suoi individui-organi si conforma a regole generalmente riconosciute di diritto internazionale e che essa non può in linea di principio essere considerata come una restrizione sproporzionata al diritto di accesso alla giustizia contenuto nell'art.6 della CEDU. Pertanto la Corte ha deciso che il Regno Unito non aveva violato l'art.6 né rispetto alle azioni dei ricorrenti contro l'Arabia Saudita né rispetto alle loro azioni contro gli individui-organi sauditi.

3. La sentenza della Corte è assai deludente sia nel dispositivo che nelle motivazioni. Ci limiteremo ad un sintetico commento critico dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte.

2. Principi generali sul rapporto fra accesso alla giustizia e immunità

4. Il primo profilo giuridico che la Corte affronta concerne il rapporto fra il diritto di accesso alla giustizia e la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione. La Corte descrive i seguenti principi generali che, secondo la propria giurisprudenza, regolano tale rapporto. Il diritto di accesso alla giustizia deve essere garantito in maniera effettiva, ma non ha carattere assoluto e può essere sottoposto a limitazioni, purché tali limitazioni non lo restringano o riducano in maniera tale da pregiudicare la sua stessa essenza. Inoltre tali limitazioni sono incompatibili con l'art.6 se non perseguono uno scopo legittimo e se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità fra i mezzi impiegati e lo scopo da raggiungere. Infine, secondo la Corte, quando l'immunità restringe l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia, si deve accertare se le circostanze del caso giustificano tale restrizione⁴.

5. Queste premesse generali della Corte sono, a mio avviso, pienamente condivisibili. Da esse si deduce che né il diritto di accesso alla giustizia né il principio dell'immunità hanno carattere assoluto; e che quindi nessuno dei due può automaticamente prevalere sull'altro. Il primo diritto può subire limitazioni, ma non tali da annullare la sua essenza. D'altra parte, anche l'immunità, qualora restringa l'accesso alla giustizia (cioè in pratica quasi sempre) può subire limitazioni, che si risolvono nel *test* di legittimità dello scopo e nel *test* di proporzionalità. Pertanto il giudice dovrebbe compiere una complessa operazione di interpretazione dei suddetti criteri giuridici, alla luce delle circostanze concrete di ogni singolo caso. Tale operazione interpretativa comporta, in sostanza, un bilanciamento dei diversi valori che sottostanno al diritto di accesso alla giustizia ed al principio di immunità. Tale bilanciamento è richiesto, soprattutto, dal *test* di proporzionalità. La Corte, come è noto, aveva già in passato seguito questo approccio, in una serie di decisioni che concernevano ricorsi presentati da individui che lamentavano la violazione dell'art.6 della CEDU, a causa del rifiuto di certi giudici interni di esercitare la giurisdizione su controversie proposte contro organizzazioni internazionali⁵. In tali casi, secondo la Corte, il principio di proporzionalità della restrizione all'accesso alla giustizia era rispettato solo se i singoli avevano disponibili “reasonable alternative means to protect effectively their rights” (c.d. regola della ‘protezione equivalente’).

² Camera dei *Lords*, 14 giugno 2006, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another*, *International Law Reports*, vol. 129, p. 631

³ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par.214.

⁴ *Ibidem*, parr. 186-187.

⁵ Vedi Corte europea dei diritti umani, 18 febbraio1999, *Waite e Kennedy c. Germania*; 18 febbraio1999, *Beer e Regan c. Germania*; 4 maggio 2000, *Naletilić c. Croazia*; 12 maggio 2009, *Gasparini c. Italia e Belgio*.

6. Ma la Corte, nel caso *Jones*, nonostante abbia posto i suddetti principi generali, non li ha affatto rispettati; ed ha invece semplificato al massimo la complessa operazione interpretativa che essi richiedono, finendo per renderla del tutto banale e per svuotarla in pratica di ogni significato.

3. Immunità degli Stati: legittimità dello scopo

7. Il primo passo in questo senso riguarda il *test* di legittimità dello scopo dell'immunità. Sul punto la Corte, riprendendo un argomento già usato in passato⁶, si è limitata a constatare che la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile agli Stati esteri persegue lo scopo legittimo di conformarsi al diritto internazionale nel promuovere le relazioni fra Stati tramite il rispetto reciproco della loro sovranità⁷. Il che equivale a dire che una norma di diritto internazionale ha uno scopo legittimo perché è una norma di diritto internazionale. E' chiaro che in questo modo il *test* di legittimità dello scopo diviene del tutto inutile: qualsiasi restrizione al diritto di accesso alla giustizia ha uno scopo legittimo, purché sia prevista dal diritto internazionale.

