
ESTUDIOS	Il “Sistema Bruxelles I” verso un regime “monista” di libera circolazione delle decisioni <i>The development of the “Brussels I Regime” into a “monist” regime on the free movement of judgments</i>	5
	FRANCESCO SALERNO	
	Los derechos de copyright fuera de juego como vía para combatir las importaciones paralelas en Estados Unidos <i>The copyright is offside as a way to fight against parallel imports in the United States</i>	24
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ	
	Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Surrogacy and Private International Law: beyond the Spanish Supreme Court and the European Court Of Human Rights</i>	45
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	
	El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust <i>The binding effect of the decisions of national competition authorities in private anti-trust enforcement</i>	114
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JULIA SUDEROW	
	Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil <i>Recognition and enforcement of foreign decisions under the new Spanish Act on International Judicial Cooperation in Civil Matters</i>	158
	FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI	
	Los contratos internacionales de consumo: comparación entre el régimen de la Unión Europea y el de la República de Moldavia <i>The international consumer contracts: comparison between the European Union system and the one of the Republic of Moldova</i>	188
	DIANA GLUHAIA	
	El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho Comparado y Europeo <i>Content control of standard terms in business-to-business contracts in Comparative and European Law</i>	216
	MARÍA NATALIA MATO PACÍN	
	Principi generali dell’ordinamento europeo: profili teorici e applicativi <i>General principles of European law: theoretical and practical applications</i>	283
	GABRIELE PEPE	
	La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata <i>The “Ariadna’s Thread” legal technique in the international legal protection of the sexual traffic victim</i>	320
	CARMEN RUIZ SUTIL	

	La responsabilidad del transitario frente al porteador cuando el destinatario no retira las mercancías <i>The freight forwarder liability to the non-withdrawal of the goods by the consignee</i> BLANCA TORRUBIA CHALMETA	345
	The Italian regime of recognition of intercountry adoptions of children in light of the ECHR: what about singles? <i>Il sistema italiano di riconoscimento delle adozioni internazionali di minori alla luce della CEDU: il caso dei single</i> CHIARA ENRICA TUO	357
	Little Islands: Limits and prospects of the United Nations Chief Executive Board <i>Pequeñas islas: Límites y expectativas de la Junta Directiva de Naciones Unidas</i> PABLO ZAPATERO MIGUEL	369
<hr/>		
VARIA	Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado <i>Marriage celebrated by the muslim rite, certificate of legal capacity to marry and Private international law</i> IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ	382
	Privacy sul web (a proposito della sentenza c-131/12 della Corte di Giustizia, Google Spain) <i>Online privacy (about the European Court of Justice Judgement c-131/12, Google Spain)</i> FABIO CALVI	400
	Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014 <i>Divorce among moroccan couples in Spain: the decision of the Provincial Court of Barcelona of 30 december 2014</i> CELIA CARRILLO LERMA	413
	Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia <i>Cross-border surrogacy arrangements and European Convention of Human Rights: remarks on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment</i> ORNELLA FERACI	420
	<i>Anti-suit injunction</i> en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia Gazprom del TJUE) <i>Anti-suit injunction in the form of an arbitral award (the court of Justice's Judgment in Gazprom)</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	440
	The recognition of a "judgment of paternity" in a case of cross-border surrogacy under German Law – commentary to BGH, 10 december 2014, az. Xii zb 463/13 <i>Reconocimiento de un "judgment of paternity" en un caso internacional de maternidad subrogada y Derecho alemán</i> DR. SUSANNE LILIAN GÖSSL	448
	La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío <i>The Spanish Supreme Court judgment of january 12, 2015. An economic reading of renvoi and International succession law</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	466
	Donation: short notes between Italian Civil Law and EU Private International Law <i>Donazione: brevi note tra diritto Civile Italiano e diritto Internazionale Privato Europeo</i> GIANLUIGI PASSARELLI	476
<hr/>		
SOBRE CDT	Normas de publicación	483

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)

ANGELO DAVI
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

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)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

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

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

IL “SISTEMA BRUXELLES I” VERSO UN REGIME “MONISTA” DI LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE DECISIONI

THE DEVELOPMENT OF THE “BRUSSELS I REGIME” INTO A “MONIST” REGIME ON THE FREE MOVEMENT OF JUDGMENTS

FRANCESCO SALERNO

*Professore ordinario di Diritto internazionale
Università di Ferrara*

Recibido: 03.09.2015 / Aceptado: 10.09.2015

Riassunto: Lo scritto analizza l’evoluzione in senso monista della normativa europea sulla circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, dopo il regolamento n. 1215/2012. Per evidenziare l’ulteriore svolta rispetto alla tradizione dualista del diritto processuale civile internazionale, cioè il ridimensionamento dell’idea che assegna un rilievo centrale alla dimensione pubblicistica delle distinte sfere di sovranità di cui si tratta di organizzare il raccordo, mettendo in luce piuttosto l’emersione di categorie processuali e soluzioni unitarie, proprie del diritto regionale, vengono esaminati i profili normativi che (anche in armonia con le versioni precedenti del “sistema Bruxelles I”) assicurano una maggiore continuità per i provvedimenti ammessi al regime di libera circolazione nello spazio giudiziario europeo, con conseguente compressione della sfera di sovranità processuale per gli Stati membri. Riveste particolare importanza al riguardo il principio dell’equivalenza del titolo esecutivo nazionale nell’ordinamento dell’UE, che così rimuove la condizione propriamente dualista di una preventiva procedura di autorizzazione nello Stato membro richiesto per l’avvio del processo di esecuzione forzata. Di riflesso, le azioni di accertamento ora esperibili sulle possibili condizioni ostative all’efficacia di decisioni straniere esprimono solo esigenze di certezza del diritto dei privati, garantite dal diritto dell’UE attraverso procedure giudiziarie nazionali. Perciò la legislazione nazionale degli Stati membri deve armonizzarsi rispetto alla disciplina europea anche quando quest’ultima impone solo obblighi di risultato e non propriamente di diritto uniforme (come accade sovente per i profili strettamente procedurali). Si intensifica così il grado complessivo di sussidiarietà funzionale degli ordinamenti nazionali corrispettivamente alla graduazione “monista” impressa dal diritto europeo alla circolazione delle decisioni.

Parole chiave: diritto processuale civile internazionale, concezione dualista e monista, riconoscimento automatico ed esecutorietà diretta di provvedimenti stranieri, adattamento, sussidiarietà funzionale del diritto nazionale al diritto uniforme europeo.

Abstract: The paper analyses the evolution of the European regime concerning the cross-border movement of judgments in civil and commercial matters, as currently embodied in Regulation No 1215/2012. The focus is on the trend of EU law in this area towards a “monist” approach, as opposed to the dualist method traditionally followed in the law of international civil procedure. Dualism reflects the idea whereby international litigation is essentially concerned with the coordination of distinct spheres of national procedural sovereignty, whereas monist elements refer to the development of a unitary set of regional values and concepts in the field of civil litigation, cutting across national identities. The article examines the rules that (often in line with the previous versions of the “Brussels I regime”) make it easier for the effects of a State decision to be relied upon outside its legal order of origin (a result that implies significant limitations upon the procedural sovereignty of the Member States where

those effects are invoked). The principle of full equivalence applied to enforceable decisions is especially important in this connection, since it overcomes the typically dualist rule according to which the enforcement of a foreign decision requires some form of authorisation from the State where enforcement is to take place. As a consequence, where the authorities of the State addressed scrutinize whether a given decision meets the requirements for recognition, they essentially do so to enforce the concerned individuals’ claim to fairness and legal security, through proceedings governed by domestic law. This implies that the domestic legislation of Member States must be in conformity with EU law also when the latter provides for certain outcomes to be achieved, not only when it sets forth its own procedural rules. In the end, against the backdrop of this monist trend, the legal orders of the Member States tend to develop a subsidiary nature, insofar as they serve the unitary goals pursued by EU law as regards the cross-border movement of judgments.

Key words: international civil procedure, dualism and monism, automatic recognition and direct enforceability of foreign decisions, adaptation, functional subsidiarity of domestic law vis-à-vis uniform European rules.

Sommario: I. Premessa: l’accentuata equivalenza tra sistemi processuali nazionali nel regolamento n. 1215/2012. II. I provvedimenti che rientrano nel regime di libera circolazione. III. La sfera di efficacia cognitiva delle decisioni: A. La dottrina della estensione degli effetti; B. La sfera di efficacia ricavabile dalla nozione estensiva uniforme di “stessa causa”. IV. Il divieto di riesame del merito. V. La tecnica dell’adattamento sugli effetti esecutivi della sentenza straniera. VI. Le azioni di accertamento sulle condizioni ostative all’efficacia delle decisioni straniere. VII. Obblighi di (solo) risultato e valutazioni autonome degli Stati membri sulla procedura di accertamento relativa al merito processuale: A. L’autorità competente; B. Rito e gradi di giudizio. VIII. Conclusioni: l’emergente concezione monista di continuità tra ordinamenti nello spazio giudiziario europeo.

I. Premessa: l’accentuata equivalenza tra sistemi processuali nazionali nel regolamento n. 1215/2012

1. Il regolamento n. 1215/2012 (informalmente noto anche come regolamento “Bruxelles I-bis”), pienamente applicabile a partire dal 10 gennaio 2015 (art. 81, par. 2), rappresenta l’ultima evoluzione del c.d. “sistema Bruxelles I” sul regime uniforme di circolazione delle decisioni tra Stati membri dell’UE in materia civile e commerciale. Come è noto, il principio del riconoscimento automatico prese avvio con la Convenzione di Bruxelles del 1968 ed aveva già conosciuto una significativa semplificazione con il regolamento n. 44/2001 (noto anche come regolamento “Bruxelles I”), che non aveva peraltro rimosso la necessità del ricorso alla preventiva procedura autorizzativa per l’esecuzione forzata delle decisioni straniere pronunciate in Stati membri della CE. Al regolamento n. 44/2001 hanno fatto peraltro seguito tre regolamenti “speciali” (il n. 805/2004 per i crediti non contestati, il n. 1896/2006 riguardante il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, il n. 861/2007 sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità) con i quali la allora CE introduceva il c.d. “titolo esecutivo europeo” rispetto a liti su pretese essenzialmente creditizie che pur rientravano nel campo di applicazione materiale del regolamento “Bruxelles I”. Ma, a differenza di questo, i regolamenti relativi al titolo esecutivo europeo hanno abilitato l’avente diritto ad invocare in altro Stato membro l’efficacia esecutiva della decisione straniera già esecutiva nel suo ordinamento di origine, senza però ricorrere ad una procedura autorizzativa intermedia: tali normative speciali richiedono, però, che la decisione invocata sia stata adottata – su indicazione dell’istante, dato il carattere facoltativo ed aggiuntivo rispetto ai consueti modelli nazionali¹ – al termine di una procedura rispettosa di taluni requisiti minimi (regolamento n. 805/2004) oppure del rito uniforme – tendenzialmente sommario – indicato dalla stessa

¹ Cfr. l’art. 4, par. 1, del regolamento n. 861/2007, ai sensi del quale “l’attore introduce il procedimento europeo per le controversie di modesta entità compilando [l’apposito] modulo di domanda”. In senso affine vedi anche l’art. 7 del regolamento n. 1896/2006 nonché il 6° considerando e l’art. 1, par. 2, del regolamento n. 655/2014 su cui *infra* nel testo.

disciplina regolamentare (regolamenti n. 1896/2006 e n. 861/2007). Il “prodotto” giudiziario espresso nel titolo esecutivo europeo – cui si è nel frattempo aggiunto il regolamento n. 655/2014 sull’ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari per il recupero transfrontaliero di crediti² – è largamente riconducibile al modello prefigurato da norme europee anche se il diritto nazionale provvede ad integrarle, specie nel regolamento n. 805/2004. Dalla condivisa struttura processuale che ha prodotto il “titolo” discendono effetti cognitivi ed esecutivi intrinsecamente “unitari” nello spazio giudiziario europeo in modo da giustificare la rimozione della preventiva procedura autorizzatoria. In ragione di ciò, questi regolamenti speciali assegnano al giudice dell’ordinamento d’origine la responsabilità di controllare il rispetto delle condizioni uniformi (o minime) richieste dal diritto dell’UE e conseguentemente di attestarle nel certificato rilasciato in base al modello uniforme³. Proprio perché si tratta di un prodotto “unitario” nell’ordinamento dell’UE, l’opposto può eccepire nello Stato richiesto per l’esecuzione del titolo esecutivo europeo solo limitatissime condizioni ostative quali eccezioni alla sua libera circolazione (in particolare, la condizione che ricorre allorché la decisione sia incompatibile con una decisione pregressa sulla stessa causa pronunciata nel foro richiesto o anche in uno Stato terzo se già riconosciuta nello stesso foro⁴) ma non il limite dell’ordine pubblico.

2. Il più recente regolamento n. 1215/2012 si aggancia in parte all’esperienza del titolo esecutivo europeo ed in parte se ne discosta. Per un verso, il regolamento “Bruxelles I-bis” sopprime qualunque preventiva procedura autorizzatoria per l’avvio dell’azione esecutiva fondata sulla decisione straniera adottata in altro Stato membro. Per un altro, però, la più ampia libertà di circolazione viene assicurata senza intaccare la sovranità processuale degli Stati membri nel determinare il rito da seguire e gli effetti della decisione – cognitivi ed esecutivi – suscettibili di propagarsi nello spazio giudiziario europeo. Questo secondo profilo rende il regolamento n. 1215/2012 ancora coerente con la tradizione del “sistema Bruxelles I” che fonda la libera circolazione delle decisioni sull’assunta equivalenza tra sistemi processuali nazionali ma corroborata unicamente dalla “reciproca fiducia” che gli Stati membri devono mostrarsi a prescindere dalle diversità obiettivamente presenti nei rispettivi sistemi processuali nazionali⁵. In altri termini, l’obiettivo ambizioso della libera circolazione del titolo esecutivo di uno Stato membro viene perseguito non attraverso norme processuali uniformi europee ma accettando le diverse realtà giuridiche dei singoli Stati membri. È in base a queste condizioni che il regime di libera circolazione si estende anche agli effetti esecutivi della decisione straniera seguendo – sia pure entro certi limiti – quanto finora avvenuto nel “sistema Bruxelles I” a proposito degli effetti cognitivi della medesima⁶.

3. Senza operare un’effettiva armonizzazione materiale delle legislazioni processuali nazionali, il diritto internazionale privato europeo ricalca il metodo tradizionale di combinare il prodotto giudiziario espresso autonomamente dai singoli Stati membri con il loro obbligo di assicurare la libera circolazione delle reciproche decisioni. Perdura, così, e per certi versi si rafforza, il quadro complessivo delle condizioni ostative all’efficacia della decisione straniera. In tale ambito, riveste un ruolo tuttora determinante il limite dell’ordine pubblico (art. 45, par. 1, lett. a)), suscettibile di essere valorizzato a difesa dei valori fondamentali dello Stato richiesto, di natura tanto sostanziale che processuale. Più in generale persiste, come pure attestano altre condizioni ostative, una sfera essenziale di sovranità processuale degli Stati membri che continua a limitare la circolazione (anche esecutiva) delle decisioni tra Stati membri. Difatti, proprio la mancata armonizzazione materiale preserva un nucleo di interesse vitale dello Stato al rispetto dei propri valori endo-processuali, se del caso “in osmosi” con i vincoli in materia

² Cfr. al riguardo: *Il sequestro europeo di conti bancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*, a cura di P. FRANZINA e A. LEANDRO, Milano, 2015.

³ Così, per la Corte di giustizia, sentenza 15 marzo 2012, causa C-292/10. *de Visser*, punto 67, il giudice adito non può certificare come titolo esecutivo europeo – ai sensi del regolamento n. 805/2004 – “una sentenza contumaciale pronunciata nei confronti di un convenuto il cui indirizzo non è noto».

⁴ Cfr. l’art. 22 del regolamento n. 1896/2006.

⁵ In senso analogo, F. GASCÓN-INCHAUSTI, *La reconnaissance et l’exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I bis*, in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, a cura di E. GUINCHARD, Bruxelles, 2014, p. 210.

⁶ Più ampiamente *infra*, § V, a proposito della tecnica di adattamento.

processuale espressi da norme internazionali come la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Perciò il regolamento n. 1215/2012, pur introducendo la regola dell’equivalenza esecutiva tra decisioni nazionali provviste di tale natura, lascia sostanzialmente inalterato il preesistente quadro normativo riguardante le condizioni ostative all’efficacia della decisione straniera nello Stato richiesto, concettualmente riassunte nel c.d. “merito processuale”. E difatti tali condizioni – ora riportate unitariamente nell’art. 45 del regolamento n. 1215 – sono ben più numerose ed incisive rispetto alle limitatissime eccezioni già ricordate a proposito della disciplina regolamentare sul titolo esecutivo europeo. Si tratta di un complesso di condizioni quasi tutte ricalcate dal regolamento n. 44/2001 e che riguardano: il rispetto dei titoli di giurisdizione uniformi previsti a proposito dei c.d. fori protettivi di cui agli articoli 10-23 (liti inerenti a contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro subordinato) nonché dei fori esclusivi obiettivamente precostituiti dall’art. 24; la violazione manifesta dell’ordine pubblico (anche processuale); il riscontro nel processo di origine delle condizioni effettive (e non formali) per la costituzione del rapporto processuale, indispensabili ai fini di un effettivo (anche se pure eventuale) contraddittorio tra le parti, ed infine la compatibilità della decisione straniera con altre decisioni pronunciate o esecutive nel foro richiesto.

L’elenco mette in evidenza l’importanza di questo controllo sia su valori essenziali del foro richiesto sia su esigenze solidali sottese al quadro normativo unitario. Le due esigenze possono talora combinarsi tra loro come il richiamo alla violazione “manifesta” dell’ordine pubblico, idoneo a comprendere la tutela di valori esogeni (deducibili ad esempio dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo o dal diritto primario dell’UE) che endogeni (in specie, di ordine costituzionale). Il regolamento n. 1215/2012 ripropone tale condizione nel solco della previgente disciplina uniforme mentre analogo limite è – come si è visto – del tutto assente nella circolazione del titolo esecutivo europeo. Vero è che il parametro dell’ordine pubblico, quando utilizzato a difesa di valori processuali del foro richiesto, non è propriamente da identificare con le “forme” processuali dello Stato richiesto, appunto per garantire margini maggiori di libera circolazione delle sentenze o di altri provvedimenti giudiziari. Tuttavia, invocando il limite dell’ordine pubblico su profili processuali, il giudice del foro richiesto si appella al baluardo estremo di sovranità costituzionale del proprio ordinamento.

4. La rilevanza del c.d. merito processuale aveva indotto le precedenti versioni del “sistema Bruxelles I” a stabilire una procedura uniforme finalizzata all’accertamento delle relative condizioni ostative. In verità, il regolamento n. 44/2001 aveva semplificato tale procedura prefigurando una fase monitoria limitata ad un controllo meramente formale e quindi stabilendo l’eventuale verifica sul merito processuale solo nel caso di effettiva costituzione della controparte. A sua volta, il regolamento n. 1215/2012, spinto dall’esigenza di far valere la piena continuità (anche) esecutiva della decisione nello spazio giudiziario europeo, ha omesso di predisporre una propria disciplina, rimettendone la formulazione ai singoli Stati membri nel rispetto di taluni vincoli pur stabiliti dal regolamento medesimo. In questo modo, il più avanzato regime di circolazione delle decisioni introdotto dal regolamento n. 1215/2012, per quanto incida sulla stessa sfera di *imperium* dello Stato richiesto nell’esercizio della sua potestà esecutiva, realizza indirettamente una parziale ri-nazionalizzazione della procedura di accertamento del merito processuale. Gli Stati membri devono però assicurare determinati obblighi di risultato nella procedura di accertamento delle condizioni ostative dell’efficacia di decisioni straniere. Svanisce quindi la procedura uniforme ed in sua vece si afferma un grado piuttosto elevato di sussidiarietà funzionale del diritto nazionale, dall’estensione più ampia di quanto non accadesse nella disciplina previgente del “sistema Bruxelles I”.

La minore uniformità formale si coniuga quindi con un sistema maggiormente radicale di efficacia extra-territoriale delle decisioni che, come si vedrà, assume un profilo monista per il loro grado di continuità nello spazio. Una simile evoluzione deve confrontarsi con l’esperienza finora maturata nel “sistema Bruxelles I”, tracciandone il grado progressivo di compressione della sovranità processuale dello Stato richiesto.

II. I provvedimenti che rientrano nel regime di libera circolazione

5. Il principio di libera circolazione delle decisioni venne introdotto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 coniugando una finalità propria del diritto internazionale privato uniforme con il pro-

cesso di integrazione comunitaria. Ne era conferma la stessa base giuridica della Convenzione, riconducibile all’allora art. 220 del Trattato CE. Nelle tappe successive del “sistema Bruxelles I” si rafforza il legame funzionale di questa disciplina con la creazione di uno spazio giudiziario europeo, specie dopo il conferimento di specifiche competenze alla CE, prima, ed alla UE, dopo, nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile (attuale art. 81 TFUE). In tal modo, il principio di libera circolazione delle decisioni si sgancia gradualmente dalla sua originaria matrice interstatale per acquisire a tutti gli effetti nell’ordinamento dell’UE i connotati di un diritto del privato a rivendicare la certezza delle situazioni giuridiche quali definite nell’ordinamento di uno Stato membro.

6. Cambia radicalmente, in questo modo, la cornice concettuale del “sistema Bruxelles I”. Il principio del riconoscimento automatico delle sentenze emesse in Stati membri ed il conseguente divieto di riesame del merito avevano fatto arretrare notevolmente l’ambito di sovranità giurisdizionale quale si esprimeva attraverso la classica procedura di delibazione. Il suo tratto distintivo, quale che fosse la spiegazione dommatica che se ne forniva, consisteva nell’esigenza propriamente pubblicistica dello Stato richiesto di avallare con una propria determinazione l’equivalenza del provvedimento giudiziario ad un’analogia decisione assunta nel foro. Tuttavia, l’iniziale disciplina uniforme europea sulla circolazione delle decisioni non rinunciava del tutto alla tradizionale configurazione dualistica dei rapporti tra ordinamenti statali nel diritto processuale civile internazionale. Deponeva in tal senso l’esigenza di una preventiva autorizzazione all’esecuzione quale nocciolo duro a garanzia della sovranità giurisdizionale dello Stato richiesto nell’esercizio della sua potestà di *imperium*, sia pure sollecitata dall’istanza del privato interessato. Rispetto a questa attività la Convenzione di Bruxelles imponeva il controllo pubblicistico (sia pure tramite un rito inizialmente monitorio a cognizione sommaria) sulle condizioni ostative all’efficacia delle decisioni straniere.

7. Le successive evoluzioni del “sistema Bruxelles I” miranti a semplificare la circolazione delle decisioni hanno, prima, affievolito gli strumenti processuali preposti al controllo del merito processuale e, poi, rimosso definitivamente il filtro preventivo all’esecuzione forzata della decisione. Con il regolamento n. 1215/2012, gli ordinamenti processuali nazionali degli Stati membri devono – almeno in linea di principio – dare piena continuità alle aspettative individuali di certezza del diritto quali definite in uno Stato membro, comprendendovi (almeno per regola) gli effetti cognitivi e quelli esecutivi del provvedimento.

8. Questa dimensione maggiormente solidale del regime di libera circolazione delle decisioni consente di definirne meglio la portata e di precisare talune limitazioni apportate dalla nuova disciplina regolamentare. Già alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968 e poi del regolamento n. 44/2001 si era affermato il convincimento di comprendere nel regime uniforme di circolazione tutte le decisioni che rientravano nel campo di applicazione materiale del regolamento, incluse quelle pronunciate sulla base dei c.d. fori esorbitanti nazionali previsti ora dall’art. 6 del regolamento n. 1215/2012⁷: il 27° considerando di quest’ultimo regolamento ribadisce l’obbligo per gli Stati membri di riconoscere ed eseguire una sentenza anche nei casi in cui non si siano applicate le regole uniformi sulla giurisdizione che presuppongono il legame domiciliare del convenuto con uno Stato membro.

9. È alla luce della logica solidale sottesa al regime uniforme di libera circolazione delle decisioni previsto dal regolamento n. 1215/2012 che vanno considerate alcune tipologie di provvedimenti rispetto ai quali pure mancano indicazioni puntuali. Così, rientrano nel regime uniforme le sentenze che hanno tenore puramente cognitivo senza effetti propriamente esecutivi. Del resto, con la sentenza *Gothaer* del 15 novembre 2012, causa C-456/11, la Corte di giustizia aveva già incluso nel regime di libera circolazione la pronuncia del giudice nazionale che risolve la questione della propria competenza

⁷ V. già P. JENARD, *Relazione sui Protocolli relativi all’interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche e della Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *GUCE*, 5 marzo 1979, C 59, p. 20.

giurisdizionale nell’ambito dei rapporti con altri Stati membri⁸. Si tratta di un’indicazione che, a parere di chi scrive, era insita nel “sistema Bruxelles I” e finisce col riconoscere rilevanza esterna alla decisione giudiziaria sulla competenza. La soluzione è del resto in linea con l’affermazione di una certezza individuale al titolo di giurisdizione che impone di valutarlo alla stregua di una condizione (e non di un presupposto) dell’azione.