4. *Segue*: proporzionalità

8. Ancora più insoddisfacente è il modo con cui la Corte è riuscita a privare di ogni significato il *test* di proporzionalità. La regola della "protezione equivalente" non è stata applicata, senza alcuna giustificazione. Invece la Corte ha affermato, quanto alla proporzionalità della restrizione al diritto di accesso alla giustizia, che occorre interpretare la CEDU in conformità con le altre regole del diritto internazionale, incluse quelle sulla immunità degli Stati esteri⁸. Ciò significa che le misure prese da uno Stato non possono in linea di principio essere considerate come misure che impongono una restrizione sproporzionata al diritto di accesso alla giustizia, se esse riflettono regole generalmente riconosciute di diritto internazionale sull'immunità degli Stati⁹.

9. L'argomento della Corte è simile a quello svolto sul *test* di legittimità dello scopo. Anche il criterio della proporzionalità della restrizione viene ad essere di fatto svuotato di ogni valore: infatti la Corte afferma che la concessione dell'immunità agli Stati esteri, essendo prevista da una norma internazionale, costituisce per definizione una restrizione proporzionata al diritto di accesso alla giustizia. In tal modo la Corte stabilisce in effetti una presunzione assoluta di proporzionalità a favore dell'immunità. E ciò contraddice la sua stessa premessa di partenza, secondo la quale l'immunità, quando restringe l'accesso alla giustizia, deve essere sottoposta al *test* di proporzionalità.

5. *Segue*: pregiudizio al diritto di accesso alla giustizia

10. Una volta demoliti, ad opera della Corte, i due importati criteri costituiti dallo scopo legittimo e dalla proporzionalità della restrizione all'art.6 della CEDU, è chiaro che sopravvive ben poco dei principi generali che la Corte stessa aveva enunciato sul rapporto fra accesso alla giustizia e immunità. Sopravviveva in teoria il criterio per cui il diritto di accesso alla giustizia non può subire limitazioni, che lo restringano o riducano in maniera tale da pregiudicare la sua stessa essenza. Ma la Corte ha totalmente ignorato anche quest'ultimo criterio. Infatti, nonostante il ricorrente *Jones* avesse sostenuto di essere

⁶ Vedi Corte europea dei diritti umani, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par.54; 2 dicembre 2002, *Karagelopoulos e altri c. Grecia e Germania*, par.D.1.(a).

⁷ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par. 188.

⁸ Vedi Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., par.55; *Karagelopoulos e altri c. Grecia e Germania*, cit., par.D.1.(a)

⁹ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par. 189.

stato impossibilitato *de jure* e *de facto* di proporre un'azione dinanzi ai giudici dell'Arabia Saudita¹⁰, la Corte non ha preso in esame questo argomento e non ha in alcun modo cercato di accertare se il ricorrente avesse avuto dei mezzi di ricorso alternativi rispetto a quelli esperiti dinanzi ai giudici britannici. In tal modo, a nostro avviso, l'essenza stessa dell'art.6 è stata messa in discussione¹¹.

11. In conclusione, la prima parte dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte mostra notevoli contraddizioni e non convince. Per di più desta il sospetto che la Corte, banalizzando e depotenziando il ruolo dei principi generali che essa stessa aveva posto, voglia preparare il terreno per raggiungere uno scopo già prefissato: quello di preservare al massimo il principio dell'immunità.

6. Eventuale eccezione alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati

12. Veniamo adesso alla seconda parte della sentenza. La Corte, una volta stabilito che l'immunità giurisdizionale degli Stati esteri ha uno scopo legittimo ed è proporzionata se è prevista da una regola di diritto internazionale generalmente riconosciuta, si deve solo chiedere se esista tale regola e quale sia il suo contenuto e le sue eventuali eccezioni.