Inoltre, per effetto del principio di equivalenza tra sistemi processuali nazionali, il regime di libera circolazione delle decisioni comprende quelle decisioni pronunciate in Stati membri, che rientrino solo in parte nel campo di applicazione materiale del regolamento n. 1215/2012. Ciò riguarda anzitutto decisioni che affrontano anche profili contenziosi sottratti a questa disciplina regolamentare, di modo che vi rientreranno solo quei capi che vi afferiscono *ratione materiae*⁹. Inoltre l’efficacia parziale investe la sentenza straniera limitatamente a quei capi per i quali sia stata acquisita nell’ordinamento di origine il loro carattere (anche provvisoriamente) esecutivo. Ne è una conferma l’allegato I al regolamento n. 1215/2012 concernente la modulistica che il giudice dello Stato di origine deve compilare: tra le informazioni da inserire, il modulo indica al paragrafo 4.4.3 l’eventualità che solo alcune parti della decisione abbiano valenza esecutiva nell’ordinamento di origine.

Infine, il quadro unitario e solidale che sorregge il regime di libera circolazione delle decisioni, ne estende la portata applicativa ai provvedimenti cautelari purché adottati dal giudice competente per il merito. Espliciti in tal senso il 33° considerando e l’art. 2, lett. a), secondo capoverso del regolamento n. 1215/2012. Nel contempo, il regolamento esclude espressamente da questo regime (precludendo così qualunque interpretazione estensiva della pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia risalente alla sentenza 21 maggio 1980, causa 125/79, *Denilauler*), i provvedimenti cautelari adottati dal giudice adito a titolo esorbitante ai sensi dell’attuale art. 35, circoscrivendone così l’efficacia esecutiva solo al territorio dell’ordinamento di origine. Il regime differenziato di circolazione per i provvedimenti cautelari riflette la gerarchia imposta dalla disciplina uniforme tra le giurisdizioni nazionali¹⁰. Il primato del giudice competente per il merito, oltre che asserire la sua piena autonomia verso eventuali provvedimenti cautelari contrari rilasciati in un foro esorbitante¹¹, si riverbera sulla sovranità processuale in materia cautelare dello Stato membro sprovvisto (a qualunque titolo, anche per effetto della prevenienza) della competenza sul merito della stessa lite. Pertanto i provvedimenti cautelari adottati dal foro esorbitante dovranno essere coerenti con quelli adottati dal giudice straniero competente per il merito¹². Nell’ordinamento italiano ciò comporta – tra l’altro – un’applicazione estensiva della condizione di inefficacia

⁸ La regola non vale per le questioni che esorbitano dall’ambito di efficacia del regolamento n. 1215/2012. Così non assumono rilevanza decisioni assunte in base a norme comuni nazionali sulla giurisdizione che declinano la competenza dello Stato membro. Anche le determinazioni dei giudici nazionali in materia di arbitrato sono escluse dal “sistema Bruxelles I” (v. ora l’art. 1, par. 2, lett. d)): per effetto della più dettagliata disciplina introdotta dal regolamento n. 1214/2012 nel suo analitico 12° considerando, l’eccezione include ora espressamente anche le decisioni che accertano la nullità, inoperatività o inapplicabilità di una convenzione arbitrale.

⁹ Cfr. P. FRANZINA, *Article 36*, in *The Brussels I Regulation Recast*, a cura di A. DICKINSON e E. LEIN, Oxford, 2015, p. 377. Per evitare il rischio della frammentazione, il diritto internazionale privato uniforme europeo dovrebbe pervenire ad una codificazione uniforme e globale sulla giurisdizione civile che integri dalle varie discipline, tanto generale che di settore. L’opera pretoria della Corte di giustizia a proposito della nozione di “domanda accessoria” impiegata dal regolamento n. 4/2009 in tema di obbligazioni alimentari è sul punto alquanto condizionata dal dato positivo come conferma la sentenza 16 luglio 2015, causa C-184/14, *A v. B*, specialmente punto 29 ss.

¹⁰ Cfr. SALERNO, *Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, n. 1, par. 17 (p. 21).

¹¹ Trib. Venezia, 19 agosto 2003, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 1180 ss.

¹² Va da sé che il giudice del foro cautelare esorbitante dovrà comunque considerare tali provvedimenti allorché venga richiesto per l’emanazione di propri provvedimenti. Vedi in tal senso, benché in materia di provvedimenti provvisori di affidamento del minore ai sensi dell’art. 20 del regolamento n. 2201/2003 sulle cause matrimoniali e in materia di responsabilità genitoriale, Corte di giustizia, sent. 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček*: «l’art. 20 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione quale quella oggetto della causa principale, esso non consente ad un giudice di uno Stato membro di adottare un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale inteso a concedere l’affidamento di un minore che si trova nel territorio di tale Stato ad uno dei suoi genitori, nel caso in cui un giudice di un altro Stato membro, competente in forza del detto regolamento a conoscere del merito della controversia relativa all’affidamento, abbia già emesso una decisione che affida provvisoriamente il minore all’altro genitore, e tale decisione sia stata dichiarata esecutiva nel territorio del primo Stato membro» (punto 6.1). In senso affine, sul primato del giudice di merito e sia pure sempre con riferimento al regolamento n. 2201/2003, Corte di giustizia, sentenza 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, punto 46 s.

prevista dall’art. 669-*novies*, 2° comma, n. 2, cod. proc. civ. Il testo prevede la rimozione del provvedimento cautelare nel caso di sopravvenuta sentenza di merito straniera (ancorché non definitiva) di tenore contrario. Il vincolo posto dal regolamento n. 1215/2012 al riconoscimento ed all’efficacia del provvedimento cautelare straniero adottato dal giudice di un altro Stato membro competente per il merito vincola il giudice italiano al *fumus boni iuris* quale determinato in quel provvedimento e quindi costringe a rimuovere l’analogia misurata pregressa italiana se di tenore contrario¹³.

III. La sfera di efficacia cognitiva delle decisioni.

(A) *La dottrina della estensione degli effetti.*

10. L’assetto progressivamente monista dei rapporti di diritto processuale civile tra Stati membri dell’UE si riverbera sulla compressione della sovranità processuale dello Stato richiesto tenuto a rispettare la sfera di effetti cognitivi ed esecutivi che discendono direttamente dalla decisione di merito adottata in un altro Stato membro. Correlativamente si assiste ad una compressione della giurisdizione dello Stato richiesto. A questo proposito, il regolamento n. 1215/2012 mutua dalla disciplina sul titolo esecutivo europeo l’onere per la parte interessata di munirsi (oltre che di una copia dello stesso) di un apposito attestato rilasciato dalla stessa autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento¹⁴. Lo Stato in cui venga esibito l’attestato deve attenersi a quanto ivi indicato¹⁵. L’attestato, che ha carattere infungibile, contiene una serie di elementi utili per ricostruire alcuni profili cognitivi o esecutivi della decisione ma non è certamente adeguato per stabilirne la portata complessiva.

11. La sfera propriamente cognitiva della decisione straniera¹⁶ preclude che – nell’ambito di efficacia della stessa – si formi un giudicato nazionale con essa contrastante e quindi *a fortiori* impedisce, come si è già visto¹⁷, l’adozione di provvedimenti cautelari che lo contraddicano. Per determinare la portata del giudicato, vale anzitutto l’indicazione da tempo espressa dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Hoffmann* del 4 febbraio 1988, causa 145/86. In quella occasione, la Corte sviluppò la dottrina della “estensione degli effetti”, in virtù della quale lo Stato richiesto è tenuto ad attribuire nel proprio ordinamento gli stessi effetti previsti nell’ordinamento di origine dello Stato membro in cui la decisione era stata pronunciata. Il vincolo opera a prescindere dal modo in cui l’ordinamento dello Stato richiesto delimiti l’efficacia delle proprie decisioni. La sfera di efficacia oggettiva indicata dall’ordinamento di origine può quindi coincidere o sovrapporsi solo in parte alla portata del giudicato quale indicata dal diritto comune dello Stato richiesto. Tuttavia, in ragione del principio di sussidiarietà funzionale, questo ordinamento nazionale deve flettersi alle implicazioni che discendono dal vincolo sovranazionale a sostegno della dottrina della estensione degli effetti quale espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hoffmann*. L’espansione di tale vincolo dal livello della cooperazione “verticale” tra Stato membro e UE a quello della cooperazione “orizzontale” tra Stati membri trova fondamento nella stessa normativa uniforme dell’UE sulla cooperazione giudiziaria in materia civile e ne rappresenta la necessaria integrazione in ragione dello stesso contenuto imposto da quella normativa ai singoli Stati membri.

12. Il dovuto raccordo dello Stato richiesto con l’ordinamento di origine impone due percorsi tra loro complementari.

¹³ Resta naturalmente nella competenza del giudice dell’esecuzione stabilire le condizioni di esecutività del provvedimento cautelare straniero alla stregua di quanto previsto più in generale per l’esecuzione del provvedimento di merito adottato in altro Stato membro (*infra*, § V).

¹⁴ Per l’esclusione del cancelliere v. puntualmente Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 741, a proposito del certificato di titolo esecutivo europeo che “non si risolve in una mera certificazione amministrativa”.

¹⁵ Cfr. Corte di giustizia, 1° luglio 2010, cit., punto 70, con riferimento alla certificazione rilasciata ai sensi dell’art. 43 del regolamento n. 2201/2003.

¹⁶ Per quelli esecutivi, *infra*, § V.

¹⁷ *Supra*, § II.

Per un verso, il giudice richiesto deve in ogni caso apprezzare il diritto processuale dell’ordinamento di origine della decisione che ne regola appunto la sfera degli effetti. In altri termini, il giudice dello Stato richiesto non può eludere la conoscenza del diritto processuale straniero per questo tipo di accertamento. Si assiste così alla valorizzazione del principio *jura novit curia*. Benché mai formalmente richiamato negli atti di diritto internazionale privato uniforme europeo, la sua applicazione è ineludibile per assicurarne il dovuto effetto utile.

Per un altro verso, il giudice richiesto deve determinare la portata della decisione assumendone l’intera struttura. Opportunamente, la Corte di giustizia ha ricordato nella sentenza *Gothaer* che l’autorità della cosa giudicata include, oltre al dispositivo della sentenza, la “motivazione della stessa, che costituisce il fondamento necessario del dispositivo e, di fatto, è indissociabile da quest’ultimo”¹⁸. In ultima analisi, la sfera oggettiva del giudicato attiene tanto al contenuto della domanda principale quanto ad ogni altro punto di diritto, affrontato in via incidentale o sollevato in via di eccezione nel corso del giudizio, sempre che sia stato esaminato in condizioni di effettivo contraddittorio tra le parti e si rilevi determinante nel sillogismo finale del giudice che ha pronunciato la sentenza.

(B) *La sfera di efficacia ricavabile dalla nozione estensiva uniforme di “stessa causa”*

13. Un ulteriore criterio definitorio della sfera di efficacia della decisione straniera discende dalla nozione uniforme di litispendenza elaborata dalla Corte di giustizia. Come è noto, fin dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, il giudice dell’attuale UE ha sviluppato al riguardo una interpretazione estensiva della regola ora riprodotta nell’art. 29 del regolamento n. 1215/2012. A spingere in tal senso la Corte di giustizia è stato soprattutto il timore che proliferassero decisioni incompatibili rispetto ad azioni che afferivano al medesimo “centro della controversia”, senza dover neppure distinguere secondo che si trattasse di azioni di condanna o di accertamento¹⁹. La nozione autonoma così sviluppata dal giudice comunitario è talmente ampia da poter comprendere situazioni che il diritto comune di Stati membri sottrae alla litispendenza come avviene per la continenza nell’ordinamento italiano.

Per di più, la nozione estensiva di litispendenza si riverbera sulla fase successiva della circolazione della decisione. Infatti, in conseguenza di questa nozione uniforme, il giudizio preveniente assorbe il giudizio prevenuto e deve poter circolare nello spazio giudiziario europeo con l’efficacia che gli deriva da quella nozione. Proprio perché si tratta di effetti precostituiti della nozione astrattamente definita di “stessa causa” che vincola qualunque altro giudice prevenuto, la portata oggettiva e soggettiva della litispendenza va oltre il coordinamento delle azioni civili nello spazio ed investe la sfera di efficacia che in ogni caso si attaglia alla decisione concreta. Perciò la nozione uniforme di litispendenza diventa strutturale nel “sistema Bruxelles I” ed integra – all’occorrenza – la dottrina *Hoffmann* sulla estensione degli effetti.

14. In ragione del primato del diritto dell’UE, la circostanza che il diritto comune dello Stato richiesto ignori una sfera estensiva di giudicato analoga a quella ricavabile dalla nozione uniforme di litispendenza non deve essere di ostacolo alla circolazione della decisione. Anzi, proprio il diretto riferimento alla nozione autonoma di litispendenza consente di enucleare un concetto materiale uniforme di giudicato espresso direttamente dal diritto dell’UE rispetto al quale si deve piegare il diritto nazionale dello Stato richiesto. Sovviene pertanto *a fortiori* il principio di sussidiarietà funzionale della *lex fori* in ragione delle esigenze combinate di cooperazione tanto verticale che orizzontale sulla cooperazione giudiziaria in materia civile.

IV. Il divieto di riesame del merito.

15. I vincoli che discendono dal riconoscimento automatico della decisione straniera impediscono allo Stato richiesto di ri-esaminare i profili cognitivi che vi sono compresi in base alle tecniche richiamate nei paragrafi precedenti, vale a dire la dottrina sull’estensione degli effetti e la nozione uni-

¹⁸ Sent. 15 novembre 2012, causa C-456/11, punto 40.

¹⁹ V. già Corte di giustizia, sent. 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, punto 16.

forme ma estensiva di “stessa causa”. In questi termini soggiunge puntuale il divieto di riesame del merito della sentenza straniera, che il regolamento n. 1215/2012 ribadisce all’art. 52 in continuità con le precedenti versioni del “sistema Bruxelles I”. Lo scopo – unitario e solidale – della certezza del diritto sarebbe infatti vanificato se residuasse la libertà per ciascuno Stato membro di mettere in discussione l’accertamento operato nell’ordinamento di origine.

Il divieto vale anche rispetto ad una decisione solo provvisoriamente esecutiva ma limitatamente alla sfera di efficacia coperta dal vincolo del riconoscimento automatico: quella sfera deve restare assolutamente impregiudicata, a meno che non sia lo stesso ordinamento di origine della decisione a modificarla, se del caso con provvedimenti assunti a seguito di una procedura straordinaria di revisione²⁰.

16. Il divieto di riesame del merito non preclude però allo Stato richiesto di esercitare la propria giurisdizione per integrare la decisione straniera ovvero rafforzarne l’efficacia. Il regolamento n. 1215/2012, ricalcando in qualche modo la precedente versione regolamentare, stabilisce all’art. 40 che “una decisione esecutiva implica di diritto l’autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro richiesto”. Questa opportunità si fonda sulla stessa considerazione del titolo straniero quale assorbente *ex lege* le condizioni necessarie per il rilascio di provvedimenti cautelari in “anticipazione” della successiva esecuzione materiale della sentenza straniera ed è pertanto compresa nella competenza dello Stato del foro di esecuzione *ex art.* 24, n. 5, del regolamento n. 1215.

17. Inoltre è possibile che la decisione straniera, pur automaticamente efficace, manchi di taluni elementi necessari per conferirle piena idoneità esecutiva. L’attestato uniforme che obbligatoriamente correde la circolazione della decisione prevede l’eventualità (par. 4.6.1.5.1.1) che la decisione stabilisca la condanna al pagamento della somma dovuta ma non indichi gli interessi spettanti. Il giudice richiesto in tal caso provvede a determinare il *quantum* purché abbia un proprio titolo di giurisdizione. Il foro richiesto non deve però mai aggirare il divieto di riesame del merito e dunque non può – tra l’altro – rimettere in discussione il titolo su cui si fonda la pretesa pecuniaria. Perciò la determinazione del *quantum* deve essere operata in armonia con la decisione sull’oggetto principale, seguendo nei limiti del possibile il medesimo diritto applicato nell’ordinamento di origine.

V. La tecnica dell’adattamento sugli effetti esecutivi della sentenza straniera.

18. Il primato dell’ordinamento di origine della decisione straniera può quindi esprimersi in formule flessibili che plasmano in chiave di sussidiarietà funzionale l’ordinamento dello Stato richiesto e la sua stessa attività giurisdizionale.

Il fenomeno si ripropone a proposito degli effetti esecutivi della decisione straniera. Il regolamento n. 1215/2012, pur sopprimendo la procedura preventiva di autorizzazione all’esecuzione, ribadisce, come si è visto, la competenza esclusiva del foro richiesto in proposito (art. 24, n. 5). Questa indicazione, risalente alla versione originaria della Convenzione di Bruxelles (art. 16, n. 5), ha come logico corollario l’art. 41, par. 1, del regolamento, che fissa il principio generale secondo cui “il procedimento d’esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro è disciplinato dalla legge dello Stato membro richiesto”. Il principio di territorialità della legge processuale deve però commisurarsi con il principio dell’equivalenza esecutiva del titolo come indicato dal regolamento “Bruxelles I-bis”. L’estesa liberalizzazione della circolazione delle decisioni non investe solo la soppressione dei requisiti inerenti alla legalizzazione del titolo (art. 61, in armonia con le versioni precedenti del “sistema Bruxelles I”) quanto le stesse manifestazioni della potestà esecutiva dello Stato richiesto che deve dare continuità a forme e contenuti del provvedimento esecutivo straniero ad esso estranee.

²⁰ La Corte di giustizia ha riconosciuto fin dall’applicazione della Convenzione di Bruxelles che «una decisione straniera... munita della formula esecutiva in uno Stato contraente a norma... della Convenzione e che resti soggetta a esecuzione nello Stato di origine, non deve continuare a essere eseguita qualora ai sensi della legge di quest’ultimo Stato, l’esecuzione non possa più essere effettuata per motivi che esulano dall’ambito di applicazione della Convenzione» (sent. 4 febbraio 1988, cit., punto 18).

19. In base all’art. 54, par. 1, del regolamento n. 1215/2012, “se la decisione contiene un provvedimento ignoto alla legge dello Stato membro richiesto, tale provvedimento è adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento previsto dalla legge di tale Stato membro che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi. *Da tale adattamento non derivano effetti che vanno oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d’origine*”. Come conferma quest’ultimo passaggio, l’art. 54 ribadisce la dottrina *Hoffmann* sull’estensione degli effetti pur commisurandoli alle “forme” del processo esecutivo dello Stato richiesto, stante la mancata armonizzazione materiale delle formule esecutive nello spazio giudiziario europeo. A tal fine il diritto internazionale privato uniforme europeo propugna una tecnica di adattamento del mezzo esecutivo straniero all’ordinamento dello Stato richiesto. Si ripropone pertanto la necessaria conoscenza d’ufficio del contenuto del titolo esecutivo straniero anche in base a quanto prescritto dal suo diritto di origine.

Non si è però in presenza di una soluzione ricalcata pedissequamente sulle formule tradizionali di adattamento quali note al diritto internazionale privato specie dei paesi con una più marcata concezione statalista del diritto²¹. Come è noto, tali formule entrano in giuoco quando l’istituto privatistico assunto dall’ordinamento straniero sia in qualche modo ignoto alla *lex fori*: a tal punto sovviene l’esigenza di “adattare” quello a questa, facendo in modo che il diritto estraneo sia “ingabbiato” nelle categorie normative o concettuali della *lex fori*. Una simile impostazione riflette la logica dualista che tradizionalmente presiede ai rapporti tra ordinamenti, assegnando alla *lex fori* valenza preminente in quanto parametro esclusivo – ancorché unilaterale – di coordinamento.

20. Il quadro cambia nel momento in cui il sistema statale di riferimento – la *lex fori* – è vincolato al rispetto di determinati obblighi internazionali o sovranazionali che impongono la circolazione di valori estranei negli ordinamenti di Stati destinatari di tali obblighi. E difatti la tecnica dell’adattamento indicata dall’art. 54 del regolamento n. 1215/2012 richiede il pieno rispetto del risultato imposto dalla formula esecutiva straniera. Lo esplicita il 28° considerando del regolamento: “quando una decisione contiene un provvedimento ignoto al diritto dello Stato membro richiesto, tale provvedimento, compreso ogni eventuale diritto in esso indicato, dovrebbe essere adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento che in base al diritto di tale Stato membro abbia efficacia equivalente e persegua obiettivi analoghi”. Del resto, l’art. 54, par. 2, del regolamento n. 1215/2012 stabilisce che “qualsiasi parte può impugnare l’adattamento del provvedimento davanti a un’autorità giurisdizionale”. L’interesse ad agire investe sia l’esecutato che lo stesso creditore procedente. I motivi dell’opposizione dell’uno o dell’altro discendono da esigenze di coerenza sistemica dell’adattamento ora con la *lex fori* ora con l’ordinamento di origine del provvedimento. Si tratterebbe di un’opposizione ad atti esecutivi, dal momento che il contenuto dell’adattamento del mezzo esecutivo può incidere sul contenuto di diritti tanto dell’istante che dell’esecutato²². Il giudice dell’opposizione dovrà valutare le ragioni dell’opponente, ma avendo comunque presente il primato assegnato dal regolamento n. 1215/2012 al “vincolo di risultato” richiesto dal provvedimento esecutivo straniero.

21. Questo orientamento trova riscontro nell’art. 11 del regolamento n. 606/2013 sul riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile, che richiede all’autorità dello Stato di esecuzione di adeguare, “ove e per quanto necessario, ... gli elementi fattuali della misura di protezione al fine di dare applicazione alla misura di protezione in tale Stato membro”. Dunque, il diritto internazionale privato uniforme europeo²³ si orienta nel senso di modulare nel foro richiesto la formula esecutiva in funzione del risultato indicato dal provvedimento straniero. Il rapporto non è però “sbilanciato” a favore della *lex fori*,

²¹ Cfr. G. CANSACCHI, “Le choix et l’adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois”, Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1955 (t. 83), p. 79 ss.

²² Nell’ordinamento italiano è ormai ammessa la possibilità per il creditore procedente di opporsi ad atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.: R. ORIANI, *Opposizione ad atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 311 ss.; A. NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, p. 193 ss.; A. CARRATTA, “Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell’obbligo del terzo”, *Giurisprudenza italiana*, 2014, I, p. 1034.

²³ Vedi anche i considerando 15-17 e l’art. 31 del regolamento n. 650/2012 in tema di diritto applicabile alle successioni in diritti reali.

dovendo questa plasmarsi secondo le tecniche interpretative che meglio garantiscono l’effetto utile indicato dal diritto dell’UE. Ciò implica il riferimento a canoni ermeneutici anche audaci come il procedimento analogico (*analogia legis* se non *analogia iuris*), giustificati dal vincolo di risultato indicato dall’obbligo sovranazionale riguardo l’esecuzione del provvedimento emesso dal giudice di uno Stato membro. In questo modo si amplifica e si approfondisce il grado di sussidiarietà funzionale dell’ordinamento dello Stato richiesto, estendendone ulteriormente la portata rispetto al livello orizzontale di cooperazione giudiziaria in materia civile tra Stati membri. Perciò il diritto processuale civile “comune” dello Stato richiesto deve essere in grado di importare o comunque di rendere efficaci – *de lege lata* altrimenti *de lege ferenda* – formule esecutive per esso “atipiche” ma contemplate dal diritto nazionale di altro Stato membro. A giustificare un eventuale rifiuto potrà sovvenire il limite dell’ordine pubblico senza poter però includere in questa condizione ostativa un preteso principio di tipicità delle formule esecutive della legge processuale locale.

VI. Le azioni di accertamento sulle condizioni ostative all’efficacia delle decisioni straniere.

22. La circostanza che il regolamento n. 1215/2012 abbia soppresso ogni preventiva procedura intermedia per dare esecuzione alla decisione straniera che sia esecutiva nell’ordinamento di origine non ha rimosso l’eventuale ricorso a procedure di accertamento sulle condizioni ostative all’efficacia di decisioni straniere (c.d. merito processuale)²⁴.

Su ciò s’innesta l’eventualità di una procedura di accertamento variamente motivata, ma prefigurando una condizione di asimmetria tra le posizioni delle parti interessate, vale a dire distinguendo tra l’azione dell’avente diritto e quella dell’esecutato. Il regolamento n. 1215/2012 volutamente avvantaggia l’avente diritto perché intende premiare il valore della libera circolazione delle decisioni, costringendo la controparte a subirne l’iniziativa ed a contrastarla solo attraverso una successiva azione di accertamento negativo di diniego del riconoscimento o di opposizione all’esecuzione forzata.

23. In base all’art. 36, par. 2, del regolamento n. 1215/2012, l’avente diritto al riconoscimento o all’esecuzione della decisione straniera può avanzare una domanda di accertamento preventivo positivo a titolo principale. Si tratta di una domanda autonoma che non era prevista dalla disciplina previgente e che l’avente diritto presenta a prescindere sia da una eventuale contestazione della sentenza straniera (come invece richiedeva l’art. 33, par. 2, del regolamento n. 44/2001), sia dall’avvio dell’esecuzione forzata nello Stato richiesto. Manca nel regolamento n. 1215/2012 un termine di prescrizione per l’esercizio di questa azione di mero accertamento, tanto più che non è neppure stabilito un termine di decadenza per l’inizio della procedura esecutiva. Concettualmente, il principio di continuità giustificerebbe l’estensione temporale dell’azione di accertamento fintanto che sia possibile “spendere” gli effetti cognitivi ed esecutivi della decisione straniera nel suo ordinamento di origine. Tuttavia l’art. 36, par. 2, del regolamento aggancia l’azione di accertamento positivo al quadro normativo generale (sezione 2, sottosezione 3) che lo stesso regolamento prefigura per l’opposizione all’esecuzione. A proposito del procedimento di esecuzione, l’art. 41, par. 1, del regolamento dispone, come già rilevato, il rinvio generalizzato alla legge dello Stato richiesto per l’esecuzione, facendovi così rientrare anche le condizioni processuali per l’esercizio di ogni azione²⁵. Pertanto si deve fare riferimento alle norme comuni dello Stato richiesto anche per stabilire i criteri di prescrizione dell’azione.

24. La domanda riguarda l’intero merito processuale ed impone all’autorità giudiziaria adita di accertare l’insussistenza di ogni condizione ostativa all’efficacia della decisione straniera. La sentenza favorevole – e definitiva – alla domanda preventiva di accertamento positivo avanzata dall’avente diritto²⁶ ha portata globale sull’efficacia della decisione straniera e dunque determina un effetto preclusivo

²⁴ *Supra*, § I.

²⁵ Cfr. P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 384.

²⁶ Senza poter escludere che l’istante avanzi una domanda di accertamento solo su alcune condizioni ostative, la sua istanza potrebbe ben investire l’intero spettro delle condizioni ostative all’efficacia di decisioni straniere.

erga omnes di qualunque contestazione o opposizione sul merito processuale. Perciò l’avente diritto può avere interesse ad avviare l’azione di accertamento al fine di ottenere un giudizio che escluda in futuro ogni eccezione al riguardo da parte dell’esecutato ovvero per prevenire la sua opposizione all’esecuzione.

25. L’esecutato, da parte sua, può presentare autonoma domanda di diniego sia al riconoscimento che all’esecuzione forzata della decisione straniera, ai sensi – rispettivamente – dell’art. 45 e degli articoli 46 ss. del regolamento n. 1215/2012. In entrambe le ipotesi deve eccepire la presenza di una o più condizioni ostative all’efficacia della decisione straniera²⁷. La legittimazione ad agire dipende dal suo interesse ad opporsi vuoi al riconoscimento vuoi all’esecuzione della decisione straniera. Nell’ipotesi di opposizione all’esecuzione, ciò discende dall’avvio della procedura esecutiva nei suoi confronti nei termini indicati dall’art. 43, par. 1, del regolamento, vale a dire con la notifica dell’attestato riguardante la decisione straniera in data anteriore alla prima misura di esecuzione. Analogamente, la domanda di diniego del riconoscimento *ex art. 45* del regolamento presuppone che l’interessato ne abbia riscontrato la richiesta da parte dell’avente diritto e debba pertanto promuovere l’azione di accertamento negativo se intende rimuovere tali effetti²⁸. È a far data dal momento in cui ha ricevuto la notifica dell’attestato che l’esecutato può presentare la propria domanda di accertamento negativo, avendo presente i termini di decadenza previsti dal diritto processuale civile dello Stato richiesto dal momento che anche in questo caso il regolamento n. 1215/2012 (diversamente dalla disciplina previgente) non dispone criteri uniformi riguardo l’opposizione all’esecuzione²⁹.

26. Il procedimento in questione costituisce l’unica opportunità per l’avente diritto come per l’esecutato per contestare o fare accertare in via principale le condizioni di efficacia ed ha pertanto carattere esclusivo. Proprio perché imposto dal diritto uniforme europeo non possono invocarsi presunte limitazioni determinate dal diritto nazionale fondate, ad esempio, sul valore monetario inerente all’esecuzione della decisione straniera se al di sotto del minimo richiesto dalla legge del foro. Né – alla luce del regolamento n. 1215/2012 – l’opposizione all’efficacia della decisione straniera può essere esercitata sulla base di un diverso interesse ad agire e tanto meno avviando un autonomo giudizio secondo il diritto processuale civile comune dello Stato richiesto. La Corte di giustizia è stata abbastanza netta al riguardo. Già, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968, il giudice comunitario aveva osservato che il rinvio al diritto nazionale per determinare le modalità dell’esecuzione deve sempre essere inteso in modo compatibile con le regole uniformi europee: “ne consegue che i mezzi d’impugnazione concessi dall’ordinamento giuridico nazionale vanno esclusi qualora l’opposizione all’esecuzione di una decisione straniera munita della formula esecutiva sia proposta dalla stessa persona che avrebbe potuto proporre opposizione all’*exequatur* e allorché essa si fondi su un mezzo che avrebbe potuto essere dedotto nell’ambito dell’opposizione stessa”³⁰.

Il regolamento n. 1215/2012, pur sopprimendo il ricorso alla previa procedura autorizzativa, ha in effetti incrementato le opportunità di controllo sul c.d. merito processuale. Come si è visto, la norma-

²⁷ Il diniego di riconoscimento della decisione straniera può avvenire nel corso di una causa. Al riguardo l’art. 36, par. 3, del regolamento n. 1215/2012 prevede il ricorso ad un accertamento incidentale, che ha natura sub-procedimentale di verifica del merito processuale: esso infatti si insinua nel processo di cognizione o di esecuzione avviato nel foro, senza nessun bisogno di modificare le funzioni proprie dell’autorità giudiziaria adita poiché non dà luogo ad un accertamento con valenza di giudicato (in senso diverso, v. E. D’ALESSANDRO, “Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012”, *Rivista di diritto processuale*, 2013, p. 1048).

²⁸ *Contra* P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 386, che invece asserisce la possibilità per il condannato di esperire un’azione pura di accertamento preventivo negativo. Invero dai lavori preparatori del regolamento n. 1215/2012 si evince che questo assimila l’azione di diniego del riconoscimento a quella che può svolgere la parte “interessata” che intende opporsi all’esecuzione (cfr. *Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)-Draft guidelines*, Bruxelles 8 novembre 2011, n. 16399/11, JUSTCIV 293; CoDEC 1897, paragrafi 6 e 24).

²⁹ Diversamente, sia la Convenzione di Bruxelles (art. 36) che il regolamento n. 44/2001 (art. 43, par. 5), stabilivano rigorosi termini processuali uniformi per l’opposizione alla decisione sull’autorizzazione all’esecuzione (cfr. anche Corte di giustizia, sent. 4 febbraio 1988, *cit.*, punto 31).

³⁰ Sentenza 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, *cit.*, punto 30.

tiva ora vigente consente all’aveute diritto di “anticipare” l’azione positiva di mero accertamento mentre l’opponente si vede “spostata in avanti” l’opportunità di presentare un’azione negativa in opposizione all’efficacia della decisione ovvero al suo riconoscimento³¹. Queste indicazioni non modificano tuttavia il vincolo posto dalla Corte di giustizia a favore del carattere autonomo ed esclusivo del mezzo di opposizione all’efficacia delle decisioni straniere. Infatti, anche in base al nuovo regolamento, l’esame del merito processuale deve restare nell’ambito della sua precipua procedura che assorbe ogni tipo di azione esercitata in proposito. In tal senso depona la continuità del regolamento “Bruxelles I-bis” con gli strumenti precedenti, vale a dire di canalizzare nell’azione in opposizione all’esecuzione *ex art. 46* anche le altre azioni di accertamento sul merito processuale. Ed è in relazione a questo modello unitario che il regolamento pone specifiche esigenze inerenti sia al giudice competente che alla struttura del processo.

VII. Obblighi di (solo) risultato e valutazioni autonome degli Stati membri sulla procedura di accertamento relativa al merito processuale

(A) *L’autorità competente*

27. Nonostante che il regolamento n. 1215/2012 faccia confluire le diverse tipologie di azione di accertamento nella procedura prevista per l’opposizione all’esecuzione (art. 47 s.), la stessa disciplina europea non vincola gli Stati membri a predisporre una struttura unica per le tre tipologie di azioni indicate negli articoli 36, 45 e 47. Piuttosto il regolamento si limita ad enunciare taluni obblighi di risultato, non necessariamente raccordati ad un esito uniforme.

28. Una prima indicazione del genere riguarda l’autorità giurisdizionale che gli Stati devono individuare come competente a svolgere l’accertamento del merito processuale, comunicando la relativa determinazione alla Commissione (art. 75, in combinato disposto con gli articoli 47, par. 1, 49, par. 2, e 50). Non può essere un’autorità priva di carattere giurisdizionale come invece talora avveniva alla luce del regolamento n. 44/2001, in ragione del solo controllo formale espletato nella prima fase monitoria della procedura uniforme. Invece il regolamento n. 1215/2012 richiede un giudizio in relazione alle domande sul merito processuale poste dalle parti.

Nell’individuazione dell’autorità competente gli Stati membri dovrebbero tener conto del 30° considerando del regolamento n. 1215/2012. Vi si prospetta l’esigenza per la “parte che si oppone all’esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro” di “poter invocare, nella medesima procedura, oltre ai motivi di diniego contemplati dal presente regolamento, i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale”. In altri termini, il regolamento sollecita gli Stati membri a concentrare in un’unica procedura l’esame dei diversi motivi di opposizione all’esecuzione, senza al riguardo distinguere se essi dipendano dal diritto nazionale o dal regolamento. L’autorità giurisdizionale che “guida” la procedura esecutiva della sentenza straniera ai sensi del diritto nazionale dello Stato richiesto sarebbe così anche in grado di gestire una serie di situazioni processuali che vi afferiscono. Il giudice dell’esecuzione può infatti: *i*) sospendere immediatamente la stessa procedura esecutiva (art. 44, par. 1, lett. c)) per riflesso di eventi processuali nell’ordinamento di origine (art. 51), *ii*) dare esecuzione ai provvedimenti cautelari “automatici” *ex art. 40*, *iii*) provvedere al necessario “adattamento” delle misure esecutive contemplate nella decisione straniera (art. 54). La soluzione preconizzata dal 30° considerando del regolamento n. 1215/2012 riflette il parziale accostamento del “sistema Bruxelles I” alla disciplina uniforme sul titolo esecutivo europeo quale disciplinato dai regolamenti n. 805/2004, n. 1896/2006 e n. 861/2007. Emblematico al riguardo è il raffronto tra l’art. 44 del regolamento n. 1215 e l’art. 23 “comune” ai regolamenti n. 805, n. 1896 e n. 861. Vi si prevede che il giudice dell’esecuzione, su richiesta della parte istante, possa: “a) limitare il procedimento di esecuzione ai provvedimenti cautelari [conservativi]; b) subordinare

³¹ Seguendo questo schema, persiste – come si è inizialmente osservato – la disparità di trattamento tra le parti, che sarebbe esclusa ove si accogliesse quella dottrina (citata *supra*, nota 28) secondo la quale sarebbe invece consentita anche al condannato la possibilità di esperire un’azione pura di accertamento preventivo negativo. Ma lo sviamento dal principio della parità delle armi è insito nel “sistema Bruxelles I” in forza del suo *favor* per la circolazione della decisione straniera.

l’esecuzione alla costituzione di una garanzia [cauzione] ... ; c) ... sospendere ... il procedimento di esecuzione”. A guidare il parallelismo normativo è il principio (che il regolamento n. 1215/2012 mutua da quei regolamenti speciali) secondo cui il titolo esecutivo contenuto nella decisione straniera debba essere equiparato al titolo esecutivo nazionale (art. 41), anche se la disciplina sul titolo esecutivo europeo svolge questo principio in modo più ampio e radicale.

29. Questa differenza non consente di trasporre agevolmente il modello del titolo esecutivo europeo alla circolazione di decisioni giudiziarie che rientrano nel regolamento n. 1215/2012. In effetti, nel primo caso, la confluenza nello stesso giudice dell’esecuzione della competenza a giudicare su motivi di opposizione che attengono tanto al processo propriamente esecutivo quanto al c.d. merito processuale trova fondamento in una decisione straniera che già nell’ordinamento di origine si perfeziona quale titolo esecutivo pienamente legittimato a circolare nello spazio giudiziario europeo. La medesima formula non era mutuabile dal regolamento n. 1215/2012, dal momento che la decisione emessa nell’ordinamento di origine resta tuttora agganciata al diritto nazionale. Ciò giustifica la perdurante sfera di apprezzamento dello Stato richiesto sul merito processuale, tanto più che il regolamento n. 1215/2012 prevede (art. 36, par. 2) un’azione preventiva di mero accertamento positivo del tutto insussistente per il titolo esecutivo europeo.

Questo insieme di motivi spiega la formula tenue contenuta nel 30° considerando del regolamento n. 1215/2012: la richiesta di concentrare dinanzi ad un’unica autorità giudiziaria l’esame dei vari motivi di opposizione vale “nei limiti del possibile e ... conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto”. La formula esortativa di concentrare “nei limiti del possibile” la competenza territoriale nello Stato richiesto esprime in altri termini un’indicazione promozionale che esclude di per sé un effetto cogente.

30. Data la flessibilità della formula regolamentare, l’obiettivo di concentrare la competenza in fase esecutiva in un’unica autorità giudiziaria ha trovato solo in parte conferma nelle comunicazioni che gli Stati membri hanno fatto pervenire alla Commissione ai sensi dell’art. 75 del regolamento n. 1215/2012³². Il florilegio di soluzioni è assai ricco.

Il Governo francese ha indicato tre diverse autorità giudiziarie distinguendo secondo l’oggetto della procedura di accertamento sul merito processuale. In particolare, si assegna al “Tribunal de grande instance” la competenza per l’esame sul merito processuale qualora sia presentata una domanda di accertamento ai sensi degli articoli 36, par. 2, o 45. L’indicazione della Francia ha però trovato limitatissimo riscontro³³.

La tendenza prevalente degli Stati membri è stata nel senso di concentrare la competenza nell’autorità giudiziaria di primo grado: la Germania nel “Landgericht”, la Spagna nel “Juzgado de Primera Instancia”, la Polonia nel “Sąd okręgowy”, l’Olanda nel “Rechtbank”, il Portogallo nel “Tribunal de comarca”, l’Italia nei “Tribunali ordinari”. Alcuni Stati membri, come Regno Unito e Svezia, hanno invece preferito concentrare la competenza in giurisdizioni superiori: la ‘Hovrätt’ (Corte d’appello) per la Svezia mentre differenti sono le soluzioni britanniche: la High Court of Justice (Enforcement Section, Queen’s Bench Division) per l’Inghilterra e il Galles, la High Court of Justice per l’Irlanda del Nord; la Court of session (Deputy Principal Clerk of Session, Court of Session) per la Scozia, la Supreme Court of Gibraltar per Gibilterra. Pur differenziandosi tra loro, queste indicazioni presentano alcuni dati comuni. Anzitutto, non è scontato che l’organo indicato come competente ad esaminare il merito processuale lo sia anche per gestire il processo di esecuzione secondo il diritto nazionale dello Stato richiesto. Tale è il caso dell’Italia, in cui la competenza del processo di esecuzione rientra – almeno entro certi limiti *ratione materiae* ai sensi del combinato disposto degli articoli 615 e 27 cod. proc. civ. – nella competenza del giudice di pace del tutto escluso invece dalla competenza sul merito processuale. Inoltre, gli Stati che hanno comunicato la competenza del giudice di primo grado o della giurisdizione superiore si

³² Vedine il quadro completo in https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-fr-fr.do?init=true&member=1

³³ Cfr. le comunicazioni dell’Austria, riportate nel sito citato *supra*, nota 28.

sono normalmente riferiti alla domanda di diniego dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 47, par. 1, del regolamento n. 1215/2012 senza però formulare distinzioni come quelle svolte dalla Francia. Pertanto le stesse autorità giudiziarie sono competenti a conoscere sia dell'azione preventiva di accertamento ai sensi dell'art. 36, par. 2, del regolamento, sia dell'azione di diniego di riconoscimento di cui all'art. 45 dello stesso regolamento, non necessariamente agganciate – l'una come l'altra – all'avvio del processo di esecuzione forzata.

31. Un'ulteriore – ed anche più radicale – manifestazione della tendenza a “ri-nazionalizzare” le procedure di accertamento sul merito processuale si ritrova nei differenti gradi di competenza preposti a tale funzione. Il regolamento n. 1215/2012 prevede l'obbligo di prefigurare un doppio grado di giudizio: il giudice competente ad accertare la domanda in primo grado (art. 48) e il giudice preposto ad esaminare l'eventuale impugnazione del relativo provvedimento (art. 49). All'art. 50 il regolamento prevede che gli Stati membri possano indicare un'autorità giudiziaria di terzo grado presso cui impugnare il provvedimento emesso in secondo grado di giudizio. Una determinazione del genere va resa pubblica tramite comunicazione alla Commissione ai sensi dell'articolo 75, lettera c) del regolamento. Gran parte degli Stati membri ha fatto uso di questa facoltà indicando la massima giurisdizione nazionale (Cour de Cassation in Francia e Belgio, Corte di cassazione in Italia, Bundesgerichtshof in Germania, Hoge Raad in Olanda, Tribunal Supremo in Spagna). Questa tendenza conferma la perdurante autonomia del merito processuale rispetto al processo di esecuzione e accentua il dis-allineamento della nuova normativa regolamentare rispetto alla disciplina sul titolo esecutivo europeo, che è invece assorbito pienamente dai meccanismi procedurali prefigurati nei singoli ordinamenti nazionali a proposito del processo di esecuzione forzata.

(B) *Rito e gradi di giudizio*

32. La mancanza della procedura uniforme per l'accertamento del merito processuale lascia i singoli Stati membri ampiamente autonomi nella determinazione del modello processuale da impiegare, in specie con riferimento al primo grado di giudizio. Lo stesso regolamento n. 1215/2012 si limita a fissare – direttamente o implicitamente – alcuni obblighi di risultato per gli Stati membri.

33. L'art. 48 del regolamento, ricalcando il precedente art. 45 del regolamento n. 44/2001, impone che “l'autorità giurisdizionale statuisca *senza indugio* sulla domanda di diniego dell'esecuzione”; considerata la struttura del regolamento, lo stesso vincolo vale anche per le azioni di accertamento ai sensi degli articoli 36, par. 2, e 45. Va da sé che il ricorso al rito della cognizione piena e solenne sarebbe difficilmente conciliabile con tale scopo. La formula pare piuttosto sottintendere la preferenza del legislatore europeo per un rito sommario riguardo la cognizione del merito processuale, tanto più che questo era indicato nell'originaria procedura uniforme prevista dalla Convenzione di Bruxelles del 1968. In base al principio dell'effetto utile andrebbe quindi stabilito quale rito sommario sia possibile applicare tra quelli predisposti nell'ordinamento nazionale ed azionabili dinanzi all'autorità giudiziaria adita in primo grado. Nel caso dell'ordinamento italiano viene in evidenza il rito sommario generale di cognizione quale disciplinato dall'art. 702-ter cod. proc. civ., già applicato nel diritto comune per il giudizio di accertamento sul merito processuale di cui all'art. 67 della legge n. 218/1995.

34. Vi è una seconda indicazione che traspare implicitamente dal regolamento n. 1215/2012 rispetto a quegli Stati membri (la maggioranza) che hanno stabilito di concentrare in un'unica autorità giudiziaria l'esame delle varie azioni di accertamento sul merito processuale. Una simile soluzione implica una certa modulazione del giudizio di accertamento sul merito processuale in rapporto alla parte che lo avvia. Infatti, a seconda che l'azione sia svolta dall'avente diritto o dall'opposto, sono diversamente ripartiti sia gli oneri probatori tra le parti sia i poteri “officiosi” dell'autorità giudicante. Si consideri che l'azione preventiva di accertamento positivo implica una valutazione globale sull'insussistenza delle condizioni ostative all'efficacia della decisione straniera anche rispetto ad eventuali profili non provati dall'istante. Diversamente, l'azione di accertamento negativo presentata dall'opposto può ben circoscriversi ai soli profili evidenziati nell'opposizione dell'interessato.

VIII. Conclusioni: l'emergente concezione monista di continuità tra ordinamenti nazionali nello spazio giudiziario europeo

35. L'evoluzione del “sistema Bruxelles I” verso soluzioni sempre più liberali in tema di circolazione delle decisioni induce a riconsiderare le formule tradizionali attraverso cui si sono delineati al riguardo i rapporti tra ordinamenti nazionali. Ormai nello spazio giudiziario europeo si assiste al declino irreversibile della formula dualista che serviva a presidiare la sovranità dello Stato attraverso il necessario esame preventivo delle condizioni ostative riconducibili al c.d. merito processuale.

Va ricordato che questo schema si è formato soprattutto nei paesi europei che vantavano una tradizione di *civil law* mentre è stato sempre poco familiare agli ordinamenti di *common law*. Le ragioni sono plurime. In questa sede conviene richiamarne almeno due. Anzitutto è nei paesi di *civil law* che prende piede l'interpretazione più esasperata del monopolio statale del diritto (ovvero del suo carattere assoluto³⁴) e quindi anche l'esigenza pubblicistica di filtrare l'efficacia delle decisioni straniere attraverso un'apposita procedura di delibazione che potesse se del caso dar luogo anche ad un riesame del merito. Inoltre, i paesi di *civil law* hanno sicuramente mostrato una maggiore inclinazione rispetto ai paesi di *common law* verso l'espansione esorbitante della sfera di giurisdizione e di riflesso hanno voluto premunirsi con il meccanismo deliberatorio in modo da escludere contrasti di giudicati nell'ordinamento del foro richiesto³⁵. L'esigenza di certezza del diritto veniva così garantita “nel chiuso” dell'ordinamento statale piuttosto che in chiave effettivamente universale assicurando le dovute forme di apertura e coordinamento verso il diritto processuale straniero.

36. Queste ragioni sono in larga parte venute meno nello spazio giudiziario europeo per tre ordini di motivi.

In primo luogo, il processo di integrazione sovranazionale, volendo assicurare condizioni uniformi di certezza del diritto alla libera circolazione delle decisioni, ha eroso largamente la sovranità statale e quindi le conseguenti ragioni pubblicistiche poste a sostegno della tesi dualista. In secondo luogo, la tendenziale uniformità dei criteri di giurisdizione tra gli Stati membri coniugata con i loro vincoli alla cooperazione orizzontale ha determinato l'insorgere, nello spazio giudiziario europeo, di un'idea di equivalenza delle relative decisioni, che consente di prescindere dalla formula deliberatoria. Infine, il diritto internazionale privato uniforme europeo ha introdotto, specie nel caso della litispendenza, tecniche assai incisive di coordinamento delle azioni civili nello spazio che rendono fondamentalmente residuale la verifica della compatibilità della decisione “importabile” con decisioni pregresse del foro richiesto.

37. L'ordinamento del foro richiesto subisce pertanto varie forme di compressione, che – ove non si abbia una deroga alla disciplina comune – ne impone un grado assai elevato di sussidiarietà funzionale fino a piegare la sua attività di *imperium* in funzione delle formule esecutive richieste dal provvedimento straniero ammesso al regime di libera circolazione quale contemplato dal regolamento n. 1215/2012³⁶. Si potrebbe argomentare che ciò costituisce una forzatura senza un'opera parallela di armonizzazione materiale dei sistemi processuali nazionali degli Stati membri, simile a quanto avvenuto con i regolamenti speciali sul titolo esecutivo europeo. Ma il regolamento n. 1215/2012 tiene ben presente questa difficoltà allorché configura nell'art. 54 il ricorso all'adattamento, vale a dire la giusta

³⁴ Ciò poteva riguardare tanto considerazioni di ordine strettamente processuale (come nell'originaria impostazione dualista italiana di Anzilotti e Morelli) quanto ragioni di merito – propuginate in particolare dalla giurisprudenza francese – collegate al necessario riscontro nella decisione straniera del diritto materiale applicabile secondo le norme di diritto internazionale privato del foro richiesto (vedi al riguardo: B. ANCEL, H. MUIR WATT, “Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois. Chronique d'une séparation”, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques - Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 137 ss., che – a p. 147 – evocano “l'impérialisme juridique” dell'ordinamento francese che si esprime nel dare alle sue regole di conflitto una portata assoluta o universale).

³⁵ Tanto più tale approccio era giustificato in mancanza di una disciplina comune che regolasse i casi di litispendenza internazionale.

³⁶ Sulla “stretta connessione sussistente tra l'efficacia esecutiva e l'*imperium* statale”, cfr. E. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 1045.

modulazione dell’efficacia esecutiva del provvedimento richiesto in forme adeguate della *lex fori* anche escogitandole *infra* o *praeter legem*³⁷.

38. Tuttavia, il regolamento n. 1215/2012 non rimuove l’eventualità di un esame autonomo del foro richiesto sul c.d. merito processuale. Anzi questa possibilità viene addirittura potenziata introducendo un’azione preventiva di accertamento positivo che si aggiunge alle azioni tradizionali di accertamento negativo che l’opposto può far valere per contrastare il riconoscimento o l’esecuzione della decisione straniera³⁸. In altri termini, il regolamento Bruxelles *I-bis* sembrerebbe offrire un quadro apparentemente contraddittorio in cui alla spinta liberalizzatrice si accompagnano maggiori occasioni (peraltro ricondotte a formule processuali non di diritto uniforme³⁹) di controllo sulle condizioni ostative alla circolazione delle decisioni.