13. Per la Corte, data per scontata l'esistenza di una norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati, la sola questione rilevante è se si sia affermata nel diritto internazionale un'eccezione all'immunità nel caso di azioni civili di risarcimento danni per atti di tortura commessi al di fuori dello Stato del foro¹² o, più generalmente, un'eccezione nel caso di crimini internazionali. Si tratta, come è noto, di una questione importante e complessa, che ha dato luogo ad un vasto dibattito dottrinale, con opinioni divergenti, e sulla quale esistono una prassi ed una giurisprudenza ampie e non univoche. E' vero che in materia è intervenuta la Corte internazionale di giustizia (d'ora in poi CIG), che ha dato una risposta netta contro l'esistenza della suddetta eccezione¹³. Tuttavia la sentenza della CIG non è stata esente da critiche e non sembra che la questione sia definitivamente chiusa¹⁴. Inoltre, dinanzi alla CIG, il diritto di accesso alla giustizia non poteva giocare quel ruolo fondamentale che ha invece assunto, tramite l'art.6, nel sistema della CEDU.

14. Pertanto ci si sarebbe aspettati che la Corte di Strasburgo, se non altro in virtù della sua funzione di giudice dei diritti umani, volesse riesaminare in maniera approfondita la questione, anche nell'ottica dell'art.6. Invece la Corte ha risolto anche questo problema senza grande impegno, limitandosi a richiamare il proprio precedente nel caso *Al-Adsani* e la sentenza della CIG nel caso *Germania c. Italia*. Più in particolare, la Corte, dopo aver constatato che i fatti del caso *Jones* erano simili a quelli del caso *Al-Adsani*, ha dichiarato che non intendeva discostarsi da tale precedente, a meno che si potesse dimostrare che dall'epoca della sentenza *Al-Adsani* si era verificata un'evoluzione del diritto internazionale favorevole ad un'eccezione all'immunità degli Stati fondata sul rispetto dello *ius cogens*. Ma, prosegue la Corte, tale evoluzione è stata esclusa dalla CIG nella sentenza *Germania c. Italia*; e ciò è di per sé sufficiente, poiché tale sentenza "must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law"¹⁵.

15. Questo argomento della Corte si presta, a mio avviso, ad alcuni rilievi critici. In primo luogo, la sentenza *Al-Adsani*, per quanto importante nella giurisprudenza della Corte, non può essere

¹⁰ *Ibidem*, par.167.

¹¹ Vedi anche, in questo senso, L. MCGREGOR, *Jones v. UK: A Disappointing End*, www.ejiltalk.org/jones

¹² Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par.190-198.

¹³ Corte internazionale di giustizia, 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, www.icj-cij.org

¹⁴ Vedi Tribunale di Firenze, ordinanza n.1300/2012 del 21 gennaio 2014, che rinvia alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati così come interpretata dalla CIG.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par.198.

considerata così “intangibile”. Essa fu decisa a stretta maggioranza, con numerose e autorevoli opinioni dissenzienti, e dalla data della sua emanazione ad oggi si sono verificati molti sviluppi nella prassi, nella giurisprudenza e nella dottrina.

16. In secondo luogo, non convince neppure la pretesa ‘insindacabilità’ della sentenza della CIG *Germania c. Italia*. Prima di tutto, perché non è dato rinvenire nel diritto internazionale una gerarchia fra le corti internazionali, secondo la quale la CIG avrebbe il potere prioritario o addirittura esclusivo di interpretare il diritto internazionale. Poi, perché la posizione di deferenza verso la CIG mostrata dalla Corte di Strasburgo implica di fatto una rinuncia di quest’ultima all’esercizio autonomo della propria giurisdizione, in contrasto con l’art.19 della CEDU¹⁶. Infine, perché la Corte di Strasburgo avrebbe potuto affrontare la questione della possibile eccezione all’immunità degli Stati in un’ottica diversa rispetto alla CIG; e cioè nell’ottica dell’art.6 della CEDU. Si consideri che, dinanzi alla CIG, il diritto di accesso alla giustizia, dovendosi tutt’al più fondare sul diritto consuetudinario, non ha potuto giocare quel ruolo fondamentale che può invece avere nel sistema della CEDU, tramite l’art. 6. Ciò significa, ad esempio, che, dinanzi alla Corte di Strasburgo nel caso *Jones*, non era proponibile quell’argomento, che ha avuto notevole peso nella sentenza *Germania c. Italia*, della impossibilità di configurare un conflitto fra norme sulle immunità e norme sui crimini internazionali poiché i due gruppi di norme si occupano di materie diverse.

17. In definitiva, anche questa seconda parte della sentenza, relativa al contenuto della norma internazionale sull’immunità degli Stati esteri, contiene motivazioni insufficienti e si presta a critiche. Tuttavia si deve ammettere che la conclusione della Corte, circa l’inesistenza di una eccezione alla norma sull’immunità degli Stati in caso di tortura, non è sorprendente, poiché si poteva prevedere che la sentenza della CIG nel caso *Germania c. Italia* avrebbe comunque esercitato una forte influenza sulla Corte europea.

7. Immunità funzionale degli organi statali

18. Il discorso invece è diverso per quanto riguarda la terza parte della sentenza, che si occupa del rapporto fra diritto di accesso alla giustizia ex art.6 della CEDU e immunità funzionale degli organi statali esteri. Infatti, sotto questo profilo, la Corte era chiamata a decidere su un problema per essa nuovo; e pertanto non era condizionata in alcun modo dalla propria giurisprudenza. Il problema dell’immunità degli organi si poneva perché i ricorrenti sostenevano che l’immunità, concessa dai giudici britannici agli individui-organi sauditi accusati di essere gli autori materiali delle torture da essi subite, aveva costituito una violazione del loro diritto di accesso al giudice ex art.6 della CEDU.

19. Ciò posto, conviene premettere che la dottrina è assai divisa sul fondamento ed il contenuto del regime giuridico internazionale dell’immunità funzionale degli organi. In estrema sintesi, secondo un primo orientamento generale, tale regime si applica a tutti gli organi ed in relazione a tutti i loro “atti ufficiali”; per un secondo orientamento, il regime si applica a tutti gli organi, ma solo in relazione ad alcuni atti; infine, per un terzo orientamento, il regime si applica soltanto ad alcune categorie, ben delimitate, di organi statali, quali gli agenti diplomatici e consolari, i Capi di Stato e di governo e i Ministri degli esteri. La prassi non è univoca; ma nel complesso, a mio avviso, conferma l’esattezza del terzo orientamento suddetto¹⁷.

20. In ogni caso, si tratta di un problema complesso, ma di grande importanza ed attualità; e la Corte avrebbe potuto fornire un contributo significativo all’accertamento del diritto internazionale contemporaneo in materia. Purtroppo la Corte ha molto deluso queste aspettative, sia per il metodo usato che per il merito delle sue conclusioni.

¹⁶ Vedi P. PUSTORINO, “Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Jones*”, *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 493 ss., p. 497.

¹⁷ Vedi R. PISILLO MAZZESCHI, “Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)”, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol.VII, Milano, 2014, p. 735 ss., spec. pp.766-777.

8. *Segue: legittimità dello scopo*

21. La Corte, in relazione all'immunità degli organi, ha seguito il medesimo *iter* argomentativo, che aveva usato per l'immunità dello Stato. In primo luogo la Corte ha risolto rapidamente il problema dello scopo legittimo perseguito dall'immunità concessa agli organi statali, semplicemente sposando *a priori* e con metodo deduttivo la tesi che identifica l'immunità degli organi con l'immunità dello Stato per il quale essi agiscono. Infatti, secondo la Corte, l'immunità applicata agli organi di uno Stato “remains ‘State’ immunity”¹⁸.

22. Questa tesi risale a Kelsen¹⁹ e fa parte del primo orientamento dottrinale sopraindicato. Ma essa si fonda su alcuni presupposti concettuali che appaiono oggi superati; cioè sull'idea che l'immunità funzionale degli organi sia un corollario necessario del loro agire in qualità di organi; l'idea che tale immunità derivi dalla non imputabilità all'individuo-organo dei suoi atti ufficiali poiché tali atti sono attribuibili solo allo Stato per il quale esso agisce; e l'idea, che sta alla base di tutte le altre, per cui la struttura stessa del diritto internazionale conosce solo la responsabilità collettiva degli Stati. Ma il diritto internazionale penale contemporaneo, sancendo la “normalità” della responsabilità internazionale dell'individuo-organo accanto a quella dello Stato, ha segnato la crisi definitiva dei suddetti presupposti concettuali²⁰. Oggi si deve riconoscere che non c'è più una necessaria simmetria fra gli atti degli individui-organi e gli atti dello Stato ai fini dell'immunità, né fra le regole sull'attribuzione della condotta degli organi allo Stato ai fini della responsabilità internazionale dello Stato e le regole sull'immunità funzionale²¹. Infatti la tesi kelseniana sull'immunità funzionale degli organi è stata oggi abbandonata dalla dottrina dominante e trova ancora qualche riscontro “nostalgico” soltanto nella giurisprudenza di alcuni paesi di *common law*.