39. Per chiarire lo scenario normativo si deve tener presente che il “sistema Bruxelles I” non ha inteso operare una totale compressione della sovranità processuale dello Stato membro. Il controllo delle condizioni ostative ora indicate nell’art. 45 serve anche – benché non solo – a presidiare sul rispetto dei valori essenziali dello Stato richiesto. Ma, pur considerando la dimensione esclusivamente “domestica” del merito processuale, il suo esame quale prefigurato dal regolamento n. 1215/2012 rifugge dal modello dualista tradizionale di preconstituire un “filtro” necessitato all’efficacia della decisione straniera: il regolamento Bruxelles *I-bis* ha infatti rimosso ogni procedura intermedia anche con riguardo all’efficacia esecutiva della decisione. Nelle attuali condizioni normative il controllo sul merito processuale è esperibile solo se una delle parti interessate si attiva per esercitare la pertinente azione di accertamento (positivo o negativo). In altri termini, ove si restasse agganciati alla dottrina dualista tradizionale, si delineerebbe una situazione quasi paradossale rimettendo all’interesse del privato l’opportunità per il giudice di controllare valori *lato sensu* pubblicistici dello Stato richiesto. Così, ancora per restare al limite dell’ordine pubblico, il suo controllo è possibile solo se rientra nel *petitum* invocato dalla parte interessata. Ma se un tale valore (specie quando il limite sia invocato per ragioni di natura sostanziale e non procedurale) afferisce alla sfera di disponibilità del privato, la sua verifica a fini pubblicistici è puramente occasionale.

40. In verità, il carattere “disponibile” delle condizioni ostative trova anzitutto giustificazione nel tipo di liti afferenti alla materia civile e commerciale disciplinata dal regolamento n. 1215/2012. In questi casi è difficile assistere a liti su cui insistono profili indisponibili quali tuttora si rintracciano in molte questioni di *status*. In secondo luogo, la valorizzata posizione processuale delle parti per azionare il controllo sulle condizioni ostative all’efficacia delle decisioni straniere si spiega con la stessa logica unitaria e solidale che presiede alla circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. L’esercizio della funzione giurisdizionale dei singoli Stati avviene nella prospettiva unitaria di assicurare al privato – titolare secondo il diritto dell’UE del diritto alla libera circolazione delle decisioni - una condizione di certezza del diritto da far valere nell’ambito dell’intero ordinamento dell’UE. In questo quadro di valori solidali, l’azione esercitata in uno Stato membro è equivalente a quella svolta in un altro Stato membro. Parimenti, i valori incorporati nella decisione nazionale sono equivalenti per ogni altro Stato membro.

41. In un quadro del genere, non vi può essere una ragione pubblicistica autonoma dello Stato membro di dover accertare determinate condizioni ostative all’efficacia della decisione adottata in un altro Stato membro. Lo Stato membro, così facendo, violerebbe lo stesso obbligo dell’UE che suppone l’equivalenza tra giurisdizioni nazionali. E sempre nel rispetto del primato del diritto dell’UE, lo Stato richiesto deve rispettare la condizione di asimmetria che il regolamento n. 1215/2012 prefigura a proposito delle diverse opportunità di azione per le parti interessate: la posizione privilegiata dell’avente

³⁷ *Supra*, § V.

³⁸ *Supra*, § VI.

³⁹ *Supra*, § VII.

diritto – l’unico a poter esercitare l’azione preventiva di accertamento (positivo) – trova giustificazione nel principio di *favor* per la circolazione delle decisioni.

42. Diventa così più chiaro che nel nuovo quadro normativo il controllo – eventuale – sul merito processuale perde definitivamente la sua tradizionale accezione dualista. Esso finisce con l’afferrare direttamente alla situazione giuridica soggettiva dell’interessato che la può invocare – in base ai propri interessi – nelle circostanze indicate dal regolamento n. 1215/2012.

43. Si potrebbe argomentare che al superamento del filtro delibatorio a tutela preventiva della sovranità processuale dello Stato membro segua l’affermazione definitiva della prospettiva monista di piena continuità tra gli ordinamenti nazionali. L’ipotesi è certamente plausibile purché se ne chiariscano significato e portata.

In effetti, il principio di continuità non riguarda solo il provvedimento in sé quanto la situazione giuridica del privato quale accertata e tutelata nel provvedimento destinato a circolare. Le azioni di accertamento positivo o negativo – eventualmente esercitabili – sul merito processuale previste dal regolamento n. 1215/2012 afferiscono sempre a quella situazione giuridica anche quando incentrate sulle modalità giurisdizionali e processuali attraverso cui si è definita nell’ordinamento di origine la certezza di quella situazione giuridica. Se si esclude il riferimento alla violazione manifesta dell’ordine pubblico, il merito su cui si controverte nella procedura di accertamento è l’involucro processuale o giurisdizionale che ha “costituito” una data situazione di certezza del diritto in termini cognitivi e/o esecutivi.

44. Il regolamento n. 1215/2012 conferma questo principio di apertura rispetto ad altri provvedimenti che presentano un grado affine di certezza del diritto rispetto alla situazione giuridica vantata dal privato. In base al combinato disposto tra l’art. 2, lettere *b*) e *c*), da un lato, e gli articoli 58-59, dall’altro, rientrano nel regime di libera circolazione sia la transazione giudiziaria, se “approvata dall’autorità giurisdizionale di uno Stato membro o conclusa davanti all’autorità giurisdizionale di uno Stato membro nel corso di un procedimento”, sia l’atto pubblico qualificato come tale nello Stato membro d’origine e la cui autenticità (sul contenuto) sia stata attestata “da un’autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata”. In entrambi i casi si deve trattare di provvedimenti o atti già esecutivi nell’ordinamento di origine dello Stato membro, di cui può essere impedita l’efficacia solo se si tratti di provvedimenti o atti incompatibili con l’ordine pubblico del foro richiesto. Vale a dire che l’estensione del principio di apertura ad altri atti avviene commisurandone la natura: se essi non rivestono una apprezzabile natura processuale, si restringe lo spettro di condizioni ostative alla loro efficacia perché l’eventuale filtro non può riguardare alcun “involucro” giurisdizionale della situazione giuridica assorbita nel regime di continuità.

45. Si ritrovano così alcune conferme con la tendenza espressa dalla disciplina sul titolo esecutivo europeo. Le limitatissime eccezioni alla sua efficacia nel foro richiesto rispondono alla condivisa convergenza degli Stati membri sulla unitarietà “a monte” del prodotto giudiziario per effetto delle norme europee che pongono requisiti minimi o uniformi. La diversa modulazione del controllo a favore di una maggiore continuità del titolo discende dallo speciale grado di apertura che i regolamenti sul titolo esecutivo europeo impongono agli Stati membri verso valori estranei di cui sono portatori i privati.

46. Nel contempo, sia il regolamento n. 1215/2012 che i regolamenti speciali sul titolo esecutivo europeo convengono sul carattere solo eventuale del controllo. Ciò denota il principio strutturale di apertura che l’ordinamento statale di uno Stato membro dell’UE deve comunque assicurare verso situazioni giuridiche definite nell’ordinamento di un altro Stato membro e che beneficino automaticamente di una presunzione di efficacia nel foro richiesto. Così le differenze che esistono tra le diverse ipotesi di apertura dell’ordinamento statale non ne fanno svanire l’obiettivo unitario: dare continuità alle situazioni giuridiche assorbite nella sfera soggettiva del privato. I possibili (ma non indispensabili) controlli sul merito processuale prospettabili alla luce del regolamento n. 1215/2012 restano “interni” a tale logica indipendentemente dalla parte interessata che in concreto li solleva: essi afferiscono alla sfera giuridica del “privato” quale comunque rilevante nell’ordinamento del foro richiesto. E’ questo valore

“costituzionale” (dell’ordinamento dell’UE e di riflesso degli ordinamenti nazionali degli Stati membri) a divenire preminente, rimuovendo il valore pubblicistico tradizionale che – a difesa dell’integrità dell’ordinamento statale – sorreggeva il preventivo ricorso a formule autorizzatorie se non deliberatorie.

47. Il risultato cui è pervenuto il regolamento n. 1215/2012 costituisce un’ulteriore tappa del processo di integrazione europea nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile. Essa esprime una linea di tendenza “monista” che si va estendendo e consolidando, a sostegno della condizione di uniformità da attagliare alla situazione giuridica soggettiva del privato nello spazio trans-nazionale. Sorretta dall’acquisita equivalenza tra sistemi processuali degli Stati membri e coadiuvata da un forte grado di sussidiarietà funzionale del loro diritto nazionale, la tecnica del riconoscimento si dimostra in definitiva lo strumento più radicale per realizzare l’obiettivo preminente di giustizia del diritto internazionale privato nello spazio giudiziario europeo⁴⁰.

⁴⁰ In dottrina (v. già E. JAYME, C. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, p. 501 ss.) emerge una crescente preoccupazione sul carattere alternativo della tecnica del riconoscimento rispetto a quelle tradizionali del diritto internazionale privato incentrate sull’uniformità di regolamentazione nello spazio secondo propri ma precostituiti parametri di giustizia, quale in particolare la localizzazione obiettiva (perché strettamente collegata) della situazione giuridica all’interno di un determinato ordinamento statale. Il “sistema Bruxelles I” si accosta solo in parte a questa logica prefigurando una serie di criteri uniformi di giurisdizione, ma senza condizionare l’intero sistema di circolazione delle decisioni al criterio di prossimità.

LOS DERECHOS DE COPYRIGHT FUERA DE JUEGO COMO VÍA PARA COMBATIR LAS IMPORTACIONES PARALELAS EN ESTADOS UNIDOS

THE COPYRIGHT IS OFFSIDE AS A WAY TO FIGHT AGAINST PARALLEL IMPORTS IN THE UNITED STATES

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Doctora en Derecho

*Profesora visitante lector de Derecho Internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.07.2015 / Aceptado: 27.07.2015

Resumen: El derecho de marcas ha sido tradicionalmente una de las opciones más utilizadas para combatir las importaciones paralelas en EE.UU. Sin embargo, en los últimos años ha habido algunos asuntos en el ordenamiento estadounidense que han dado lugar a reclamaciones por parte de los titulares de derechos de copyright que en realidad no iban tanto dirigidas a proteger dicho derecho, sino más bien a protegerse de los efectos de las importaciones paralelas que existían sobre sus productos. Esto sucedió en el asunto *Omega v. Costco*. Asunto que es utilizado como hilo conductor para exponer el problema del alcance del agotamiento de los derechos de copyright en EE.UU. y cómo influye en la licitud del comercio paralelo.

Palabras clave: derechos de marca, copyright, importaciones paralelas, doctrina de la primera venta, agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.

Abstract: Trademark law has traditionally been one of the most used options to stop parallel imports in USA. However, in recent years there have been some cases in the US System which have led to claims by holders of copyrights which actually were not aimed at protecting these rights, but rather to protect themselves from the effects of the parallel imports. This happened in *Omega v. Costco*. This case is used as a guideline to expose the problem of the scope of the exhaustion of copyright in the US and how it affects the legality of parallel trade.

Keywords: trademark, copyright, parallel trade, first sale doctrine, exhaustion of intellectual property.

Sumario: I. Introducción. II. El asunto *Omega v. Costco*. III. El comercio paralelo. IV. La *first sale doctrine* en EE.UU. 1. Derecho de marcas y su implicación en las importaciones paralelas. 2. Derechos de copyright. A) El estado de la cuestión en la Ley; B) El estado de la cuestión en los tribunales. a) La first sale doctrine en los derechos de autor en el Tribunal Supremo de Estados Unidos antes del año 2013. b) La first sale doctrine en el 9º Circuito con anterioridad a enero de 2015. c) La first sale doctrine en el Segundo Circuito: *Kirtsaeng*. C) Recapitulación. V. El impacto de *Kirtsaeng*. VI. La peregrinación de Omega y Costco en los tribunales. 1. Diferentes instancias. 2. ¿La solución a Omega v. Costco? VII. ¿Y ahora qué? ¿Adiós a los derechos de autor como vía para obstaculizar la reventa al margen de la red oficial de distribución?

I. Introducción

1. El objeto del presente estudio tiene como fin el análisis de cómo los derechos de autor concedidos por el ordenamiento estadounidense en los últimos años han sido utilizados por sus titulares para evitar el comercio paralelo existente sobre sus productos. Para realizar este estudio se tendrá como hilo conductor un asunto famoso y polémico a la vez en los tribunales norteamericanos cuya última resolución es de enero de 2015. Este asunto es *Omega v. Costco*, el cual ha durado una década, pasando por diferentes instancias y con soluciones muy dispares entre sí¹. Sin embargo, *Omega v. Costco* no puede analizarse aisladamente. Así, también serán objeto de estudio, el asunto *Kirtseng*, asunto resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 2013 y el cual ha dado lugar a que se aclare el alcance de los derechos de autor².

2. Sin embargo, el lector podría preguntarse dónde está la relevancia de la determinación del alcance del agotamiento de los derechos de autor cuando lo que se pretenden evitar son las importaciones paralelas. Es más, podría muy acertadamente pensar que nos hemos equivocado, y que en realidad, lo que pretendíamos decir era derecho de marcas. Pues no, decimos bien, derechos de autor y la razón de la relevancia de la ostentación de los derechos de copyright es que en EE.UU se sigue el agotamiento internacional de los derechos de marca³. Así, por lo tanto, una vez que el titular de la marca o un tercero con su consentimiento comercializa el producto en cualquier mercado del mundo, el titular no puede como, regla general, oponerse a la reventa de su producto. De este modo, las importaciones paralelas o el comercio paralelo de los productos originales de marca en Estados Unidos son generalmente lícitas.

3. El agotamiento internacional del derecho de marca al dar luz verde al comercio paralelo en EE.UU ha dado lugar a que los titulares de las marcas no puedan en base a su derecho evitar la reventa de su producto una vez que lo han comercializado, con independencia del lugar donde haya tenido lugar. No obstante, las empresas que fabrican y/o venden productos de marca o de lujo no se resignan a quedarse impasibles ante cómo la reventa de sus productos al margen de la red oficial que han instaurado y que hace que otros se enriquezcan⁴. Así, desde hace unos años, los derechos de autor han sido interesantes aliados para combatir las importaciones paralelas o *grey market* en Estados Unidos. El ejemplo tipo lo podemos tener en el asunto estrella del presente trabajo *Omega v. Costco*. Pero también hay otros como el asunto *Quality King* que también se analizará⁵.

4. *Omega*, fabricante suizo de relojes, es consciente de las ventas paralelas que se estaban llevando a cabo sobre sus relojes *Seamaster* por *Costco*, gran minorista estadounidense. *Omega* ante esta situación demanda a *Costco* por infracción de su derecho de copyright. Dicha demanda la basa en un pequeño logo en forma de globo que hay grabado en la parte de atrás de sus relojes y sobre el cual recae un derecho de *copyright* conforme a la legislación estadounidense. Por lo tanto, *Omega* pretende evitar que se sigan revendiendo sus productos por *Costco*, distribuidor no autorizado, no porque se haya vulnerado su derecho de marca sino porque se ha lesionado su derecho de copyright sobre un detalle o característica no principal de su producto.

¹ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, nº. 12-56342, (9th Circuit, 2015); *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, CV 04-05443, TJH (E.D. Cal. November 9, 2011); *Costco Wholesale Corp. v. Omega S.A.*, 562 U.S. 40 (2010); *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, Nº CV 04-05443 TJH (RCx), *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, 541, F.3d 982, 990 (9th Cir. 2008); 2007 WL (Court District Cal. Feb 6, 2007).

² *Kirtseng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013).

³ Vid. I. CALBOLI, "The (avoidable) effects of territorially different approaches to trademark and copyright exhaustion", en I. CALBOLI/E. LEE, *Trademark Protection and Territoriality challenges in a Global Economy*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 153.

⁴ Vid. la opinión negativa que tiene la *International Trademark Association* del comercio paralelo, que puede verse sintetizada en la Trademark Owner's Guide to Parallel Imports in the United States, Febrero 2012, disponible en <http://www.inta.org/Advocacy/Documents/INTA%20Trademark%20Owners%20Guide%20to%20Parallel%20Imports%20in%20the%20United%20States.pdf> (Consultado el 16 de junio de 2015).

⁵ *Quality King Distribs., Inc. v. L'anza Research Int'l, Inc.*, 523 U.S. 135(1998).

5. Así, por tanto, *Omega v. Costco* permite identificar diferentes problemas jurídicos que no son novedosos, pero que, por su complejidad, no resultan fáciles de resolver a quienes se tienen que enfrentar a ellos. El comercio paralelo plantea una constante pugna entre los Derechos de propiedad industrial e intelectual (en adelante, DPII) y el agotamiento de estos derechos. En este caso en concreto, existe una dificultad añadida y es que la perspectiva no es la clásica- derechos de marcas y comercio paralelo- sino que se tratan de derechos de autor. Además, el *hándicap* con el que cuenta el sistema estadounidense es que no recoge expresamente en la Ley – *The copyright Act 1976*- el alcance del agotamiento de los derechos de copyright ni tampoco las instancias inferiores de los diferentes Circuitos ni el Tribunal Supremo habían fijado una corriente clara y segura al respecto⁶. Por lo tanto, no es sencillo saber *a priori* hacia dónde se inclinará la balanza. De este modo, este estudio se va a dividir en tres partes. En la primera se analizará el asunto conductor del artículo, *Omega v. Costco*. Esto nos llevará a una segunda parte donde se estudiará el fenómeno de comercio paralelo y el alcance de los derechos de autor en EE.UU. En relación a este aspecto se puede decir que se analizará el estado de la cuestión tanto en la Ley como en los tribunales. Por último, una vez sentadas las bases se volverá al asunto *Omega v. Costco*, ya que en esta batalla legal, dónde ha sucedido de todo, hasta incluso un cambio en la línea jurisprudencial seguida por los tribunales.

⁶ El sistema judicial estadounidense es consecuencia de la división del territorio en Estados federados. *Grosso modo* se podría decir que el sistema judicial se divide un sistema federal y un sistema estatal. En ambos sistemas, el Tribunal de mayor jerarquía es la Corte Suprema de EE.UU. Es el único órgano judicial establecido en la Constitución de los Estados Unidos. Al tratarse del Tribunal con mayor jerarquía constituye, por tanto, la última instancia. En el sistema federal, la regla general es que este Tribunal puede conocer de asuntos en los que existen opiniones divergentes entre diferentes tribunales de apelación de distintos circuitos, también cuando es necesario aclarar la aplicación de una Ley federal o se realiza una pregunta que afecta a derechos constitucionales. En un segundo escalón se encontrarían los Tribunales federales de Apelación. Estos tribunales se organizan en torno a 12 circuitos que abarcan los 50 Estados. En realidad existen 13 tribunales de apelación, uno por cada uno de los circuitos más el Tribunal de Apelación del circuito federal o *Court of Appeals for the Federal District Court*. Estos tribunales de apelación formados generalmente por tres jueces suelen encargarse de los recursos planteados contra las decisiones de los tribunales de distrito. Esto es así debido a que en el tercer y último escalón del sistema judicial federal se encontrarían los distritos judiciales. Es decir, los 12 circuitos se dividen a su vez en varios distritos que entre los 50 Estados son un total de 94 distritos. Estos distritos se componen básicamente de District Courts o tribunales de distrito que sería semejable a tribunales de primera instancia españoles. Cada Circuito además de contar con al menos un Tribunal federal de distrito dispone de una *Bankruptcy Court*. Junto con estos existen 5 tribunales especializados en materias concretas que tienen competencia en el ámbito federal, estos serían: la US Tax Court, la US Court of Federal Claims, la US Court of Appeals for Veterans Claims y la US Court of International Trade. Se podría decir que los circuitos más importantes para el presente estudio son el noveno, el tercero y el segundo. El circuito noveno o *9th Circuit* correspondería a los Estados de Arizona, California, Nevada, Idaho, Oregon, Washington, Montana, Alaska, Hawai y las islas del pacífico Guam y Marianas. El distrito tercero o *3th Circuit* está formado por los Estados de Delaware, Nueva Jersey, Pensilvania y las Islas Vírgenes. El distrito segundo o *2d. Circuit* se compone del Estado de Conéctica, Vermont y Nueva York. Como ya se señalaba, junto con el sistema judicial federal se encuentra el sistema estatal. Este último podríamos decir que quedaría dividido en tres escalones o niveles. En la cúspide de todos se encontraría el Tribunal Supremo del Estado o el Tribunal Estatal de última instancia. Estos tribunales se recogen expresamente en la Constitución de cada Estado como la última instancia a la que el ciudadano puede acudir. La revisión de las resoluciones de este Tribunal sólo la podría realizar el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Cada uno de los 50 Estados cuenta con un Tribunal de última instancia. Sin embargo, no en todos los Estados reciben la misma denominación. Así, *ad ex.*, en el Estado de Massachussets se denomina *State Supreme Court*, en el Estado de Nueva York *Court of Appeals* o en el Estado de Virginia *Supreme Court of Appeals*. En un segundo nivel se encontrarían los Tribunales intermedios de apelación. La mayoría de los Estados cuentan con este Tribunal que se encarga de revisar las sentencias que provienen de tribunales inferiores. Este Tribunal criba las apelaciones que podrían llegar al Tribunal de última instancia. Estos tribunales intermedios al igual que sucedía con el Tribunal Supremo del Estado reciben denominaciones diferentes en función del Estado. *Ad ex.*, en el Estado de Pennsylvania se conocen por *Superior Court* y *Commonwealth Court*, en Nueva York como *Appellate Division of Supreme Court* y *Appellate Terms of Supreme Court* y en el Estado de Alabama *Court of Civil Appeals* y *Court of Criminal Appeals* y *Court of Criminal Appeals*. En el nivel inferior se encontrarían los *Trial Courts* y los Tribunales de jurisdicción limitada. Los primeros denominados de diferentes formas en función del Estado (*Circuit Courts*, *Trial Courts*, *Superior Courts*, *District Courts* o incluso *Supreme Courts* en el Estado de Nueva York) tienen jurisdicción general que se divide generalmente en secciones penales y civiles, aunque también podrían dividirse en otras secciones más especializadas como derecho de familia, derecho sucesorio o menores. En definitiva, los *Trial Courts* podrían asemejarse a un Tribunal de primera instancia español. Por último, en la base del sistema judicial estatal se encontrarían los Tribunales de jurisdicción limitada o *Minor Courts*. Estos tribunales suelen ocuparse del enjuiciamiento de faltas (penal) o reclamaciones de escasa cuantía (civil), por esa razón son los que resuelven un alto porcentaje de los problemas jurídicos de los ciudadanos. Estos tribunales son conocidos como *Small Claims Courts*, *City Courts*, *Justice of Peace Courts*, *County Courts* *Common Plea Courts*. *Vid.* para un mayor detalle F.J. KLEIN, *Federal and State Court Systems- A guide*, Cambridge, Massachusetts, 1977, pp. 7-60 y pp. 167-194; R. SERRA CRISTÓBAL, *La selección de jueces en Estados Unidos*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 165 y ss.

II. El asunto *Omega v. Costco*

6. Los hechos en los que se basa el asunto objeto de análisis sucedieron en el año 2004. *Omega*, fabricante suizo de relojes de lujo demandó a *Costco*, gran minorista estadounidense⁷. La razón de la demanda descansaba en que *Costco* estaba comercializando relojes originales *Omega* de la gama *Seamaster* sin permiso del titular. En 2003, ambas empresas habían estado negociando sobre la posibilidad de incorporación de *Costco* a la red oficial de distribución que *Omega* tiene en EE.UU. Sin embargo, dichas negociaciones no llegaron a buen puerto y *Costco* no llegó a ser un distribuidor autorizado.

7. *Costco* vendía relojes *Omega* a un precio considerablemente menor, en concreto a un 30% menos que al precio al que estaba vendiendo la red oficial de distribución de relojes de esta marca en EE.UU. *Costco* comercializaba el reloj *Omega Seamaster* a 1.299 \$, mientras que la red oficial recomendaba a sus miembros el precio de 1995 \$. Esto tenía una explicación. *Costco* adquiría los relojes *Omega* vía comercio paralelo. Es decir, los compraba a revendedores ajenos a la red oficial de distribución. *Omega* vendía los relojes a sus distribuidores autorizados extranjeros que operaban fuera de EE.UU. —en concreto en Paraguay—, estos distribuidores se los vendían a terceros ajenos a la red oficial de distribución y éstos a su vez se los vendían a la empresa neoyorkina ENE (distribuidor no autorizado de *Omega*) que era de quien los adquiría *Costco*⁸. *Omega* consciente de que sus relojes se estaban importando paralelamente al margen de su red oficial y que posteriormente se estaban revendiendo por *Costco*, distribuidor no oficial, demanda a éste último por infracción de derechos de autor. Esto es posible debido a que *Omega* graba en la parte de atrás de sus relojes un pequeño logo en forma de globo (*Omega Globe*). Este logo es registrado en EE.UU. y se beneficia de derechos de autor en el ordenamiento estadounidense desde marzo de 2003. Por lo tanto, lo que es objeto de copyright es el pequeño logo de la parte trasera del reloj, no el reloj en sí mismo. Según la legislación de copyright estadounidense, este derecho puede atribuirse a trabajos originales recogidos en cualquier medio tangible [disposición § 102 (a) 17 U.S.C.]. Así, se protege la expresión y materialización de una idea, pero no la idea en sí misma [disposición § 102 (b) 17 U.S.C.]⁹. Por lo tanto, productos como relojes que son considerados “*useful articles that have an intrinsic utilitarian function*” no se pueden beneficiar de un derecho de copyright¹⁰. Salvo, y de aquí la razón de por qué *Omega* cuenta con un derecho de *copyright* sobre ese aspecto accesorio de su producto, que cuente con algún accesorio que pueda identificarse por separado y que por su expresión o apariencia pueda ser considerado a *work of art*¹¹. Por lo tanto, la demanda de *Omega* a *Costco* no descansa en que este último infringió un derecho de copyright recaído sobre sus relojes, ya que no son a *copyrightable product*, sino que *Costco* al importar y vender relojes *Omega* grabados con dicho logo sin su consentimiento —el cual sí es objeto de copyright— estaba infringiendo la disposición §602(a) recogida en el Título 17 del *United States Code*. Esta disposición prohíbe la importación a EE.UU. sin el consentimiento del titular de productos sobre los que recaen derechos de copyright reconocidos por dicha norma¹². En definitiva, sea por el reloj en su conjunto o por el pequeño logo, *Costco* se enfrenta a una demanda por vulneración de un derecho de copyright. Por su parte, *Costco* se defiende alegando la “*first sale doctrine*” en base a la disposición §109(a). Así, en base a esta doctrina, una vez que se comercializan los productos por el titular o por un tercero con su consentimiento el titular no puede oponerse a la reventa ni a la importación de los mismos. Esta lucha por la imposición del derecho de

⁷ *Costco* es un importante minorista a nivel mundial. Su origen es californiano, ya que fue allí donde inauguró su primer establecimiento. Sin embargo, hoy día cuenta con más de 650 hipermercados repartidos por todo el mundo —474 se encuentran en EE.UU.—. Esto le ha supuesto en los últimos años un volumen de ingresos que supera los 112 billones de dólares anuales. Una de las claves del éxito de *Costco* es su forma de entender la venta al por menor. Así, para poder ser cliente de *Costco* es necesario ser socio. *Costco* vende de todo, desde alimentos hasta televisores, en definitiva, intenta vender productos de calidad al precio más bajo posible. Esto le permite tener una clientela leal y sólida. Tanto es así que en el ranking Fortune 500 del año 2015 ocupa el puesto 18. Para un mayor detalle *vid.* <http://fortune.com/fortune500/costco-18/> (consultado el 6 de julio de 2015).

⁸ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, nº. 12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 4.

⁹ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, nº. 12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 14.

¹⁰ *Mattel, Inc. v. MGA Entm't, Inc.*, 616 F.3d 904, 916 (9th Circuit, 2010).

¹¹ *Fabrica Inc. v. El Dorado Corp.*, 679, F. 2d. 890, 893 (9th Circuit, 1983).

¹² Disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/602> (consultado el 11 de mayo de 2015).

exclusiva frente a la doctrina de la primera venta, y así por tanto, la prohibición del comercio paralelo llevó a ambas partes a litigar intensamente y en diferentes instancias como posteriormente se estudiará. Lo importante para nosotros es que este asunto permite identificar una serie de problemas jurídicos, que no son nuevos, pero con soluciones poco clarificadoras hasta la fecha, ya que cuando las partes acuden a un tribunal, en este caso estadounidense, no saben con claridad qué puede suceder.

III. El comercio paralelo

8. El comercio paralelo es la reventa de productos originales de marca llevada a cabo por agentes que no pertenecen a la red oficial de distribución¹³. La reventa paralela o comercio paralelo generalmente se produce debido a tres factores¹⁴: 1) *Las restricciones de competencia*. Estas restricciones de competencia son debidas a la instauración de redes de distribución limitadas. Generalmente redes de distribución selectiva o exclusiva¹⁵. En otras palabras, este tipo de redes limitan quiénes pueden vender dichos productos de marca. Los productos de lujo, lo son no sólo por la calidad de las materias utilizadas a la hora de fabricarlos sino también por otros aspectos como la forma en la que se hacer llegar el producto al cliente. Este tipo de productos requiere un servicio preventa y posventa que no todo minorista puede o quiere ofrecer. Esto implica que muchos productos de marca sólo puedan ser comercializados por distribuidores que han sido autorizados por el fabricante o el titular de la red de distribución; 2) *La*

¹³ Sobre el comercio paralelo en la UE vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015; E. M^a. ARES ÁLVAREZ, “Importaciones paralelas”, en L. A. VELASCO SAN PEDRO, *Diccionario de Derecho de la competencia*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 420 y ss.; E. BONADIO, “Parallel imports in a global market: should a generalised international exhaustion be the next step?”, *European Intellectual Property review*, 2011, p. 154; F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, pp. 165-166; M. FARQUHARSON/V. SMITH, *Parallel Trade in Europe*, Sweet&Maxwell, 1998, p. 68; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 29-30; N. LEWIN, “The Ten Commandments of Parallel Importation”, *Law and Policy in International Business*, I, n^o 18, 1986, pp. 218-219; D.A MALUEG/ M. SCHWARTZ, “Parallel imports, demand dispersion, and international price discrimination”, *Journal of International Economics*, Vol. 37, 1994, p. 168; A. J. DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio paralelo en el Derecho mercantil europeo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, p. 23; A. F. MUÑOZ PÉREZ, “El conflicto entre la distribución selectiva y el comercio paralelo”, en ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 691; L. A. NESTER, “Keywords, Trademarks, and the Gray Market: Why the Use is not Fair”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 7, issue 1, 2003, pp. 242-245; C. PRAT, “Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n^o 2230, 2004, pp. 27-28; W. A. ROTHNIE, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, p. 1; C. STOTHERS, *Parallel Trade in Europe: intellectual property, competition and regulatory law*, Hart publishing, 2007, pp. 2-3; X. VAN OVERMIERE/C. SCHILLINGS, *Les importations parallèles dans l’Union européenne*, Anthemis, 2012, pp.17-22; Sobre el comercio paralelo en Estados Unidos vid. S. GHOSH, “An Economic Analysis of the Common Control Exception to Gray Market Exclusion”, 15, *U. Pa. J. Int’l Bus. L.*, 373, 410, 1994, pp. 373 y ss.; H.C.HANSEN, “Gray Markets Goods: A lighter Shade of Black”, 13 *Brook. J. Int. l L.*, 249, 1987, pp. 249-265; T.H. HIEBERT, *Parallel Importation in U.S. Trademark Law*, Greenwood Press, 1994; W. SKINNER, “Preventing Gray Markets: Is copyright law the solution?”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.*, 315, 1998-1999, pp. 315-336; D.R. SUDGEN, *Gray Markets, Prevention, Detection and Litigation*, Oxford, Nueva York, 2009.

¹⁴ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, pp. 114-117; A. J. DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, pp.24 y ss.

¹⁵ Sobre estos tipos de redes de distribución en la doctrina española vid. sin carácter exhaustivo R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 59-72; F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A CALZADA CONDE (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, 5^a ed., Madrid, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 779-884; J.L DÍAZ ECHEGARAY, “El contrato de distribución exclusiva o de concesión”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a.A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5^a ed, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 727-779; M.A DOMÍNGUEZ GARCÍA, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en A. L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49; V. KORAH/ D. O’SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 7 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 231-244; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 245 y ss.

diferencia del precio de los productos de unos mercados a otros. El precio final al que el consumidor puede comprar un producto puede diferir considerablemente en función del mercado. Esta diferencia de precios atiende principalmente a tres razones: a) *Nivel de vida de los países.* El poder adquisitivo de los ciudadanos varía de un país a otro. No todos los países tienen la misma renta per cápita. Las marcas son conscientes de esta realidad. Así, es habitual que cuando se trata de productos que no son de primera necesidad, sino de lujo, de alta tecnología, como cosméticos, perfumes, joyería, etc. las marcas incrementen su precio tanto como pueda soportar dicho mercado. El buen nombre o reconocimiento de una marca permite “inflar” el precio del producto; b) *Coste de la red de distribución.* La venta de los productos mediante redes de distribución selectiva o exclusiva potencia y ensalza el valor y prestigio de la marca. El cliente puede acudir a locales cuidados y amplios donde el personal está cualificado para el tipo de producto que vende, además cuentan con un buen servicio posventa donde el consumidor puede devolver o descambiar los productos, financiarlos o ampliar las garantías de los productos, etc. Sin embargo, estos servicios implican un coste. Coste que de una manera u otra influye en el precio final del producto. Cuánto influya va a depender también del país en el que nos encontremos; c) *Fluctuaciones monetarias.* El cambio del valor del dinero, su fluctuación también afecta a la diferencia de precio de unos países a otros. 3) *El traspaso de frontera.* La rentabilidad del comercio paralelo está muy vinculada con la compra de los productos en un país para luego importarlos y revenderlos en otro¹⁶. El *free rider* o distribuidor no autorizado adquiere los productos en un mercado a un precio considerablemente menor en comparación con el precio al que va a vender el producto en el país de importación. Esta diferencia de precio entre el país donde compra y donde finalmente coloca los productos es lo que permite que el comercio paralelo sea un negocio muy fructífero para algunos¹⁷. La capacidad de abastecerse en mercados a un precio muy inferior con respecto al precio al que la red oficial vende en el mercado de importación, permite al distribuidor independiente vender dichos productos a un precio inferior al que vende la red oficial. Una de las razones que hace esto posible es debido a que al no ser miembros de la red oficial de distribución no ofrecen servicios preventa ni posventa al consumidor, tampoco realizan campañas publicitarias ni suele importarles cuidar el prestigio de la marca. Hoy en día con la presencia de Internet es todavía mucho más sencillo y menos costoso para el *free rider* o polizón vender productos de marca al margen de la red oficial¹⁸.

9. Por lo tanto, el éxito del comercio paralelo reside en la capacidad de vender productos de marca a precios inferiores a los que habitualmente son comercializados por los distribuidores oficiales en un mercado concreto. Los titulares de las marcas intentan evitar la presencia del comercio paralelo. Muchas son las razones que aducen para justificar su oposición a las importaciones paralelas. Desde que se daña el prestigio y valor de la marca hasta que se confunde al consumidor, que se fomentan las falsificaciones de productos de marca o que se destruyen las redes oficiales de distribución en los mercados donde el comercio paralelo tiene una importante presencia. Sin la intención de entrar en este tipo de valoraciones, la realidad es que el comercio paralelo supone una fuente alternativa a la venta de productos a la red oficial de distribución. Así, también lo han entendido las autoridades de competencia de la UE y los tribunales estadounidenses al considerar que las importaciones paralelas presentan efectos positivos para la competencia, el mercado y los consumidores¹⁹. De este modo, *ad ex.*, la normativa de competencia europea prohíbe los acuerdos, decisiones o prácticas tendentes a prohibir o limitar el comercio paralelo entre Estados miembros. Aún así, por lícito que resulte el comercio paralelo en atención a los principios

¹⁶ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, p. 117.

¹⁷ Empresario alemán que se ha hecho millonario con el comercio paralelo de fármacos dentro de la UE, *Vid.* noticia en Diario Washington Post de 24 de marzo de 2012, disponible en http://www.washingtonpost.com/german-entrepreneur-makes-millions-in-eu-through-parallel-pharmaceutical-trade/2012/03/19/gIQAfnZrYS_story.html (consultado el 16 de junio de 2015).

¹⁸ Sobre este tema *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Problemas de la venta on line de productos de marca”, *Rcd*, nº 16, 2015, pp. 95-124.

¹⁹ STJCE de 6 de abril de 2006, *General Motors y Opel Nederland c. Comisión*, C-551/03 P, *Rec.* 2006, apartados 66-67; Decisión de la Comisión de 8 de octubre de 2003, *Nintendo distribution*, DO L de 8 de octubre de 2003; STJUE de 10 de febrero de 2011, *Activision Blizzard Germany/Comisión*, C-260/09 P, *Rec.* 2011, apartados 70-87; *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013).

de libre circulación de mercancías en la UE y normas de competencia no obsta para que las empresas intenten evitar o paliar la existencia del comercio paralelo. En este sentido, se pueden diferenciar dos vías de actuación por parte de los fabricantes, proveedores, titulares de las marcas y/o distribuidores oficiales para evitar el comercio paralelo: 1) *Vía contractual*. Los titulares de las redes de distribución blindan la red de distribución a través de los contratos que firman con sus distribuidores. Cláusulas como “la prohibición de reventa de los productos a terceros ajenos a la red” o “la restricción del número de mercancías que los distribuidores oficiales minoristas pueden vender al cliente final” pretenden evitar que los productos caigan en manos de distribuidores independientes. ; 2) *Vía procesal por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual*. En muchas ocasiones, blindar la red oficial de distribución no proporciona los resultados esperados. *Ad ex.*, los productos se acaban vendiendo por distribuidores no oficiales sin los servicios preventa y posventa que les caracterizan²⁰. Esta situación da lugar a que los titulares de las redes oficiales de distribución emprendan acciones legales por vulneración de sus DPII, ya que consideran que la venta de sus productos mediante el comercio paralelo daña su reputación, su prestigio, confundiendo en muchas ocasiones a los consumidores. La prosperidad de estas demandas va a depender en gran parte del alcance de la *doctrina del agotamiento* o *first sale doctrine*.

10. Esta doctrina permite la existencia del comercio paralelo. Es decir, supone un límite a los derechos exclusivos que se confieren a los titulares de los derechos de marcas, patentes o de copyright, entre otros. Por lo tanto, en base a la doctrina del agotamiento, una vez que el producto sobre el que recae un DPII se introduce en el mercado por su titular o por un tercero con su consentimiento, el derecho del titular a oponerse a su reventa aunque sea realizada por distribuidores no autorizados decae. El alcance del agotamiento varía de unos ordenamientos a otros, pudiendo ser nacional, regional o internacional. De menor a mayor alcance es posible diferenciar: 1) *El agotamiento nacional*. Este tipo de agotamiento implica que el derecho de marca se agota cuando el producto es comercializado por primera vez por su titular o por un tercero autorizado en el mercado de un país; 2) *El agotamiento regional o comunitario*. Este agotamiento es el que se sigue en los países que forman parte de la UE, se produce cuando el producto se vende en cualquier país de la Unión²¹. Este tipo de agotamiento con un alcance mayor que el nacional se adoptó en aras de fomentar la libre circulación de mercancías en la UE. Los titulares de estos

²⁰ Cómo llegan los productos a venderse vía comercio paralelo puede tener varias explicaciones, la más frecuente es el *incumplimiento o deslealtad de los miembros oficiales de la red*. Son los propios miembros oficiales los que venden a revendedores independientes, a agentes que no pertenecen a la red oficial de distribución. Esto da lugar generalmente a un incumplimiento contractual, ya que en los contratos de distribución selectiva o autorizada se incluyen cláusulas que impiden la reventa a terceros ajenos a la red oficial por parte de miembros del sistema. Los motivos de esta deslealtad por parte de un distribuidor oficial pueden ser variados, desde la necesidad de dar salida a *stock* de temporadas pasadas hasta la tentación de hacer dinero rápido con una única venta. Este incumplimiento origina una fuga en la red oficial de distribución. Otras veces, las fugas son consecuencia del incumplimiento de terceros ajenos a la red con los que el fabricante o titular de la red o de la marca acuerda la reventa de los productos de marca fuera de un país o un área comercial como puede ser EEE. El problema es que el tercero incumple y los acaba vendiendo justo donde tenía prohibido, *ad ex.*, en países miembros de la UE o dentro de EE.UU. Esta situación ha dado lugar a numerosos litigios, por destacar alguno, *ad ex.*, STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, *Rec.* 1998, p. 01983, donde *Yves Sant Laurent* celebró un contrato con *Javico*, distribuidor alemán, para la distribución de cosméticos de dicha marca en Ucrania, Eslovenia y Rusia. El destino de las mercancías estaba muy claro: fuera del EEE y con la prohibición de importarlos a algún Estado miembros. *Javico* no cumplió e *Yves Sant Laurent* se encontró las mercancías en Inglaterra, Bélgica y los Países Bajos. Este incumplimiento hizo que los productos *Yves Sant Laurent* se vendieran en dichos países al margen de las redes oficiales dando lugar a comercio paralelo.

²¹ Sobre el agotamiento comunitario de los derechos de propiedad industrial e intelectual en la UE *vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; M. BOTANA AGRA, «El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína», *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n.º 9, 1992, pp. 41 y ss.; A. CASADO CERVINO y C. BORREGO, «Agotamiento del derecho de marca», en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (C. GONZÁLEZ BUENO coord.), Madrid, Civitas, 2003, p. 364; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, MADRID, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE», *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, «Art. 36, agotamiento del derecho de marca», en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 230, 2004, pp. 27- 44.

derechos sólo podrían oponerse a la reventa o importación de sus productos cuando todavía no se han comercializado dentro del EEE; 3) *El agotamiento internacional*. El DPII se agota con la venta del producto en cualquier mercado del mundo. Este es el agotamiento de alcance más amplio y que mayor luz verde otorga al libre comercio, y por tanto, al comercio paralelo. Una vez comercializado el producto, el titular no puede hacer valer su derecho de marca o de copyright para prohibir la importación.

11. De igual manera que en cada Estado se sigue el alcance agotamiento de DPII que mejor conviene al sistema, también puede suceder que en un mismo ordenamiento se aplique diferentes alcances de agotamiento en función del tipo de Derecho de propiedad industrial o intelectual en el que nos encontremos²². Así, *ad ex.*, en EE.UU para el derecho de marcas se sigue el agotamiento internacional, mientras que para los derechos de *copyright*, como más adelante se estudiará, hasta la sentencia *Kirtsaeng* del año 2013, la tendencia generalizada entre los tribunales era seguir el agotamiento nacional²³. Esta diferencia en el alcance del agotamiento entre los derechos de marcas y los derechos de autor en EE.UU. es lo que ha dado lugar a casos como los de *Omega v. Costco*. Asuntos en los que debido a que el derecho de marcas está agotado, debido a su alcance internacional, deja de ser útil para defenderse del comercio paralelo²⁴. Así, se utiliza la oportunidad que pueden brindar derechos como los de *copyright* que al tener un alcance nacional pueden servir para paliar el comercio paralelo. Esta diferencia en el alcance del agotamiento en función del tipo de DPII no sucede en los ordenamientos de la UE. Esto es así porque se sigue el agotamiento comunitario para todos los DPII.

IV. La *first sale doctrine* en EE.UU.

1. Derecho de marcas y su implicación en las importaciones paralelas

12. Como ya se ha mencionado el agotamiento internacional del derecho de marcas es el que impera en Estados Unidos. De este modo, un producto original de marca puede ser importado y revendido en Estados Unidos sin consentimiento del titular una vez que aquél ya lo ha introducido en el mercado, con independencia de que dicho mercado sea el estadounidense o uno extranjero²⁵. Esto permite que el comercio paralelo o *grey market* sea lícito en Estados Unidos. La única excepción que plantea el derecho de marcas a la validez del comercio paralelo es respecto a la confusión al consumidor. Es decir, la reventa al margen de la red oficial de distribución no puede confundir al consumidor en relación al origen y calidad de los productos²⁶. Esto es lo que se conoce como la *rule lever*, que surgió a raíz del

²² El ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) realizado en Marrakech en 1994, conocido más habitualmente por sus siglas en inglés TRIPS, no impone el alcance del agotamiento a los Estados firmantes. Así, en su art. 6 señala que “*para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual*”.

²³ Sobre el agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual en EE.UU, *vid.T. ATHY*, The dilemma of the first sale doctrine in the context of foreign-manufactured goods, *Creighton International and Comparative Law Journal*, vol. 5, 2013, pp. 88-101; I. CALBOLI, “The (avoidable) effects of territoriality different approaches to trademark and copyright exhaustion”, en I. CALBOLI/E. LEE, *Trademark Protection and Territoriality Challenges in a Global Economy*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 151-178; ID., “Market Integration and (the limits of) the First Sale Rule in North American and European Trademark Law”, 51, *Santa Clara L. Rev* 1241, 2011; T.H.HIEBERT, *Parallel Importation in U.S. Trademark Law*, Greenwood Press, 1994.

²⁴ *Vid. W. SKINNER*, “Preventing Gray Markets: Is copyright law the solution?”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.*, 315, 1998-1999, p. 328.

²⁵ *Vid. I. CALBOLI*, “The (avoidable) effects...”, pp. 159 y ss.

²⁶ *Tariff Act of 1930*, disposición §526 (a), 19 U.S.C §1526 (a) 2006, donde se señala que “*Except as provided in subsection (d) of this section, it shall be unlawful to import into the United States any merchandise of foreign manufacture if such merchandise, or the label, sign, print, package, wrapper, or receptacle, bears a trademark owned by a citizen of, or by a corporation or association created or organized within, the United States, and registered in the Patent and Trademark Office by a person domiciled in the United States, under the provisions of sections 81 to 109 of title 15, and if a copy of the certificate of registration of such trademark is filed with the Secretary of the Treasury, in the manner provided in section 106 of said title 15, unless written consent of the owner of such trademark is produced at the time of making entry*”. En un sentido semejante, disposición §42 *Lanham Act*, 15 U.S.C§1124 (a) 2006 que prohíbe la importación de productos que copien o simulen una marca registrada

asunto *Lever Brothers*²⁷. Esta regla establece que las importaciones paralelas se podrían prohibir en el caso de productos idénticos de la misma marca pero que tienen características diferentes. Esta situación suele darse en los refrescos o también en productos de cosmética o higiene personal. Las empresas que fabrican estos productos suelen adaptarlos en función de los gustos de los consumidores del país donde los comercializan, *ad ex.*, la Coca-Cola que se vende en España tiene un sabor diferente a la que se vende en EE.UU, uno de los factores de ese diferente sabor puede ser que en este último país el sabor dulce del refresco procede del jarabe de maíz mientras que la fabricada en países como España es debido al azúcar²⁸. De este modo, la regla general es que las importaciones y ventas paralelas, al margen de la red oficial son lícitas y no deben prohibirse. Hay una excepción a esta regla general, los supuestos de productos idénticos con pequeñas diferencias procedentes de la misma marca. Si estas ventas paralelas confunden al consumidor pueden ser prohibidas. No obstante, la Oficina Aduanera de EE.UU. desde mediados de los años 90 ha regulado que estos supuestos – productos originales de marca importados que presentan diferencias con otros de la misma marca comercializados en USA- no van a poder ser motivo de prohibición de las importaciones paralelas si el importador paralelo advierte en la etiqueta del producto importado tanto de las diferencias del producto con respecto a los comercializados por el titular de la marca en EE.UU. como que la importación no ha sido autorizada por el titular de la marca²⁹. Esta excepción que limita a su vez la excepción *Lever* permite que el ámbito de legalidad de las importaciones paralelas se amplíe aún más. De este modo, la marca no es un arma útil para evitar las importaciones paralelas de productos originales ni tan siquiera cuando pudiera existir riesgo de confusión al tratarse de productos de la misma marca con características diferentes.

2. Derechos de copyright

A) El estado de la cuestión en la Ley

13. La batalla legal de *Omega vs. Costco* pone de manifiesto un problema jurídico que no es nuevo, pero cuya solución no ha resultado fácil. La infracción de un derecho de *copyright*, no de un derecho

en EE.UU, “no article of imported merchandise which shall copy or simulate the name of any domestic manufacture, or manufacturer, or trader, or of any manufacturer or trader located in any foreign country which, by treaty, convention, or law affords similar privileges to citizens of the United States, or which shall copy or simulate a trademark registered in accordance with the provisions of this Act or shall bear a name or mark calculated to induce the public to believe that the article is manufactured in the United State (...)”.

²⁷ *Lever Bros. Co. v. United States*, 877 F. 2d 101(D.C Cir. 1989); *Lever Bros. Co. v. United States*, 981, F. 2d 1330, (D.C Cir. 1993). *Lever* titular de la marca de jabones *Shield* y *Sunlight* en Estados Unidos quiere paralizar la importación de jabones fabricados por su filial británica y vendidos bajo las mismas marcas en Reino Unido. La marca *Shield* para pastillas de jabón y *Sunlight* para jabones de manos líquidos estaba registradas tanto en EE.UU. como en Reino Unido. La razón de *Lever* para prohibir la venta de los jabones fabricados en Reino Unido en EE.UU. era que al consumidor se le confundía, ya que se trataba de dos productos diferentes. Los jabones norteamericanos tenían unas características diferentes a los fabricados y vendidos por su filial al otro lado del atlántico. El olor, la cantidad de desodorante, el envase, entre otros, eran los aspectos que variaban de la versión inglesa a la estadounidense. La aduana no prohibía la importación del jabón británico debido a que la disposición §133.21 (c) del Título 19 (*Customs Duties*) del *Code of Federal Regulations* (C.F.R) permite la importación de productos designados con una marca que coincide con una marca estadounidense cuando ambas pertenecen a la misma compañía. Finalmente, la *Court* del Circuito de Columbia acabó dando la razón a *Lever*, de ahí la *rule lever*. El Tribunal consideró que las importaciones paralelas de productos originales designados con la misma marca que otros del mismo tipo vendidos en USA pueden causar confusión al consumidor cuando las características de los productos son diferentes, aún cuando se trate de marcas que pertenecen a la misma empresa.

²⁸ *Vid.* I. CALBOLI, “The (avoidable effects)...”, pp. 159-160.