23. Comunque, la Corte di Strasburgo mantiene ferma la suddetta premessa teorica; e proprio su tale base essa dichiara che, poiché la concessione dell'immunità agli organi statali intende rispettare il diritto internazionale in materia di immunità degli Stati, lo scopo della limitazione al diritto di accesso al giudice è legittimo come quando l'immunità è concessa allo Stato medesimo²². Ancora una volta il *test* di legittimità dello scopo dell'immunità viene privato di significato.

9. *Segue: proporzionalità*

24. Il passaggio successivo nel ragionamento della Corte è dedicato al criterio di proporzionalità della restrizione al diritto di accesso alla giustizia. Ma di nuovo la Corte vanifica il *test* di proporzionalità, perché ritiene che vi sia una presunzione assoluta di conformità con il requisito di proporzionalità per tutte le misure di uno Stato che “riflettano regole generalmente riconosciute di diritto internazionale pubblico sull'immunità dello Stato”²³. Pertanto, per la Corte, l'unica questione da risolvere è se la concessione di un'immunità funzionale agli organi statali si conformi a tali regole generalmente riconosciute.

10. Regime giuridico internazionale dell'immunità funzionale degli organi

25. La Corte passa quindi ad affrontare tale questione²⁴; ma, in realtà, l'aveva già risolta in senso positivo, avendo sposato aprioristicamente la tesi dell'identità fra immunità degli organi e immunità del

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par.200.

¹⁹ H. KELSEN, “Collective and Individual Responsibility with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, *California Law Review*, 1942-43, pp. 530-571; “Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law”, *Jewish Yearbook of International Law*, 1948-49, pp.226-239; *Principles of International Law*, New York, 1952, p. 235 ss.

²⁰ Vedi R. PISILLO MAZZESCHI, “Organi”, cit., par.16, 17, 27, 32.

²¹ Vedi P. WEBB, “Jones v. UK: The re-integration of State and official immunity?”, www.ejiltalk.org/jones; M. FRULLI, “Jones v. UK: On analogies and inconsistencies in the application of immunity rules”, *ibidem*.

²² Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par. 200.

²³ *Ibidem*, par.201.

²⁴ *Ibidem*, par.202-204.

loro Stato. Pertanto la Corte non fa altro che ripetere la stessa tesi quando afferma: “since an act cannot be carried out by a State itself but only by individuals acting on the State’s behalf, where immunity can be invoked by the State then the starting point must be that immunity *ratione materiae* applies to the acts of state officials. If it were otherwise, State immunity could always be circumvented by suing named officials”²⁵. In altri termini, dalla premessa di partenza della Corte deriva necessariamente la conseguenza che hanno diritto all’immunità funzionale tutti gli organi dello Stato e in relazione a tutti i loro atti ufficiali.

26. Tuttavia la Corte, probabilmente consapevole della fragilità di una tesi fondata solo su un metodo deduttivo e su premesse teoriche non dimostrate, vuole provare che questa tesi trova conferma nella dottrina e nella prassi²⁶. Ma il suo tentativo di prova non convince affatto, perché la Corte, nel suo sforzo di ricostruire il diritto internazionale in materia, non è obiettiva, ma è invece fortemente condizionata dalla propria tesi di partenza. Infatti essa cita quasi esclusivamente la dottrina e la prassi che sostengono la tesi della coincidenza fra immunità degli organi e immunità dello Stato; e comunque seleziona soltanto quegli elementi della prassi che sono funzionali allo scopo di provare la tesi dell’immunità funzionale di tutti gli organi statali, mentre omette di ricordare tutti gli elementi contrari. Inoltre, la Corte usa riferimenti non pertinenti e propone interpretazioni non corrette di trattati e di sentenze. Vediamo alcuni esempi.