²⁹ Disposición §133.23 (b) del Título 19 (*Customs Duties*) del *Code of Federal Regulations* (C.F.R), donde se establece que “Goods determined by the Customs Service to be physically and materially different under the procedures of this part, bearing a genuine mark applied under the authority of the U.S. owner, a parent or subsidiary of the U.S. owner, or a party otherwise subject to common ownership or control with the U.S. owner (see §§133.2(d) and 133.12(d) of this part), shall not be detained under the provisions of paragraph (c) of this section where the merchandise or its packaging bears a conspicuous and legible label designed to remain on the product until the first point of sale to a retail consumer in the United States stating that: “This product is not a product authorized by the United States trademark owner for importation and is physically and materially different from the authorized product.” The label must be in close proximity to the trademark as it appears in its most prominent location on the article itself or the retail package or container. Other information designed to dispel consumer confusion may also be added”.

de marca, es el que se invoca en este asunto por *Omega*. La razón no es que Omega no tuviera registrada su marca en EE.UU. sino que como estrategia, la infracción del derecho de marca quizás tenía menos posibilidades de prosperar ante los tribunales que la invocación de la lesión de los derechos de autor. Esto es debido a que, mientras que el agotamiento internacional del derecho de marca es aceptado por los tribunales desde hace años, el alcance del agotamiento de los derechos de *copyright* solía ser considerado por los tribunales como nacional, al menos en 2005, cuando se inician las primeras acciones de Omega.

14. Un producto, sobre el que recaen derechos de propiedad industrial e intelectual, fabricado fuera de EE.UU. es importado y vendido por un tercero ajeno a la red oficial de distribución y sin el consentimiento del titular en California. Esta situación da lugar a que exista una importante pugna de intereses entre: 1) El derecho del titular, en este caso de *copyright*, de ser recompensado por la titularidad de ese derecho. Así, *ad ex.*, son prerrogativas del titular reconocidas en la disposición §106 *Copyright Act*, el derecho de reproducción, el derecho de adaptación y el derecho de distribución. El derecho de distribución permite al titular vender su obra o licenciar el derecho a un tercero para que se encargue de comercializar la obra. El derecho de distribución es esencial para un autor, ya que es lo que le permite dar a conocer su obra. El problema radica en determinar cuán extenso es ese derecho de distribución. Es decir, si podría abarcar ya no sólo la prohibición de venta de copias no autorizadas, sino también el control sobre su red oficial de distribución, la reventa del producto por agentes ajenos a la red que han adquirido el producto de distribuidores oficiales o la importación del producto; 2) El derecho del consumidor y del mercado en general a que exista una alternativa de venta a la red oficial de distribución. Es decir, el titular de un derecho de marca, de patente o de *copyright* debe ser recompensado por su trabajo, si no fuera así nadie se esforzaría en investigar, crear y producir productos, obras, etc.³⁰. Pero esta recompensa no puede convertirse en un lastre, que permita *ad ex.*, restricciones de competencia como la imposición de precios de reventa.

15. La conciliación entre estos intereses viene de la mano de la conocida y ya mencionada *first sale doctrine*, doctrina de la primera venta o del agotamiento.

16. La conjugación del derecho de exclusiva concedido a los titulares de DPII y a la *first sale doctrine* se plasma en las dos disposiciones del mencionado *Copyright Act 1976*. Por un lado, la disposición §602(a) que otorga al titular de un derecho de *copyright* la posibilidad de controlar la importación de sus productos³¹. Por el otro, la disposición §109 (a) señala que el propietario de una copia original de un trabajo protegido por un derecho de *copyright* concedido por el *Copyright Act* puede venderlo sin el consentimiento del titular del derecho una vez que éste ya lo vendido por primera vez³². La primera regulación de esta doctrina fue en *the Copyright Act 1909*³³. Ni en las disposiciones actuales ni en las an-

³⁰ *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422, U.S. 151 (1975), p. 422, “The limited scope of the copyright holder’s statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, [Footnote 5] reflects a balance of competing claims upon the public interest: creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. [Footnote 6] The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an “author’s” creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good”.

³¹ Textualmente la disposición §602(a) señala lo siguiente: “(1) *Importation.*—*Importation into the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords of a work that have been acquired outside the United States is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under section 501.*

(2) *Importation or exportation of infringing items.*—*Importation into the United States or exportation from the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords, the making of which either constituted an infringement of copyright, or which would have constituted an infringement of copyright if this title had been applicable, is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under sections 501 and 506*”. El derecho a controlar la importación recogido específicamente en la disposición §602(a) es uno de los derechos junto con los otros que se otorgan al titular del *copyright* en la disposición §106.

³² La disposición §109 establece que “*Notwithstanding the provisions of section 106 (3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord(...)*”.

³³ Disposición 41 *Copyright Act 1909*.

teriores se recoge de forma expresa el alcance territorial del agotamiento de los derechos de *copyright*³⁴. Esta situación ha dado lugar a que los tribunales no hayan tenido una línea clara de actuación. Así, ha habido tribunales que han considerado que el alcance de la *first sale doctrine* se limitaba a productos fabricados y vendidos en EE.UU, considerando por tanto, que el alcance del agotamiento de los derechos de autor es nacional³⁵. Mientras que otros jueces no se han decantado por el agotamiento nacional de los derechos de autor y han seguido una visión internacional, entendiendo que la disposición 109, es decir, la *first sale doctrine*, debe aplicarse tanto a productos fabricados y vendidos en EE.UU., como a productos fabricados y comercializados fuera de EE.UU³⁶. También ha habido interpretaciones intermedias de los tribunales sobre el alcance de la *first sale doctrine*. Esta línea iniciada y seguida principalmente por el Noveno Circuito consideraba que la doctrina de la primera venta podía aplicar a productos fabricados en el extranjero pero cuya primera venta hubiera sido realizada en EE.UU³⁷. Esto, en nuestra opinión, no era otra cosa que un agotamiento nacional de los derechos de autor. También como interpretaciones intermedias que luego en la realidad no aclaraban demasiado sobre el alcance de los derechos de autor, estaría el famoso asunto del Tribunal Supremo estadounidense *Quality King*³⁸. Aunque se analizará a continuación, el Tribunal Supremo consideraba que la doctrina de la primera venta podía aplicarse a productos fabricados en EE.UU, pero vendidos por primera vez fuera de EE.UU, que posteriormente se volvían a importar a EE.UU. Esto se conoce como “*round trip*”.

B) El estado de la cuestión en los tribunales

a) La *first sale doctrine* en los derechos de autor en el Tribunal Supremo de Estados Unidos antes del año 2013

17. La *first sale doctrine* fue utilizada por primera vez por los tribunales estadounidenses para resolver un asunto en relación a un derecho de copyright en el año 1908. Este fue el caso *Bobbs-Merril Co. v. Straus*³⁹. *Bobbs-Merril*, titular de los derechos de copyright sobre la novela *Castaway* en EE.UU., recogía en una leyenda en una de las primeras páginas de la novela la obligación de vender los ejemplares al menos a 1\$, nunca a menos. Es decir, no hacía otra cosa que fijar un precio mínimo para la venta de sus ejemplares⁴⁰. Isidor y Nathan Straus, los revendedores y también propietarios de los conocidos grandes almacenes *Macy's*, hicieron caso omiso a dicha exigencia y comercializaron la novela al precio de 89 céntimos de dólar. El tribunal, en este caso, consideró que esta restricción en el precio de venta del producto no es una facultad que conceda el derecho de copyright como pueden ser otras como el

³⁴ Vid. I. CALBOLI, “The (avoidable) effects...”, p. 161.

³⁵ *BMG Music v. Perez*, 952 F. 2d 318 (9th Cir. 1991).

³⁶ *Pearson Education, Inc. v. Liu*, 656 F. Supp. 2d 407 (S.D.N.Y 2009).

³⁷ *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477(9th Cir.1994); *Denbicare U.S.A. Inc. v. Toys “R” Us, Inc.*, 84 F.3d 1143 (9th Cir. 1996).

³⁸ *Quality King Distrib., Inc. v. L’anza Research Int’l, Inc.*, 523 U.S. 135(1998).

³⁹ *Bobbs-Merril Co. v. Strauss*, 210 U.S. 339(1908).

⁴⁰ Sobre la fijación de precios mínimos de reventa en EE.UU, vid. el asunto *Leegin Creative Leather Products Inc*, 127 U.S. 2705 (2007), ya que implicó un cambio jurisprudencial debido a que el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que la fijación de precios mínimos podía implicar eficiencias para la competencia, así se pasó a considerar este tipo de cláusulas de ser ilegales *per se*, a ser analizadas conforme a la *rule of reason*. Entre los abundantes trabajos doctrinales surgidos a raíz del caso *Leegin*, vid. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Una nueva ocasión para acabar con la excepcionalidad de la prohibición del PVP impuesto en Europa. La sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Leegin*”, 2007, disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20acuerdos%20verticales%20-%20sentencia.pdf (consultado el 10 de junio de 2015); A. DOTY PAVEL, “Leegin v. PSKS: New Estándar, New challenges”, *Berckley Technology Law Journal*, vol. 23, nº 1, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1124649 (consultado el 10 de junio de 2015); E. ELHAUGE, “Harvard, not Chicago: wich antitrust school drives recent Supreme Court decisions?”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010769 (Consultado el 10 de marzo de 2015); C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Rcd*, nº 4, 2009, pp. 53-88; J.-P. KNEEPKENS, “Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach”, *ECLR*, 12, p. 656 y ss; M. LAO, “Free-riding: an Overstated and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance”, 2007, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024221 (consultado el 10 de junio de 2015).

derecho exclusivo de distribución o de reproducción. Es más, entendió que amparar este tipo de prácticas en base a un derecho de *copyright* sería excesivo, ya que el propietario de un producto sobre el que recaen derechos de autor es libre para revenderlo una vez que el titular ya lo ha puesto en el comercio, no pudiendo el titular imponer el precio del producto a los futuros compradores⁴¹. En definitiva, la Supreme Court en *Bobbs-Merril Co. v. Straus* dejó claro que el titular de un derecho de copyright puede controlar la primera venta, pero no las ulteriores.

18. Con posterioridad, han existido otros muchos casos en los que se ha puesto de manifiesto la dificultad de conjugar el derecho a controlar la importación [§602 (a)] y la *first sale doctrine* [§109 (a)]⁴². Uno de los principales problemas que han tenido que resolver los tribunales ha sido determinar los límites de la *first sale doctrine*. Esto es, cuál es su ámbito o alcance. El derecho de copyright está agotado con la primera venta que realiza el titular en cualquier mercado del mundo o está supeditada dicha doctrina a que la primera venta se realice en territorio estadounidense. La posición que se adopte implicará si se acepta un agotamiento nacional de los derechos de autor o un agotamiento internacional. Tradicionalmente, *the Supreme Court* ha venido entendiendo que el alcance de la disposición §109 del *Copyright Act 1976* se limita a las obras o productos sobre los que recae un derecho de copyright que han sido legalmente fabricados y vendidos en EE.UU. Por lo tanto, para que decaiga el derecho del titular de copyright y por tanto no pueda el titular prohibir la importación y reventa de su producto es necesario que éste haya sido fabricado y comercializado en EE.UU.

19. Un asunto importante resuelto por la *Supreme Court* fue *Quality King Distributors v. L'anza*⁴³. La resolución de este asunto pretendía poner fin a los diferentes puntos de vista sostenidos en el Tercer Circuito y Noveno Circuito sobre la *first sale doctrine*⁴⁴. Mientras que en *Sebastian v. Consumer Contacts* el 3^{er} Circuito sostuvo que la doctrina de la primera venta podía utilizarse cuando las mercancías reimportadas han sido fabricadas en EE.UU.⁴⁵. En el asunto *L'anza v. Quality King* resuelto por el Noveno Circuito se consideró que la *first sale doctrine* no podía aplicarse cuando la primera venta de las mercancías había tenido lugar en el extranjero con independencia del lugar donde hubieran habido sido fabricadas⁴⁶. Los hechos de este caso básicamente eran los siguientes: *L'anza* (el demandante) fabricaba champús en EE.UU., dichos productos tenían unas etiquetas que estaban protegidas por derechos de *copyright*. Los champús se fabricaron en EE.UU. y se exportaron al Reino Unido para ser vendidos por un distribuidor oficial. Estos distribuidores extranjeros comercializaban los productos entre un 35% y un 40% menos que el precio al que se vendían en EE.UU. *Quality King* (demandado) adquirió los productos de un distribuidor de Malta, que a su vez, los había adquirido de distribuidores ingleses. *Quality King* compró la mercancía con el fin de importarla y revenderla en EE.UU. a precios menores de los que estaba vendiendo la red oficial de *L'anza* en EE.UU. Esta situación es conocida como “*round trip*”, se fabrica en un país, se exportan los productos y posteriormente se importan al mismo país de fabricación por agentes ajenos a la red oficial de distribución. *L'anza* demanda a *Quality King* por infringir su derecho de copyright que tiene sobre la etiqueta de sus productos, por vulnerar su derecho a controlar la distribución de sus productos [disposición §106(3) Copyright Act] y su derecho a la importación [disposición §602(a) Copyright Act]. *Quality King* se defiende alegando la *first sale doctrine*. Como ya se ha señalado, en apelación en el Circuito Noveno, el Tribunal consideró que la *first sale doctrine* no era de aplicación ya que la primera venta de los productos había tenido lugar en el extranjero⁴⁷.

⁴¹ *Bobbs-Merril Co. v. Straus*, 210 U.S. 350(1908).

⁴² *Columbia Broad Sys., v. Scorpio Music Distrib., Inc.*, 782 F. 2d. 1093 (3d.Cir. 1988); *John Wiley & Sons, Inc. v. Kit-saeng*, 654 F. 3d 210,221 (2d Cir. 2011).

⁴³ *Quality King Distrib., Inc. v. L'anza Research Int'l, Inc.*, 523 U.S. 135(1998).

⁴⁴ *Vid.* para un mayor detalle, D. ALVARADO, “Seamaster-ing the First Sale Doctrine: A Tripartite Framework for Navigating the Applicability of Section 109 (a) to Gray Market Goods”, *Fordham Intellectual property media & Entertainment Law Journal*, Vol. 22:885,2012, pp. 897 y ss.; J. YEDOR, “Lacking swiss precision: the first sale doctrine in *Costco v. Omega*”, *Duke Journal of Constitutional law & Public Policy Sidebar*, Vol. 6:126, 2011, p. 129.

⁴⁵ *Sebastian Int'l, Inc. v. Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 847 F. 2d 1093 (3d.Cir. 1988).

⁴⁶ *L'anza Research Int'l, Inc. v. Quality King Distrib., Inc.* 98 F.3d 1109 (9th Cir.).

⁴⁷ *L'anza Research Int'l, Inc. v. Quality King Distrib., Inc.* 98 F.3d 1109 (9th Cir.).

Sin embargo, el Tribunal Supremo no comparte la visión de dicho Tribunal de Apelación. Así, considera que la disposición §602(a) *Copyright Act* no prohíbe toda importación que no ha sido autorizada por el titular, permitiendo el comercio paralelo de productos fabricados en EE.UU. ya comercializados en el extranjero. Del razonamiento del tribunal se puede extraer que la *first sale doctrine* es aplicable a todas las ventas realizadas en el extranjero de productos protegidos por *copyright* estadounidense, es decir, la *first sale doctrine* se puede aplicar también a productos importados⁴⁸. Como se trataba de productos fabricados en EE.UU. en ningún momento el tribunal entra a dirimir si la *first sale doctrine* es aplicable también a productos fabricados en el extranjero. Por lo tanto, este es un aspecto que todavía estaba por resolver y que será clave en el asunto *Omega v. Costco*.

b) La *first sale doctrine* en el 9º Circuito con anterioridad a enero de 2015

20. La posición del 9º Circuito podría quedar resumida en lo siguiente: la regla general que sigue este Tribunal de apelación es que para aplicar la doctrina de la primera venta es necesario que las mercancías hayan sido fabricadas y vendidas en Estados Unidos. Así, por la expresión de la disposición §109 “*lawfully made under this title*” debe entenderse que las mercancías no sólo han sido fabricadas por el propietario de un derecho de *copyright* reconocido bajo la legislación estadounidense sino que también han sido fabricadas en EE.UU. Esta visión fue sostenida por primera vez en *BMG Music v. Perez*⁴⁹. El Tribunal, en dicho asunto, exigió para la aplicación de la *first sale doctrine* no sólo la fabricación sino también la venta en EE.UU. del producto. La exigencia de la venta además de la fabricación hizo que se desmarcara de lo seguido hasta el momento por el resto de Circuitos. Este pequeño desmarque en *BMG Music* careció de importancia. Sin embargo, la transcendencia de añadir también la venta vendría posteriormente con dos asuntos, *Parfums Givenchy v. Drug Emporium* y *Debinicare v. Toys “R” us*⁵⁰. En estos asuntos, el 9º Circuito incluye una excepción a la regla general. De este modo, considera que la *first sale doctrine* puede ser aplicada a mercancías fabricadas en el extranjero siempre y cuando el titular o un tercero con su consentimiento haya comercializado por primera vez los productos en Estados Unidos. Esta excepción abre la puerta a que la *first sale doctrine* no sólo se aplique a productos fabricadas en Estados Unidos sino también a productos fabricados en el extranjero. Esto es consecuencia de que el 9º Circuito entiende que la aplicación de la disposición §602 como se había aplicado en *BMG Music* daba lugar a una mayor protección – en cuanto a lo que a derechos de *copyright* se refería– a las mercancías fabricadas en el extranjero que a las mercancías fabricadas en EE.UU. De ahí la necesidad de dicha excepción.

c) La *first sale doctrine* en el Segundo Circuito: *Kirtsaeng*

21. El 2º Circuito ha venido considerando en los diferentes asuntos que se le han planteado que el alcance de la *first sale doctrine* para los derechos de *copyright* se limita a las mercancías fabricadas en USA⁵¹. El último asunto reciente en el que tuvo que pronunciarse fue en el famoso asunto *Kirtsaeng*, el cual posteriormente llegó al Tribunal Supremo de Estados Unidos y produjo un importante cambio

⁴⁸ *Lanza Research Int’l, Inc. v. Quality King Distrib., Inc.* 98 F.3d 1109 (9th Cir.), p. 152, donde se afirma que “*The whole point of the first sale doctrine is that once the copyright owner places a copyrighted item in the stream of commerce by selling it, he has exhausted his exclusive statutory right to control its distribution. As we have recognized, the codification of that doctrine in § 109(a) makes it clear that the doctrine applies only to copies that are “lawfully made under this title,” but that was also true of the copies involved in the Bobbs-Merrill case, as well as those involved in the earlier cases applying the doctrine. There is no reason to assume that Congress intended either § 109(a) or the earlier codifications of the doctrine to limit its broad scope.*”

⁴⁹ *BMG Music v. Perez*, 952 F. 2d 318 (9th Cir. 1991), p. 319, donde el Tribunal recoge “*The first sale doctrine in 17 U.S.C. § 109(a) does not, however, provide a defense to infringement under 17 U.S.C. § 602 for goods manufactured abroad. The words “lawfully made under this title” in § 109(a) grant first sale protection only to copies legally made and sold in the United States.*”

⁵⁰ *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477(9th Cir.1994); *Debinicare U.S.A. Inc. v. Toys “R” Us, Inc.*, 84 F.3d 1143 (9th Cir. 1996).

⁵¹ *Pearson Educ., Inc. v. Liao*, Nº 07 –Civ-2423 (SHS), WL 2073491 (S.D.N.Y 2008).

como ya se ha venido anunciando⁵². Este asunto no versa sobre una reclamación de *copyright* sobre un aspecto accesorio del producto, como sucede en *Omega v. Costco*. En este asunto la reclamación sobre la infracción de derechos de autor versa sobre libros de texto.

22. Supap Kirtsaeng de origen tailandés, llegó a EE.UU. a finales de los años 90 con el fin de tener estudios superiores en una universidad estadounidense. En 2008, este señor es demandado por la editorial multinacional *John Wiley & Sons*, dedicada a la edición de libros de texto. La demanda básicamente obedecía a que el Sr. Kirtsaeng había comercializado libros de dicha editorial destinados a venderse en el extranjero en el mercado estadounidense. La venta se hacía a través del portal *eBay* y dichos libros eran vendidos a un precio más bajo que al precio al que vendía esos mismos libros *Wiley & Sons* en EE.UU⁵³. Esto era posible debido a la importante diferencia de precio de los libros entre Tailandia y Estados Unidos. Mientras que en EE.UU, el mismo libro, editado por la misma editorial podía alcanzar los 100 dólares, en Tailandia no llegaba a los 50. Una de las razones de esta diferencia de precio eran las calidades y detalles utilizados en las ediciones extranjeras –mucho menos cuidadas, *ad ex.*, se utilizaban tapas blandas- a diferencia de las norteamericanas. El modo de operar de *Kirtsaeng* era rudimentario, pedía a familiares y a amigos que le enviaran los libros desde Tailandia. Estas ventas por Internet le permitía al *free rider* no sólo devolver a sus familiares y a amigos los gastos de la compra y envío de los libros sino también ganar dinero. Desde 2006 que empezaron las ventas hasta 2008 que fue cuando le demandaron, se estima que *Kirtsaeng* llegó a generar unas ventas cercanas al millón de dólares. Sin embargo, la editorial estadounidense no iba a seguir permitiendo dicho lucro. *Wiley* le demanda por infracción de derechos de *copyright* y por competencia desleal. *Wiley & Sons* argumenta que los libros importados desde Tailandia eran fabricados por la filial asiática de *Wiley* para ser vendidos en dicha parte del mundo, no en EE.UU. Es más, en dichos libros se recogía expresamente una leyenda que indicaba que dichos libros estaban autorizados para ser vendidos únicamente en Europa, Asia, África y Oriente Medio y que dicho incumplimiento podría conllevar demandas por infracción de derechos de autor. *Kirtsaeng* se defiende alegando la *first sale doctrine*. En la primera instancia, el Tribunal consideró que la doctrina de la primera venta no es aplicable a productos fabricados en el extranjero. *The Second Circuit* apoyando lo dispuesto por *the District Court* falla a favor de la editorial. Este Tribunal consideró que en base a la estructura del Título 17 del *Copyright Act* y de la decisión *Quality King*, la disposición §109 sólo puede aplicarse a productos fabricados en EE.UU⁵⁴. De este modo, la *first sale doctrine* como defensa ante la infracción de los derechos de autor no puede ser utilizada por *Kirtsaeng*. No obstante, la resolución del tribunal no fue unánime, el Juez J. Garvan Murtha disintió de la opinión general. Este juez consideraba que la doctrina de la primera venta debe aplicarse a toda copia de cualquier trabajo protegido por un derecho de autor concedido por el ordenamiento estadounidense con independencia de cuál fuera su lugar de fabricación. El Juez Murtha basó su razonamiento en tres argumentos inspirados en asuntos previos como *Pearson Education, Inc. v. Liu*, así se pueden destacar⁵⁵: 1) *La disposición §109 no hace mención al lugar de fabricación*. En su lugar, la disposición §109 a lo que se refiere es que la copia que se puede beneficiar de la *first sale doctrine* debe haber sido *manufactured lawfully under this section*. Es decir, debe tratarse de una copia original de una obra o producto beneficiado por derechos de *copyright* conforme a dicha norma⁵⁶. De este modo, para el Juez Murtha tener en cuenta el lugar de fabricación para la aplicación de

⁵² *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011).

⁵³ Sobre como Internet facilita la labor de los *free riders*, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los problemas de la venta on line de productos de marca”, *Rcd*, nº 15, pp. 104-105.

⁵⁴ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011), “*Applying these principles to the facts of this case, we conclude that the District Court correctly decided that Kirtsaeng could not avail himself of the first sale doctrine codified by §109 (a) since all the books in question were manufactured outside of the United States. In sum, we hold that the phrase “lawfully made under this Title in §109 (a) refers specifically and exclusively to works that are made in territories in which the Copyright Act is law, and not to foreign-manufactured works”.*”

⁵⁵ *Pearson Education, Inc. v. Liu*, 656 F. Supp. 2d 407 (S.D.N.Y 2009).

⁵⁶ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011), apartado 226, “*The statutory text does not refer to a place of manufacture: It focuses on whether a particular copy was manufactured lawfully under title 17 of the United States Code. 17 U.S.C. §109 (...) Thus, regardless of place of manufacture, a copy authorized by U.S. rightholder is lawful under U.S copyright law.*”

la *first sale doctrine* a productos beneficiados con derechos de autor carece de sentido. El juez considera que si el Congreso hubiera querido añadir dicho alcance territorial lo podría haber hecho, como lo ha hecho en otras disposiciones, sin embargo, no lo hizo⁵⁷. Según su visión, dicha omisión no es casual por lo que puede entenderse que el §109 no se limita a los productos fabricadas en USA; 2) *No es eficiente económicamente no aplicar la first sale doctrine a las copias fabricadas en el extranjero*. La aplicación de la *first sale doctrine* sólo a copias nacionales permite que el titular del derecho tenga un poder ilimitado sobre la venta de los productos. Esto da lugar a que la legalidad de la reventa por distribuidores independientes de los productos protegidos con derechos de autor sea incierta⁵⁸. Es más, para el Juez Murtha esta forma de aplicar la *first sale doctrine* beneficia a quienes fabrican en el extranjero frente a los que fabrican en EE.UU. Estos últimos pierden el derecho a controlar la comercialización de su producto una vez que el producto se ha comercializado con su consentimiento en cualquier lugar del país. Sin embargo, si el producto se fabrica en el extranjero, en ese caso, al no operar la *first sale doctrine*, el titular puede seguir controlando la comercialización de sus productos; 3) *La disposición §602 no se queda sin contenido al extender la first sale doctrine a copias fabricadas en el extranjero*. El juez Murtha destaca que el argumento de los opositores a la aplicación internacional de los derechos de autor de que la disposición §602 – donde se reconoce el derecho del titular a controlar la importación de sus productos- queda sin contenido no tiene razón de ser. Esta disposición se seguiría aplicando. En concreto en tres supuestos⁵⁹: 1) Productos que todavía no hayan sido comercializados por el titular o un tercero con su consentimiento; 2) Copias falsas de productos sobre los que recaen derechos de autor; 3) Copias de productos originales pero que no se benefician de derechos de autor conforme a la normativa estadounidense.

C) Recapitulación

23. De lo expuesto anteriormente se puede llegar a una evidente conclusión. El alcance del agotamiento de los derechos de autor no ha estado claro en el Copyright Act. Del mismo modo, cuando los tribunales han tenido que pronunciarse, lo han hecho generalmente a favor del alcance nacional del agotamiento. Así, se puede decir que los tribunales han interpretado el texto “*lawfully made under this title*” de la disposición §109 del *Copyright Act* como que exigía la fabricación de los productos en Estados Unidos para poder aplicar la *first sale doctrine*. Esto ha implicado considerar que el agotamiento de los derechos de autor es nacional en USA. Así, la reventa por un tercero ajeno a la red oficial de distribución de productos fabricados en el extranjero y posteriormente importados a EE.UU. sin el consentimiento del titular del Derecho de copyright podía ser prohibida por éste. Es decir, el comercio paralelo de productos sobre las que recae un derecho de copyright podía ser evitado por el titular del derecho si alegaba que dicha importación o venta de productos fabricados fuera de EE.UU. no había tenido su autorización, con independencia de que el derecho de *copyright* afectara al producto en su conjunto- como puede suceder en una obra literaria- o se tratara de un aspecto secundario del mismo – como ocurre en *Quality King* o en *Omega v. Costco*.

24. Esta forma de entender el alcance de los derechos de autor en nada beneficiaba al libre comercio. En realidad, los únicos beneficiados eran los titulares de las redes oficiales de distribución y de

⁵⁷ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011), apartado 227, “*If Congress intended §109 (a) to apply only to copies manufactured in the United States, it could have stated “lawfully manufactured in the United States under this title”. As Congress did not include “manufactured in the United States” in §109 (a), though it was clearly capable of doing so as demonstrated by §601(a), the omission supports the conclusion that Congress did not intend the language “lawfully manufactured under this title” to limit application of §109 (a) to only copies manufactured in the United States*”.

⁵⁸ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011), apartado 228, “*Economic justifications also support applicability of the first sale doctrine to foreign made copies. Granting a copyright holder unlimited power to control all commercial activities involving copies of her work would create high transaction costs and lead to uncertainty in the secondary market*”.

⁵⁹ *John Wiley & Sons, Inc. v. Kirtsaeng*, 654 F. 3d (2d.Cir. 2011), apartado 229, “*Supporters of limiting the application of the first sale doctrine to domestically manufactured copies rely on the argument that applying the doctrine to foreign made copies would render §602(a) “virtually meaningless”. However, §602(a) will always apply to copies of a work that have not been sold or are piratical copies. It also applies to copies of a work not lawfully manufactured under title 17 but lawfully manufactured under some other source of law*”.

los derechos de autor, puesto que podían seguir controlando la comercialización de sus productos aunque ya los hubieran introducido en el comercio. La cuestión es que no sólo que tuvieran la posibilidad de seguir controlando sino las consecuencias que ello puede implicar, *ad ex.*, al no existir una fuente alternativa de suministro, el proveedor puede imponer precios de reventa a los distribuidores oficiales, lo que puede reflejarse en que el consumidor pague un precio mucho más alto por el producto. Esta solución dada por los tribunales no se adecuaba a la realidad del comercio internacional. Un cambio era necesario.

V. El impacto de *Kirtsaeng*

25. Este caso procedía del Segundo Circuito. En dicha ocasión, como ya se ha expuesto, aunque con una opinión disidente, el Tribunal lo tuvo claro: la *first sale doctrine* sólo podía aplicarse a productos fabricados en USA. Por lo tanto, en este asunto, que se trataba de la importación paralela de libros procedentes de Tailandia, el 2º Circuito consideró que el *free rider -Kirtsaeng-* había infringido un derecho de copyright y al tratarse de productos fabricados en el extranjero no se podía aplicar la doctrina de la primera venta. Sin embargo, no estaba todo perdido para *Kirtsaeng*.

26. En este caso resuelto por el Tribunal Supremo de EE.UU. en 2013, la interpretación de la disposición §109(a) cambia por completo. El Tribunal Supremo con una mayoría de 6 votos a favor y 3 en contra consideró que la expresión "*lawfully made under this title*" que se recoge en la disposición §109 significa que dicho producto ha sido fabricado de acuerdo a las normas sobre *copyright* estadounidense, con independencia del lugar donde se han fabricado, ya haya sido en el extranjero o en EE.UU. Las razones que apunta el Tribunal Supremo para considerar que de la *first sale doctrine* no se debe limitar sólo a productos fabricados en el EE.UU son: 1) *Tenor literal de la norma*. El Tribunal Supremo considera que al no mencionar expresamente la disposición §109 su alcance geográfico no es posible interpretar que la *first sale doctrine* sobre los derechos de autor sólo es aplicable a productos fabricados en USA. El Tribunal considera que ni el tenor literal de la disposición, ni el contexto ni tampoco la historia de la *first sale doctrine* avalarían dicha limitación geográfica⁶⁰; 2) *Intención del Congreso*. Para el Tribunal Supremo el Congreso no tenía en mente fijar un límite geográfico a la *first sale doctrine*, ya que si así lo hubiera querido hacer podría haberlo realizado⁶¹; 3) *Ni en la norma predecesora al §109 (a) ni en otras disposiciones del Copyright Act se hace mención geográfica expresa*. El Tribunal Supremo analiza la disposición del *Copyright Act* 1947 y la de 1909 que preceden al actual §109(a). Este análisis le lleva a la conclusión que al guardar silencio sobre el ámbito geográfico se guarda estrecha sintonía entre las disposiciones anteriores y la actual. De ahí, que no tenga sentido entender la limitación geográfica. La única diferencia que el Tribunal Supremo observa entre ambas es respecto a quiénes se pueden beneficiar de la doctrina de la primera venta⁶². El Tribunal Supremo también analiza otras disposiciones del actual *Copyright Act* como la §109(c), la §109(e) o la 106, así entiende, que aplicar la *first sale doctrine*

⁶⁰ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1358, "In our view, §109(a)'s language, its context, and the common-law history of the "first sale" doctrine, taken together, favor a non-geographical interpretation. We also doubt that Congress would have intended to create the practical copyright-related harms with which a geographical interpretation would threaten ordinary scholarly, artistic, commercial, and consumer activities. See Part II–D, *infra*. We consequently conclude that *Kirtsaeng's* nongeographical reading is the better reading of the Act".

⁶¹ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1360.

⁶² Así, el Tribunal entiende que mientras que en la disposición anterior los que se podían beneficiar de la *first sale doctrine* eran tanto los propietarios de una copia legal de un trabajo como los meros poseedores (*bailees/lessees*). En la actual sólo pueden beneficiarse los propietarios, que no tiene por qué ser el titular del derecho propiamente dicho, también podría beneficiarse de la *first sale doctrine* un licenciatario. El tribunal apunta que la razón de por qué en el *Copyright Act 1947* también se beneficiaban de la *first sale doctrine* los meros poseedores de una copia de la obra es histórica. En los años 70 era habitual que los propietarios de salas de cines vendieran las películas a distribuidores o también a directores y productores de cine. Como los propietarios de las salas de cines no eran realmente los propietarios de las copias sino meros poseedores pero sí que las habían obtenido lícitamente, the *Copyright Act* les permitía a su vez venderlas o alquilarlas a otros miembros del sector y que tal actividad no se considerara contraria a los derechos de copyright.

sólo a productos/copias legales fabricadas en USA no se puede tampoco deducir de estos preceptos⁶³; 4) *El asunto Quality King no condiciona la decisión del Tribunal*. Uno de los argumentos de la editorial Wiley era que en *Quality King*, el Tribunal Supremo había apoyado aplicar la *first sale doctrine* sólo a mercancías fabricadas en el extranjero cuando el Tribunal sostuvo lo siguiente: “*where an author gives exclusive American distribution rights to an American publisher and exclusive British distribution rights to a British publisher, presumably only those (copies) made by the publisher of the United States edition would be lawfully made under this title within the meaning of §109(a)*”. El Tribunal Supremo, a diferencia de lo que hizo en *Costco v. Omega* en 2011, aclaró que en *Quality King* el alcance de la disposición 109 no era objeto de debate. Además, también explica que de dichas palabras no se puede extraer la interpretación que Wiley pretende realizar a su favor. Además, el Tribunal considera que en el caso de que así se pudiera interpretar, no está obligado a seguir lo dispuesto en resoluciones anteriores cuando se trata de un aspecto que no es correcto⁶⁴; 5) *Consecuencias muy graves para el progreso de la ciencia*. Para el Tribunal, los problemas que plantea *Kirtsaeng* y sus *amici curiae* si se aplica la *first sale doctrine* sólo a productos fabricados en EE.UU. son demasiado serios como para pasarlos por alto. *Ad ex.*, la *American Library Association* señala que en su colección al menos hay 200 millones de libros publicados en el extranjero y otros muchos fueron impresos fuera de Estados Unidos pero publicados por primera vez allí con el fin de ahorrar costes. La aceptación de la interpretación geográfica de la *first sale doctrine* implicaría que las bibliotecas deberían obtener permiso del titular del copyright para poder poner a disposición del público los libros. Esta asociación manifiesta que sería muy complicado obtener las autorizaciones de autores extranjeros que publicaron sus libros hace décadas, ya que muchas veces no aparece el lugar de publicación, hay que conocer los datos del titular, etc. En definitiva, sería muy costoso localizarles y negociar las condiciones de circulación de las obras. Así, se preguntan si de llevar a cabo esta interpretación deberían dejar de prestar los millones de ejemplares impresos en el extranjero⁶⁵. Otros de los mayores perjudicados de la limitación de la *first sale doctrine* son los *retailers*. Este sector también personado en el proceso como *amicus curiae* le señaló al tribunal que las importaciones en el año 2011 fueron por un valor de 3,2 trillones de dólares. Aceptar dicha interpretación limitada implicaría poner al sector de la reventa en riesgo, puesto que podrían enfrentarse a numerosas demandas por importar productos protegidos con derechos de *copyright* sin consentimiento del titular⁶⁶.

27. En definitiva, del razonamiento del Tribunal puede extraerse que a pesar de que los tribunales de instancias inferiores hayan atribuido durante más de treinta años una interpretación de la *first sale doctrine* que no se ajustaba ni al tenor literal de la norma ni al contexto histórico ni tampoco a la realidad de los tiempos no implicaba que fuera correcto. Así, tras *Kirtsaeng* hay un cambio. El agotamiento de los derechos de autor pasa de ser nacional a internacional. La *first sale doctrine* debe aplicarse con independencia del lugar de fabricación de los productos sobre los que recaen derechos de autor. De este modo, tras esta sentencia no habría posibilidad de utilizar los derechos de autor para evitar las importaciones paralelas. Sin embargo, no es todo tan sencillo como parece. Del mismo modo que ha habido importantes gigantes apoyando a *Kirtsaeng* durante el proceso como *Costco* o *eBay*, también

⁶³ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1361, “*Other provisions of the present statute also support a nongeographical interpretation (...)*”.

⁶⁴ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1366, “*We cannot, however, give the Quality King statement the legal weight for which Wiley argues. The language “lawfully made under this title” was not at issue in Quality King; the point before us now was not then fully argued; we did not canvas the considerations we have here set forth; we there said nothing to suggest that the example assumes a “first sale”; and we there hedged our statement with the word “presumably.” Most importantly, the statement is pure dictum. It is dictum contained in a rebuttal to a counterargument. And it is unnecessary dictum even in that respect. Is the Court having once written dicta calling a tomato a vegetable bound to deny that it is a fruit forever after? To the contrary, we have written that we are not necessarily bound by dicta should more complete argument demonstrate that the dicta is not correct. Central Va. Community College v. Katz, 546 U. S. 356, 363 (2006) (“[W]e are not bound to follow our dicta in a prior case in which the point now at issue was not fully debated”); Humphrey’s Executor v. United States, 295 U. S. 602–628 (1935) (rejecting, under stare decisis, dicta, “which may be followed if sufficiently persuasive but which are not controlling”). And, given the bit part that our Quality King statement played in our Quality King decision, we believe the view of stare decisis set forth in these opinions applies to the matter now before us”.*

⁶⁵ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1365.

⁶⁶ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013), p. 1365.

Wiley ha contado con importantes apoyos entre los que estaba el *Solicitor general*, la industria del cine y de la música y también los editores de libros. Esto ha dado lugar a que algún congresista, instado por personalidades como la Directora de la *U.S Copyright Office*, hayan intentado cambiar la ley para poder restringir los efectos de la sentencia *Kirtsaeng*⁶⁷. Hasta la fecha esto no se ha conseguido. En definitiva, este asunto no ha dejado indiferente a ningún sector.

VI. La peregrinación de Omega y Costco en los tribunales

1. Diferentes instancias

28. Una vez estudiada la regulación del copyright, su aplicación por los tribunales y los cambios que ha supuesto *Kirtsaeng*, estamos en condiciones de avanzar un paso más. Como ya se adelantaba, la contienda *Omega v. Costco*, comienza en los tribunales en el año 2004 aproximadamente. Su final, al menos aparentemente, no ha tenido lugar hasta 11 años después. En todo este tiempo, las partes han recorrido diversas instancias judiciales. Así, se verá como el caso es resuelto por primera vez por *the Court District of California* en el año 2007, posteriormente por el Noveno Circuito en el año 2008, llega al Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 2009, vuelve al Noveno Circuito en el año 2011, cuya sentencia es recurrida por *Omega* y da lugar a la última resolución del *9th Circuit* sobre el caso que data de enero de 2015.

29. La batalla legal de *Omega v. Costco* tiene una primera respuesta por la *Court District* en 2007⁶⁸. Este Tribunal consideró que la *first sale doctrine* era de aplicación al caso, y que por tanto, servía de defensa a *Costco* ante las acusaciones de haber infringido un derecho de copyright.

30. *Omega* recurre ante el Tribunal de Apelación del 9º Circuito, ya que el Tribunal de Distrito no sólo no le había dado la razón sino que le había condenado a asumir las costas de *Costco* que ascendía a una cuantía de 373.003 \$. Este Tribunal considera que *Costco* no puede utilizar la *first sale doctrine* para defenderse ya que las mercancías habían sido fabricadas en el extranjero. En este asunto el Noveno Circuito se ve de nuevo en la tesitura de dirimir sobre la aplicación de la *first sale doctrine* a mercancías fabricadas en el extranjero que son importadas y vendidas en EE.UU. por un distribuidor que no ha sido autorizado por el titular. Aquí el Tribunal se plantea dos cuestiones fundamentalmente: 1) Si el asunto *Quality King* resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1998 invalidaba lo sostenido por el Noveno Circuito en sus *leading cases* –*BMG Music, Drug Emporium* y *Denbicare*-⁶⁹; 2) Si la alegación de la *first sale doctrine* por *Costco* podía ser admitida. En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal considera que *Quality King* no invalida la regla general sostenida por dicho Tribunal de que la *first sale doctrine* sólo puede ser una defensa cuando los productos han sido fabricados en EE.UU.⁷⁰. El Tribunal considera que *Quality King* se refiere a un supuesto concreto como es el “*round trip*”, y que, por lo tanto, no es aplicable a *Omega v. Costco* puesto que no es el mismo supuesto⁷¹. Según el noveno Circuito, en *Quality King* en ningún momento se dirime el alcance de la *first sale doctrine*. Por lo tanto, la disposición §109 es aplicable a productos fabricados en EE. UU y como excepción a productos fabricados en el extranjero siempre y cuando el titular del derecho de copyright o un tercero con su consentimiento se hayan encargado de la primera venta en EE.UU. Así, tanto la regla general como la excepción siguen

⁶⁷ Vid. I. CALBOLI, “The avoidable” effects...”, pp. 170-171; Vid también el artículo de M. A. PALLANTE, “The next Great Copyright Act”, 37, *Columbia J. L. & Arts* 315, 2013, basado en un discurso que dio el 4 de marzo de 2013 en la Universidad de Columbia en el que muestra la necesidad de modificar *the Copyright Act 1976* para que se adapte a las necesidades actuales.

⁶⁸ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, N° CV 04-05443 TJH (RCx), 2007 WL (Court District Cal. Feb 6, 2007).

⁶⁹ *BMG Music v. Perez*, 952 F. 2d 318 (9th Cir. 1991); *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477(9th Cir.1994); *Denbicare U.S.A. Inc. v. Toys “R” Us, Inc.*, 84 F.3d 1143 (9th Cir. 1996).

⁷⁰ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, 541, F.3d 982, 990 (9th Cir. 2008), apartados 7-12.

⁷¹ Vid. J. YEDOR, “Lacking swiss precision: the first sale doctrine in *Costco v. Omega*”, *Duke Journal of Constitutional law & Public Policy Sidebar*, Vol. 6:126, 2011, p. 130.

intactas tras *Quality King* según el Noveno Circuito. Respecto a la *first sale doctrine* como defensa para Costco, el Tribunal considera que al tratarse de mercancías fabricadas en el extranjero -relojes fabricados en Suiza- y vendidas sin la autorización del titular en Estados Unidos –Costco no era un distribuidor autorizado- no era posible aplicar la excepción sostenida en *Drug Emporium y Denbicare*⁷². Por lo tanto, Omega tenía la facultad de controlar la importación y reventa de sus relojes en Estados Unidos. Para el 9º Circuito aceptar el agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual iría en contra de la presunción que existe de no *aplicar* las normas estadounidenses fuera de EE.UU.⁷³.

31. Tras la derrota, *Costco* solicita al Tribunal Supremo *writ of certiorari*⁷⁴. Es decir, que entrara a revisar la sentencia de apelación dictada por el Noveno Circuito. El caso es revisado por el Tribunal Supremo, sin embargo no sirvió de mucho para *Costco*. La recusación de uno de los nueve magistrados que componen el Tribunal Supremo impidió que se alcanzara una decisión unánime, empatando a 4-4⁷⁵. Este empate implicaba la confirmación de la sentencia apelada procedente del 9º Circuito. Por lo tanto, la *first sale doctrine* sólo podía aplicarse a los productos fabricados en USA.

32. No obstante, *Costco* no se da por vencido. El asunto *on remand* es resuelto esta vez en 2011 por *the Eastern District Court of California*⁷⁶. El tribunal permite que *Costco* cambie su defensa y alegue una nueva, alejada de la *first sale doctrine*. Esta vez *Costco* juega sus bazas de otra manera y alega que *Omega* usó de forma abusiva su derecho de *copyright*. Según *Costco*, el fabricante de relojes suizo grabando el pequeño globo en la parte de atrás de sus relojes lo que pretendía era evitar que la reventa de sus productos por distribuidores no autorizados como *Costco*. Esto le permitiría controlar la importación y reventa de sus relojes en USA. El Tribunal finalmente dio la razón a *Costco*. En esa instancia el caso da un vuelco por completo, la solución al caso cambia. *Omega* es ahora condenado a asumir unas costas de 396.000 \$. La razón del *Eastern District Court of California* para condenar a *Omega* fue que había cometido *copyright misuse*⁷⁷. El Tribunal consideró que dicha reclamación sobre la infracción de su derecho de *copyright* en realidad no perseguía proteger su derecho sino mantener el control sobre la importación y venta de sus productos, los cuales en sí no eran objeto de derecho de *copyright*. En definitiva, del razonamiento del tribunal se puede extraer que la actuación de *Omega* es una artimaña o treta legal para mantener el control de las ventas y evitar el comercio paralelo.

33. Aún así, ante este varapalo, *Omega* continua la batalla legal recurriendo ante el Noveno Circuito. Es más, estando pendiente este asunto ante el citado Tribunal, el Tribunal Supremo resuelve un asunto que parece ser no sólo el punto final de *Omega v. Costco* sino también al debate doctrinal y judicial sobre el alcance de los derechos de autor en EE.UU. Se trata del ya asunto ya analizado, *Kirtsaeng v. Wiley*⁷⁸.

⁷² *Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc.*, 38 F.3d 477(9th Cir.1994); *Denbicare U.S.A. Inc. v. Toys “R” Us, Inc.*, 84 F.3d 1143 (9th Cir. 1996).

⁷³ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, 541, F.3d 982, 990 (9th Cir. 2008), apartados 8 -10, “The basis for that rule was our concern the applying §109(a) is limited to foreign-made copies would violate the presumption against the extraterritorial application of U.S. law” (apartado 8); “The common understanding of the presumption against extraterritoriality in that a U.S. statute “applies only to conduct occurring within, or having effect within, the territory of the United States, unless the contrary is clearly indicated by the statute” (...)Recognizing the importance of avoiding international conflicts of law in the area of intellectual property, however, we have applied a more robust version of this presumption to the Copyright Act, holding that the Act presumptively does not apply to conduct that occurs abroad even when that conduct produces harmful effects within the United States” (apartado 9); “Given this understanding of the presumption, the application of §109(a) to foreign made copies would impermissibly apply de Copyright Act extraterritorially in a way that the application of the statute after foreign sales does not”(apartado 10).

⁷⁴ Para un mayor detalle sobre *the writ of certiorari*, vid. I. HUALDE LÓPEZ, “Una aproximación al Tribunal Supremo y certiorari norteamericano”, *CDT*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 82-93.

⁷⁵ *Costco Wholesale Corp. v. Omega S.A.*, 562 U.S. 40 (2010).

⁷⁶ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, CV 04-05443, TJH (E.D. Cal. November 9, 2011).

⁷⁷ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, CV 04-05443, TJH (E.D. Cal. November 9, 2011).

⁷⁸ *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S. Ct. 1351 (U.S. 2013).

2. ¿La solución a *Omega v. Costco*?

34. En enero de 2015, el 9º Circuito resolvió *Omega v. Costco* siguiendo la sentencia *Kirtsaeng*⁷⁹. Así, consideró que la *first sale doctrine* era de aplicación, y que por tanto, la fabricación y primera venta en el extranjero eran irrelevantes para su aplicación. La solución dada en 2015 dicta mucho de la que sostuvo en 2008, ya que, en aquél momento el 9º Circuito se limitó a aplicar el agotamiento nacional de los derechos de autor en versión matizada. Es decir, la línea jurisprudencial expuesta en casos anteriores, y que en definitiva, consideraba que la *first sale doctrine* en lo referente a derechos de autor sólo era aplicable bien cuando los productos eran fabricados en EE.UU., o bien cuando eran fabricados en el extranjero pero se había comercializado en EE.UU. Como *Omega v. Costco* no encajaba en ninguno de los dos supuestos, *Costco* no pudo hacer utilizar la *first sale doctrine* como defensa.

35. Ya en 2015, tras la estela de *Kirtsaeng*, el panorama es distinto. La línea jurisprudencial seguida por el Noveno Circuito durante décadas decae ante la flamante y transgresora sentencia del Tribunal Supremo. Así, el 9º Circuito entendió que el alcance del agotamiento de los derechos de autor debía ser internacional. En este sentido, el Noveno Circuito consideró que la aplicación de la *first sale doctrine* a productos fabricados en el extranjero y vendidos por primera vez también en el extranjero reafirma el hecho de que los titulares de derechos de autor no pueden, como ya se sostuvo en *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*⁸⁰, fijar los precios de reventa de los productos en el mercado de la distribución del producto⁸¹. Aparte de este cambio, el 9º Circuito considera que son correctas las apreciaciones que realiza la *District Court* sobre la existencia de *copyright misuse* por parte de *Omega*. En opinión del juez Wardlaw la razón de los derechos de copyright descansan en la compensación al autor por su creación. Pero esta recompensa no puede ser ilimitada, y que, además, conlleve en algunos casos, abusos por parte del titular. El juez entiende que se puede apreciar *copyright misuse* sin necesidad de englobarlo dentro de un ilícito antitrust⁸². Es más, considera que *Omega* abusó de su derecho de copyright al pretender con la defensa del diseño del globo controlar la importación de sus relojes a EE.UU. Este abuso se derivaba de dos hechos concretos⁸³: 1) La idea de grabar en sus relojes dicho símbolo y registrarlo fue dada por su departamento legal; 2) *Omega* informó a sus distribuidores oficiales que la demanda contra *Costco* pretendía paliar la existencia del comercio paralelo en EE.UU. En definitiva, para el juez, los derechos de *copyright* sobre dicho logo claramente eran utilizados para extender su protección más allá de lo que le permite dicho derecho. En realidad, el objetivo no era otro que disminuir la competencia que suponía *free riders* como *Costco*. Y de hecho, según el Juez Wardlaw, lo ha conseguido. El objetivo de reducir la competencia *intra-brand* mediante un derecho de copyright sobre un aspecto poco significativo de un producto ha dado resultado. El juez Wardlaw sostiene que antes de la demanda era posible comprar un *Omega Seamaster* original a un 35% menos que al precio al que vendían los distribuidores oficiales, sin embargo, ahora ya no es posible⁸⁴. *Omega* deberá por tanto hacer sus cuentas y ver si los once años de litigio, la derrota y la condena a costas de cerca de 400.000 \$ le compensa los 43 relojes que vendió *Costco* a unos 1.290 \$ cada uno en sus tiendas de California. Aunque no deja de ser una especulación, lo más probable es que sí le compense, ya que este tipo de demandas no dejan de ser un aviso para navegantes, ya que no sólo van dirigidas al demandado sino a todos aquellos que llevan a cabo las mismas prácticas.