27. Per la dottrina, la Corte cita Kolodkin, primo Relatore speciale della CDI in tema di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera. Ma la citazione non è pertinente, perché i rapporti di Kolodkin²⁷ concernono solo l’immunità dalla giurisdizione penale. Inoltre l’approccio metodologico di Kolodkin, secondo il quale l’immunità costituirebbe la regola e la prassi dovrebbe servire solo a provare la mancanza di immunità, non è affatto condivisibile, perché rovescia l’impostazione corretta, secondo cui sono invece le eventuali regole consuetudinarie sull’immunità, in quanto eccezioni alla normale giurisdizione dello Stato del foro, che debbono essere provate con un rigoroso esame della *diuturnitas* e dell’*opinio iuris*.

28. Per la prassi convenzionale, la Corte cita la Convenzione delle NU sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004²⁸, che, nel definire la nozione di Stato (art.2.1.b), include in essa i “representatives of the State acting in that capacity”, riconoscendo loro un’immunità funzionale. Nell’intenzione della Corte, la Convenzione dovrebbe confermare l’idea della coincidenza fra immunità di tutti gli organi e immunità dello Stato. Ma questa interpretazione deve essere respinta, perché dai lavori preparatori della Convenzione risulta chiaramente che la disposizione sopra indicata intende riferirsi soltanto agli organi che svolgono funzioni di rappresentanza dello Stato, quali i Capi di Stato o di governo, i Ministri degli esteri, gli agenti diplomatici e consolari.

29. Per la giurisprudenza internazionale, la Corte cita la decisione del Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia nel caso *Blaškić*²⁹ e la sentenza della CIG nel caso *Gibuti c. Francia*³⁰. I riferimenti non sono pertinenti, perché ambedue i casi sono attinenti all’immunità dalla giurisdizione pe-

²⁵ *Ibidem*, par.202.

²⁶ *Ibidem*, par.203.

²⁷ R. A. KOLODKIN, “Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, UN Doc. A/CN.4/601 del 29 maggio 2008; “Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, UN Doc. A/CN.4/631 del 10 giugno 2010; “Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction”, UN Doc. A/CN.4/646 del 24 maggio 2011.

²⁸ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2 dicembre 2004, UN Doc. A/59/508.

²⁹ Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, Camera d’Appello, 29 ottobre 1997, *Prosecutor v. Blaškić (Case No. IT-95-14)*, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for the Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, www.icty.org

³⁰ Corte internazionale di giustizia, 4 giugno 2008, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, ICJ Reports 2008.

nale. Inoltre, la decisione *Blaškić* è stata concordemente criticata in dottrina, perché fonda l'immunità funzionale degli organi statali su alcuni precedenti, che smentiscono anziché confermare tale immunità; ed infine nella decisione si afferma che l'immunità degli organi è inapplicabile nel caso di crimini internazionali (circostanza che la Corte omette di ricordare). Quanto alla sentenza *Gibuti c. Francia*, la sua lettura dimostra che la CIG non si è affatto pronunciata sull'esistenza o meno di una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale degli organi statali.

30. Infine, con riferimento alla giurisprudenza interna, la Corte cita soltanto le sentenze favorevoli alla propria tesi. Si tratta di un numero esiguo di sentenze provenienti soltanto da alcuni paesi di *common law*, e nelle quali i giudici hanno applicato agli organi esteri la norma in materia di immunità degli Stati. Ma si deve notare che in tali paesi (eccettuata la Nuova Zelanda) esistono leggi interne sull'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri. In alcuni Stati, tali leggi prevedono espressamente l'immunità anche per gli organi che agiscono nell'esercizio delle funzioni ufficiali³¹; mentre in altri Stati (Inghilterra, Canada) il medesimo risultato deriva di solito (ma non sempre) da un'interpretazione giurisprudenziale di tali leggi³². Pertanto le suddette sentenze, essendo per lo più emanate nel rispetto del diritto interno più che del diritto internazionale, non sono molto significative per la ricostruzione del diritto internazionale generale. Inoltre questa tendenza alla sovrapposizione della disciplina dell'immunità degli Stati con quella degli organi appare oggi minoritaria nel quadro complessivo della giurisprudenza interna degli Stati. Infatti, si potrebbero citare numerose sentenze di giudici interni di vari Stati, che negano l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale di tutti gli organi statali dalla giurisdizione civile straniera³³. Vi sono poi numerose e note sentenze statunitensi in materia di risarcimento di danni per illeciti extracontrattuali, nelle quali i giudici hanno affermato la propria giurisdizione su organi stranieri, senza concedere loro l'immunità funzionale o la difesa dell' 'atto di stato'³⁴. Nessuna di tali sentenze viene citata dalla Corte.

31. In conclusione, è assai deludente che la Corte di Strasburgo, chiamata per la prima volta a decidere su un tema di grande importanza, e tuttora assai dibattuto e controverso, come quello dell'immunità funzionale degli organi statali, abbia deciso di liquidare la questione in poche righe, abbia aderito in maniera acritica alla vecchia tesi kelseniana ed abbia infine adottato un metodo così approssimativo di rilevazione del diritto internazionale generale. A nostro avviso, non solo il metodo, ma anche il risultato non convince. Come si è detto, riteniamo che, nel diritto internazionale generale contemporaneo, l'immunità funzionale spetti soltanto ad alcune ben delimitate categorie di organi statali esteri, fra le quali non rientrano i funzionari sauditi accusati di tortura nel caso *Jones*. Pertanto la Corte di Strasburgo doveva dichiarare che il Regno Unito aveva violato l'art.6 della CEDU e non occorreva affrontare il problema circa l'esistenza o meno di un'eccezione all'immunità.

³¹ Vedi, ad es., il *Foreign States Immunities Act* dell'Australia del 1985, rip. in DICKINSON, LINDSAY, LOONAM (eds.), *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004.

³² Vedi, ad es., per l'Inghilterra la sentenza *Propend* citata dalla Corte (*Jones e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 42-43 e 203), nella quale i giudici di primo grado e quelli di secondo grado hanno deciso in maniera opposta sulla questione dell'immunità funzionale degli organi. Vedi, per il primo grado, *High Court, Queen's Bench Division*, 14 marzo 1996, *Propend Finance Pty Limited and Others v. Sing and Others*, *International Law Reports*, vol. 111, p. 611 ss. e 614 ss.; e, per il secondo grado, *Court of Appeal*, 17 aprile 1997, *Propend Finance Pty Limited and Others v. Sing and Others*, *ivi*, pp. 611 ss. e 653 ss.

³³ Vedi, ad es., Inghilterra, *Court of Appeal*, 16 dicembre 1921, *Fenton Textile Association v. Krassin*, *Annual Digest of Public International Law Cases: 1919-1922*, vol.1, 1932, p. 295 ss.; Irlanda, *Supreme Court*, 18 dicembre 1944, *Saorstat and Continental Steamship v. De Las Morenas*, *Annual Digest of Public International Law Cases: 1943-1945*, vol.12, 1951, p. 97 ss.; Filippine, *Supreme Court*, 28 maggio 1992, *Wylie v. Rarang*, <http://www.lawphul.net>; Id., 1 marzo 1993, *USA and Bradford v. Reyes*, *ivi*.

³⁴ Vedi, ad es., *Court of Appeals for the Second Circuit*, 30 giugno 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980); *District Court for the Northern District of California*, 6 ottobre 1987, *Forti and Benchoam v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987); *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 21 ottobre 1992, *Trajano v. Marcos and Marcos Manotoc*, 978 F. 2d 493 (9th Cir. 1992); *District Court for the District of Massachusetts*, 12 aprile 1995, *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995); *Court of Appeals for the Second Circuit*, 13 ottobre 1995, *Kadic v. Karadžić*, 70 F. 3d 232 (2nd Cir. 1995); *District Court for the Southern District of New York*, 18 aprile 1996, *Cabiri v. Assasie Gyimah*, 921 F. Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996); *District Court for the District of Maryland*, 26 febbraio 2009, *Lizarbe v. Rondon*, 642 F. Supp. 2d 473 (D. Md. 2009).

11. Eventuale eccezione all'immunità funzionale in caso di crimini internazionali

32. La Corte invece, avendo ritenuto esistente una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale di tutti gli organi statali, si chiede, nell'ultima parte della sentenza, se esista una regola speciale o un'eccezione all'immunità funzionale degli organi statali nel caso di tortura o nel caso più generale dei crimini internazionali; e prende in esame sia l'immunità dalla giurisdizione civile che quella dalla giurisdizione penale.

33. Come è noto, la dottrina prevalente è favorevole a tale eccezione, specie, ma non solo, in materia di giurisdizione penale; e ciò sulla base di tesi diverse. Le principali si fondano: a) sul concetto di giurisdizione universale; b) sul concetto di *ius cogens*; c) sul metodo del bilanciamento dei valori e l'idea che i crimini internazionali non possono essere considerati come 'atti ufficiali' ai sensi dell'immunità funzionale; d) sull'idea che l'immunità funzionale non può coprire gli atti degli individui-organi che danno luogo a responsabilità internazionale penale dei medesimi; e) sulla formazione di una norma consuetudinaria specifica che esclude l'immunità funzionale nel caso di crimini internazionali. Quanto alla prassi, a nostro avviso, occorre distinguere. Nei procedimenti penali la prassi prevalente indica che le norme sulle immunità funzionali degli organi subiscono un'eccezione nel caso di crimini internazionali. Invece, nei procedimenti civili, la prassi è più incerta: vi è una parte della giurisprudenza, specie quella statunitense già citata, che nega l'immunità agli organi stranieri accusati di crimini internazionali; ma vi è anche una parte della giurisprudenza di segno opposto, specie quella dei giudici di quei paesi di *common law* che considerano l'immunità degli organi dalla giurisdizione civile coincidente con quella dello Stato.

34. La Corte di Strasburgo avrebbe dovuto, a nostro avviso, analizzare in maniera sistematica e ordinata le varie tesi suddette, alla luce della prassi, senza essere influenzata da idee preconcepite. Invece la Corte, condizionata ancora una volta dalla sua premessa concettuale della coincidenza fra immunità degli organi ed immunità dello Stato, esamina, in maniera piuttosto confusa e senza un ordine preciso, opinioni dottrinali ed elementi della prassi e della giurisprudenza che riguardano sia l'immunità degli Stati che l'immunità degli organi, sia organi di rango elevato (casi *Zhang*, *Pinochet*, *Bouterse*) che organi di rango minore, sia procedimenti civili che penali, sia casi relativi a crimini internazionali che casi relativi a reati minori (caso *Jaffe*), sia casi decisi in base al diritto internazionale che casi decisi solo sulla base del diritto interno (caso *Hashemi*)³⁵. Al termine di questo esame poco rigoroso, la Corte perviene a conclusioni piuttosto incerte: essa, da una parte, riconosce che esiste "some emerging support in favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials"³⁶, ma, d'altra parte, conclude (con le parole usate da *Lord Bingham* nella sentenza *Jones* della Camera dei *Lords*): "the bulk of authority is [...] to the effect that the State's right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead"³⁷. Come si vede, la Corte, in una sorta di circolo vizioso, conclude esattamente da dove aveva iniziato: la tesi preconcepita della coincidenza fra immunità degli organi e immunità dello Stato condiziona inesorabilmente l'intero iter argomentativo della Corte.

12. Conclusione

35. Conviene concludere con un'osservazione di carattere più generale. La Corte di Strasburgo, che aveva dato in passato alcuni segnali positivi (nei citati casi *Waite e Kennedy*, *Beer e Regan*, *Naletilić*, *Gasparini*)³⁸ circa la sua volontà e capacità di bilanciare in maniera armoniosa i diritti e interessi degli individui con i diritti e interessi di Stati e organizzazioni internazionali, e più in particolare

³⁵ Vedi Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., par.203, 210 e 212.

³⁶ *Ibidem*, par.213.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Vedi *supra* nota 5.

il diritto di accesso alla giustizia con le immunità internazionali, ha più recentemente abbandonato tale approccio. Prima con le sentenze *Al-Adsani* e *Karogelopoulou*³⁹ e adesso con le sentenze *Madri di Srebrenica*⁴⁰ e *Jones*, la Corte ha mostrato di voler privilegiare le immunità e gli interessi degli Stati. Sotto questo profilo, è significativa la deferenza mostrata verso la sentenza *Germania c. Italia* della Corte internazionale di giustizia. Questa impostazione generale, di natura stato-centrica e conservatrice, desta seria preoccupazione in coloro che auspicano un progressivo rafforzamento della tutela internazionale dei diritti umani.

³⁹ Vedi *supra* nota 6.

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, 11 giugno 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi*.

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).