VII. ¿Y ahora qué? ¿Adiós a los derechos de autor como vía para obstaculizar la reventa al margen de la red oficial de distribución?

36. *Omega v. Costco* puede decirse que es un asunto con sustancia jurídica. Esto es así debido a que no sólo confirma el cambio que supuso el asunto *Kirtsaeng*, es decir, que el agotamiento de los dere-

⁷⁹ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, n.º.12-56342, (9th Circuit, 2015).

⁸⁰ *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339(1908).

⁸¹ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, n.º.12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 7.

⁸² *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, n.º.12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 18.

⁸³ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, n.º.12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 18.

⁸⁴ *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.*, n.º.12-56342, (9th Circuit, 2015), p. 19.

chos de autor es internacional, sino que también es relevante por considerar como *copyright misuse* a una práctica que anteriormente no se había considerado como tal. La obtención de un derecho de *copyright* sobre un aspecto accesorio de un producto con el fin de usarlo para evitar las importaciones paralelas y paliar la reventa al margen de la red oficial de distribución⁸⁵. Hasta ese momento el *copyright misuse* se había apreciado en tres supuestos en los que el titular⁸⁶: 1) usaba el derecho de *copyright* infringiendo las normas de competencia; 2) extendía la exclusividad que brinda el derecho ilegalmente; 3) violaba *the public policies* dispuestas en el *Copyright Act*. Es más, algún autor ha considerado que usar un derecho de *copyright* que recae sobre un aspecto no principal de un producto para restringir las importaciones paralelas debería recogerse expresamente como *copyright misuse* en la normativa estadounidense⁸⁷. De hecho, en algunos países como Australia o Singapur las normas sobre derechos de autor contienen una lista de características que deben ser consideradas accesorias en los productos y que, por tanto, no pueden dar derecho a sustentar una demanda basada en infracción de derechos de *copyright*⁸⁸. Este tipo de aspectos accesorios suelen ser etiquetas, instrucciones, insignias recogidas en los paquetes, entre otros.

37. Por lo tanto, se podría decir que tras *Kirtsang y Omega v. Costco* existe un cambio de tendencia. Este cambio va en consonancia con el tiempo actual. Es decir, las grandes marcas deben ser conscientes que no sólo pueden beneficiarse de las ventajas que les brinda del libre comercio, las nuevas tecnologías, las modernas infraestructuras, etc. También las empresas deben asumir que hay efectos o situaciones de la globalización que no les beneficien, como puede ser el comercio paralelo. Así, pretender un agotamiento nacional de los derechos de autor hoy en día, cuando fabricar en el extranjero, especialmente en países asiáticos es más que habitual no deja de ser una protección excesiva a favor del titular. De este modo se ha podido ver, como este hecho permitía que algunos lo vieran una oportunidad para restringir las importaciones de sus productos por agentes no autorizados. Esta forma de entender el alcance de los derechos de *copyright* y el *copyright misuse* supone un soplo de aire fresco a favor de que los derechos de *copyright* no se conviertan en instrumentos al servicio de importantes empresas que no quieren dejar ni un resquicio sin controlar de sus redes de distribución. Así, tras estas sentencias en EE.UU. no quiere decir que dejen de existir estas prácticas, sino que, será más complicado justificarlas.

⁸⁵ *Vid.* en el mismo sentido, I. CALBOLI, “The (avoidable) effects...”, p. 173.

⁸⁶ *Lasercomb America Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970, (4th Circuit 1990).

⁸⁷ I. CALBOLI, “The (avoidable) effects...”, pp. 174 y ss.

⁸⁸ *Copyright Act 1968* (Cth) ss. 10 (1), 10 (d), 44C, and 112 (Australia); *Singapore Copyright Act 1987*, §§ 7 (1), 40A (1), 2006 (Singapur). Para un mayor detalle *vid.* M. LAFRANCE, “Avoiding mutant trademarks: a statutory exclusion for copyrighted accessories to parallel imports”, en I. CALBOLI/E. LEE, *Trademark Protection and Territoriality challenges in a Global Economy*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 183-190.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. MÁS ALLÁ DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SURROGACY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: BEYOND THE SPANISH SUPREME COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 18.07.2015 / Aceptado: 22.07.2015

Resumen: La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y en especial el Tribunal Supremo así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real estriba en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras. Mientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH sí que ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, filiación, Conflicto de leyes, Ley aplicable, menores.

Abstract: Surrogacy abroad arises difficult problems concerning filiation or the child. With regard to Spain, surrogacy abroad has provoked the intervention of the Spanish “Dirección General de los Registros y del Notariado”, as well as other courts including the Spanish Supreme Court. Finally, the European Court of Human Rights has also rendered different judgments on the matter. The center of the controversy lies in the scope of the public policy clause when it is invoked against the legal effects in Spain of certificates or foreign judgments on surrogacy. While the Spanish Supreme court preferred to use an old public policy anchored in a strong defense of the Spanish law and the Spanish model of filiation, the ECHR is moving in a completely different direction. The ECHR has defended the individual rights above the authority of the Law. The ECHR has committed itself to the interests of the child and has made clear that the involvement of the public policy exception against the recognition of foreign decisions concerning the filiation of the child born after a surrogacy process should be

reasonable and proportionate. Only in this way the right to privacy and to a personal identity of the child may be guaranteed.

Keywords: surrogacy, Conflicts of law, Applicable Law, human rights, welfare of the child, property.

Sumario: II. Introducción. El *Fertility Tourism*. II. Filiación acreditada en el extranjero y sistema jurídico español. 1. Recorrido judicial y registral. La Dirección General de los Registros y del Notariado, los tribunales de Valencia, el TS y el TEDH. 2. Tres tesis en busca de una solución ajustada a Derecho. A) La tesis legeforista. El Derecho español a la conquista del mundo. B) La tesis de la exigencia de la resolución judicial extranjera. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. a) Puntos clave de la Instrucción. b) Análisis crítico de la Instrucción. C) La tesis de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral. III. Orden público internacional español y filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. 1. Marco legal del orden público internacional español como motivo de denegación de los efectos en España de una filiación acreditada por autoridades extranjeras. 2. La posición del TS español: vulneración del orden público internacional español. A) Aciertos de la STS 6 febrero 2014. B) La vulneración del orden público internacional español según el TS. C) Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español. a) El interés inferior del menor. b) Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica. 3. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el interés del menor obliga a limitar la intervención del orden público internacional. A) El atlante dormido despierta. El TEDH y el Derecho internacional privado. B) Los casos suscitados ante el TEDH: “*Labasee*” y “*Menesson*” (2014) y “*Paradiso e Campanelli*” (2015). C) Doctrina del TEDH y la filiación, establecida en el extranjero, de los niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución. D) La teoría (lo que el TEDH dice) y la práctica (lo que el TEDH hace). V. Conclusiones y reflexión crítica final. Filiación extranjera, gestación por sustitución y orden público internacional español.

I. Introducción. El *Fertility Tourism*

1. La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos¹. Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, indica G. CASSANO, el verdadero concepto de “familia” desde el punto de vista social, moral y legal². No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace décadas estos casos eran conocidos³. Y también ya

¹ Las diversas técnicas médicas para una gestación por sustitución aparecen muy bien expuestas, desde el punto de su repercusión jurídica, en C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell’ giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516. Sobre sus antecedentes, incluso bíblicos, *vid.* muy atinadamente, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637. Aspectos de tipo ético ligados a la práctica médica pueden seguirse, entre otros estudios, en E. BLYTH / A. FARRAND, “Reproductive tourism: a price worth paying for reproductive autonomy?”, *Critical Social Policy*, 2005, n.25, pp. 91-114; 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>. Desde el punto de vista económico las aportaciones revisten el máximo interés. Así, I. LEBOWITZ-DORI, “Womb for Rent: The Future of International Trade in Surrogacy”, *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, n.6, pp. 329-349, explica el fenómeno en términos de “*demand and supply*” en el mercado global del planeta, mientras que A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11, contempla estos casos como el nacimiento de un nuevo mercado que puede ayudar a minorar la crisis económica en España.

² G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1160-1199. También N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306.

³ Ya en los años ochenta del pasado siglo se verificaron los primeros casos de gestación por sustitución (*surrogacy*) (= *vid.* caso *In Re C, (A Minor)* en el Reino Unido, texto en *Family Law Reports*, 1985, p. 846, así como el caso *In The Matter of Baby M*, New Jersey, 1988, texto en www.biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm, con nota de S. SANGER, *Harvard Journal*

desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución⁴. Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales.

2. Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la cuestión desde hace unos años y, especialmente, en España.

Ciertos autores coinciden con el criterio legal vigente en Derecho español, que, como es ampliamente sabido, indica que estos contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)⁵ y que el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz (art. 10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Estos especialistas no ven razón alguna para cambiar el criterio legal vigente en España. Aluden al hecho de que, desde su punto de vista, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares⁶.

Otros especialistas entienden, por el contrario, que dicha prohibición ha quedado desfasada por la realidad social y que, en consecuencia, debe ser derogada y superada. En esta línea, son numerosos los expertos de Derecho civil que afirman que la Ley española debe admitir la gestación por sustitución, al menos en ciertos casos. En suma, estos especialistas han puesto de relieve que el Derecho español debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos así como la filiación de los nacidos en relación con los comitentes (= “*intended parents*”) y no con la madre que da a luz⁷. Claro que a partir de aquí se abre la caja de Pandora y la doctrina civilista, con la mejor de las intenciones, entra con gran frecuencia en auténticos ejercicios de “legefereñismo”, esto es, en la formulación de consejos dirigidos al legislador en los que se le dice a éste “qué es lo que tiene que hacer”⁸.

of Law and Gender, 2007, pp. 67-71), como ilustra M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173.

⁴ Vid. en España, la temprana obra de M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGUE BENEGUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994. Desde el punto de vista del paradigma contractual, vid. pionero, I. DAVIES, “Contracts to bear children”, *Journal of Medical Ethics*, 1985, vol. 11, pp. 61-65.

⁵ BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

⁶ Vid. *ad ex.*, M.A. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Tribuna, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 1-99; L. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, N° 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2.

⁷ M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; 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). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4.

⁸ M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; 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”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7. A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; 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*, N° 7608, sección Doctrina, 11 abril 2011, año XXXII, pp. 1-6; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, N° 7815, sección Doctrina, 9 marzo 2012, año XXXIII, pp. 8-12; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por

3. Desde la perspectiva del DIPr. el análisis de las cuestiones que plantea la gestación por sustitución suscita tres reflexiones preliminares, bien remarcadas por L. BRUNET⁹.

4. En primer término, debe ponerse de relieve que los conflictos de Leyes son muy acusados en esta materia, tal y como se percibe en el acabado estudio de K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT¹⁰. Se observan, en efecto, indica E. LAMM, unas muy profundas divergencias de regulación legal de Estado a Estado¹¹. En efecto, estas diferencias regulativas se aprecian de manera muy significativa en el campo del Derecho privado y en relación, en concreto, con dos cuestiones de capital importancia: (i) la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución y (ii) la licitud de los contratos de gestación por sustitución. Además, existen Estados plurilegislativos que cuentan con normativas de signo diverso y contrario sobre la cuestión, como es el caso de los EE.UU. Por otra parte, precisa H. FULCHIRON, la diversidad de legislaciones es muy acusada incluso entre los países miembros del Consejo de Europa y entre los Estados miembros de la UE¹². En suma, desde el punto de vista de las tendencias regulatorias, pueden distinguirse, con A. DURÁN AYAGO y L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, dos grupos de Estados¹³.

Un primer grupo de Estados consideran, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, que los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los comitentes o “*intended parents*” (= sujetos que encargan la gestación por sustitución) y que, en general, estos contratos de gestación por sustitución son válidos y obligan a las partes. En este primer grupo de Estados pueden incluirse Rusia (arts. 51-52 Código de Familia y art. 16 Ley del Estado civil), el Reino Unido (*Human Fertilisation and Embryology Act* 1990), Escocia, State of California, Arkansas, North Dakota, Virginia, Nevada, Grecia (Ley de 19 diciembre 2002), Ucrania (art. 123 Código de Familia), Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, etc. Debe aclararse que en la legislación británica no se admite directamente la filiación del nacido en relación con sus “*intended parents*” sino que la Ley permite una “transferencia de paternidad” en favor de tales sujetos una vez producido el nacimiento¹⁴. En los países que admiten estos contratos de gestación por sustitución y atribuyen la filiación a los comitentes, esta técnica de reproducción humana asistida puede perseguir distintas finalidades que da lugar a los tres grandes modelos ampliamente conocidos al respecto, muy bien expuestos por H. FULCHIRON¹⁵.

Un segundo grupo de Estados entienden que el nacido es, ante la Ley, hijo, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los comitentes (“*intended parents*”) y que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y carecen de efecto legal alguno. En este grupo de Estados, bien analizados por L. SCOTTI, se encuentran, entre otros muchos países, Alemania, Noruega, Bulgaria, Québec, Portugal, China, Italia, Francia, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y, como se ha indicado, España¹⁶. En efecto, el art. 10.1 Ley

encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, Nº 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11.

⁹ L. BRUNET, «La globalisation internationale de la gestation pour autrui», *Travail, genre et société*, 2012, n. 28, pp. 199-205.

¹⁰ K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT (EDS.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

¹¹ E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, Nº 3/2012, pp. 1-49.

¹² H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. p. 566.

¹³ Muy bien sistematizados por 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. pp. 277-283. También L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 39-42.

¹⁴ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, nº 3, 2009, pp. 589-604, esp. pp. 590-591.

¹⁵ H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

¹⁶ L. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, <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>. Muy bien sistematizados por H. FULCHIRON, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-569.

14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida indica que la “madre” de los nacidos será la mujer que da a luz al hijo, no la que contrata a dicha mujer que da a luz, pues “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2 Ley 14/2006). El art. 10.1 de la misma ley establece que será “*nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Otros Estados carecen de toda legislación al respecto, pero ante dicho silencio legal, la práctica se muestra contraria a los efectos legales de estos contratos y a la filiación de estos nacidos en relación con sus “*intended parents*”.

5. En segundo término, debe ponerse de relieve que la diferente regulación jurídica de la gestación por sustitución en los distintos Estados provoca, de manera inevitable, que las prácticas de estas técnicas de reproducción humana se internacionalicen. Las personas que residen habitualmente en países con legislaciones restrictivas al respecto tienden a acudir a países con legislaciones más abiertas sobre el particular. Desde el punto de vista jurídico, apunta S. MORTAZAVI, la gestación por sustitución es casi siempre “*internacional*”¹⁷. Por ello, debe aclararse que no es apropiado enfocar el estudio y análisis de la gestación por sustitución en los casos internacionales desde las normas de Derecho Civil español. Más bien al contrario, debe seguirse una óptica estricta de Derecho internacional privado que arranca de las normas legales de Derecho internacional privado aplicables en España, ya sean normas de Derecho de la UE o normas de Derecho español. La proyección y aplicación directa, a los casos internacionales, de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente impropio y constituye un error metodológico de envergadura que debe evitarse del modo más radical si no se quieren alcanzar conclusiones equivocadas.

6. En tercer lugar, el campo de estudio del Derecho internacional privado debe ceñirse, naturalmente, a los supuestos internacionales de gestación por sustitución (= “*casos con elementos extranjeros*”). En general, los casos más frecuentes son los que se verifican cuando numerosos ciudadanos con residencia habitual en un Estado, como España, cuya legislación es restrictiva sobre el particular se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución y que consideran que el menor nacido tras estas técnicas es, legalmente, “*hijo*” de los comitentes, sea de quien sea el material genético aportado. En tales Estados, los comitentes contratan a la “*madre sustituta*” / “*mujer gestante*” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indica que dicho menor es, en efecto, “*hijo*” de las personas que contrataron a la madre sustituta, y no de ésta. Bienvenidos al *Fertility Tourism*, -también llamado, de forma políticamente más correcta, “*Cross-border reproductive care*” (CBRC)-, un fenómeno que sólo debe y puede ser abordado con arreglo a los valores, normas y principios del Derecho internacional privado¹⁸. Las aportaciones de la doctrina española sobre los aspectos problemáticos de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado son ya muy abundantes¹⁹.

¹⁷ S. MORTAZAVI, “It Takes a Village To Make a Child. Creating a Guidelines on International Surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2012, pp. 2250-2290, (<http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>).

¹⁸ J. COLLINS, “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, 2010, vol. 94, pp. 25-26; H. FULCHIRON, “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. p. 589; 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 272; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. pp. 148-149.

¹⁹ *Vid.* entre otros muchos, M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *Id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BELFUSSE Y 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, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (<http://dehesa.unex>).

También deben tenerse presentes las obras y los estudios, ya absolutamente inabarcables, que la doctrina española de Derecho civil ha dedicado estas cuestiones²⁰. Y las contribuciones en otros países

es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1); L. BONILLO GARRIDO “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, Nº 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306; A.-L. 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*, 2009-II, pp. 294-319; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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, pp. 247-262; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 299-333, esp. pp. 315-331; G.J. 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”. *Diario La Ley*, Nº 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12; J. CERDÁ 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”, *Abogados de Familia*, nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; A. DURÁN AYA-GO, “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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308; J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIP*, Nº. 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604; 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.com*, enero 2010; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014); J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, nº 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>; M.L. DE LA IGLESIA MONGE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, 2001, pp. 1611-1797; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329; 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 español”, *RCDI*, núm. 731, pp. 1363-1391; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; Id., “Inscripción de la filiación conformada en el extranjero a favor de españoles a través de maternidad de sustitución: Nota a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; Id., “Maternidad de sustitución: Nota a la Sentencia JPI nº 15 de Valencia, de 15 de octubre de 2010”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078; Id., “Nota la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *REDI*, 2010, pp. 264-266; Id., “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637; M.A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014, pp. 9-44; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*; C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012; J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

²⁰ *Inter alia*, R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, n. 8, diciembre 2010, pp.

son extraordinariamente cuantiosas, lo que da una idea de la envergadura de estos fenómenos y de su repercusión teórica y práctica²¹.

25-37, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; M.R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 6, 2011, pp. 127-146; M.P. FERRER VANRELL, “Comentario al artículo 10”, en E. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159-166; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899); T. HUALDE MANSO, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, n.10, BIB 2012/132; M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381; M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGUE BENEIGU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El notario del siglo XXI*, sept. - oct. 2009 n. 27, versión *on line*; L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, *diario La Ley*, 27 mayo 2015, pp. 1-10; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, n° 34, pp. 45-50; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4; M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002; F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015); S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html); E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2011, pp. 11-14; M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A. SALAS CARCELLER, “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946; A. SEIJAS QUINTANA, “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Comentarios de Jurisprudencia, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 8-10; A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; 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. 1-2.; 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*, n° 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; 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”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; 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). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15.

²¹ Las aportaciones de la doctrina comparada son incontables. *Vid.* entre otros muchos, S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cass. Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 577-586; S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629; L. BRUNET, “La globalisation internationale de la gestation pour autrui”, *Travail, genre et société*, 2012, n. 28, pp. 199-205; C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, 2009, pp. 589-604; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo del giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516; C. CAMPIGLIO, “La filiazione nel diritto internazionale privato”, en P. ZANTI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 2, Giuffrè Ed., Milano, 2012, pp. 733-763; G. CASSANO, “Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, pp. 1160-1199; M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69; G. CUNIBERTI, “Nota a la Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octobre 2007

II. Filiación acreditada en el extranjero y sistema jurídico español

7. La cuestión jurídica por excelencia que surge en estos casos es, desde un estricto enfoque de DIPr., la precisión de la filiación en el orden jurídico español de los menores nacidos en otro país tras una gestación por sustitución. En efecto, tales menores son considerados en ese otro país como “hijos” de los comitentes, lo que contrasta con la postura radical en contrario que existe en España en relación con estos contratos y con la regla de “filiación en favor de la madre gestante” (= “es madre la que pare”)²². Se trata éste de un tema de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis. Estas tres tesis han sido defendidas por diferentes órganos judiciales y administrativos españoles así como por autores diversos. Conviene, pues, recordar cuáles son estas tesis y también apropiado resulta tratar de dejar claro cuál de ellas es la más correcta en el sistema legal jurídico español.

1. Recorrido judicial y registral. La Dirección General de los Registros y del Notariado, los tribunales de Valencia, el TS y el TEDH.

8. Diversos actores jurídicos se han pronunciado sobre esta compleja cuestión. Es preciso, por ello, poner *aufs Tapet* el recorrido básico de los casos registrales y judiciales más importantes que han tenido lugar en España o que pueden influir en la solución jurídica de estos casos en España²³.

9. En primer lugar, debe destacarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009. Esta RDGRN 18 febrero 2009 se pronunció en relación con el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución. La DGRN consideró que dicha certificación registral podía operar como título para la inscripción en el Registro Civil español, que no hacía falta una sentencia judicial sobre la filiación de tales menores y que el orden público internacional español no impedía los efectos jurídicos de la filiación californiana en España. La DGRN ordenó practicar la inscripción registral.

[gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153; F. CHÉNÉDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802; M. DISTEFANO, «Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre», *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173; M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA», *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>); C. FENTON-GLYNN, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10,2014-1, pp. 157-169; H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. Cour Cass Francia 13 septiembre 2013», *JDI Clunet*, 2014, pp. 133-148; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281; P. HAMMJE, «Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013», *RCDIP*, 2013, pp. 909-915; P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331; E. LAMM, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, Nº 3/2012, pp. 1-49; B. LURGER, «The Austrian choice of law rules in cases of surrogate motherhood abroad – the best interest of the child between recognition, European human rights and the Austrian prohibition of surrogate motherhood», *IPRax*, 2013-III, pp. 282-289; C. MAYER, «Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)», *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63; L. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, pp. 267-289, <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>; M. SESTA, «La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale», *Il Corriere giuridico*, 4, 2002, pp. 488-495; S. TONOLO, «Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni», *RDI*, 2014, pp. 1123-1147; S. TONOLO, «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», *RDIPP*, 2014, pp. 81-104; K. TRIMMINGS / P. BEAUMONT (Eds.), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

²² P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

²³ 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. pp. 292-295; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 8-12.

10. En segundo lugar, intervino, a instancias del Ministerio Fiscal, el juzgado de primera Instancia núm. 15 de Valencia mediante sentencia dictada el 15 septiembre 2010, que fue confirmada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011. Ambas sentencias estimaron que la citada RDGRN 18 febrero 2009 era nula y así lo declararon. Entendió la AP de Valencia que debía aplicarse el art. 10 Ley 14/2006 y que, por tanto, el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho y que la filiación debía corresponder a la mujer que dio a luz. En suma, los tribunales valencianos estimaron que la certificación registral californiana no podía surtir efectos jurídicos en España porque no se ajustaba al art. 10 Ley 14/2006. La abogacía del Estado, que representaba a la DGRN en estos procesos, no parece que desarrollara un papel muy beligerante en la defensa de la posición de la DGRN²⁴. En estos procesos del Estado español (= Ministerio Fiscal) contra el Estado español (= DGRN) ganó, lógicamente, el Estado español y en concreto, la posición defendida por el Ministerio Fiscal.

11. En tercer lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado volvió a pronunciarse sobre la gestación por sustitución en los casos internacionales a través de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²⁵. En la misma, la DGRN indicó que era posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como había sido acreditada en el extranjero. Para ello era preciso, según la citada Instrucción DGRN, presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación y que se comprobase que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad y que quedase claro que el menor no había sido objeto de comercio. Esta instrucción produjo un impacto inmediato, muy positivo, en la práctica registral cotidiana de las autoridades españolas.

12. En cuarto lugar, entró en escena el TS, que resolvió el recurso de casación presentado contra la citada sentencia dictada por la AP de Valencia. De manera sintética, conviene recordar que la STS 6 febrero 2014 sostuvo lo siguiente: (i) Que la cuestión no podía resolverse mediante la aplicación pura y simple del Derecho español, esto es, del citado art. 10 de la Ley 14/2006; (ii) Que tampoco era aplicable el art. 9.4 CC, según el cual la filiación se rige por la Ley nacional del hijo; (iii) Que no hacía falta ninguna sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución; (iv) Que el único requisito que se exigía para aceptar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de estos menores contenida en el acta registral extranjera, consistía en acreditar que la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. El TS entendió que sí lo vulneraba y denegó los efectos jurídicos en España de dicha certificación registral extranjera. Esto es, visto que, a juicio del TS, la resolución o acta registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de sus comitentes con arreglo al Derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, dicha resolución registral no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español.

13. En quinto lugar, tomó a palabra el TEDH de modo decidido a través de tres sentencias: (i) STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; (ii) STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*; (iii) STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. Ninguno de estos casos tiene relación directa con España. Sin embargo, su incidencia en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España desde el punto de vista del DIPr. es innegable. Prueba de ello es que el ATS 2 febrero 2015 se refiere a estos tres casos al resolver un recurso por nulidad de actuaciones en el marco del anterior recurso de casación. También se refiere a los casos fallados por el TEDH el ATS 11 marzo 2015, un auto dictado para subsanar errores materiales en el anterior ATS 2 febrero 2015.

En las citadas sentencias, el TEDH viene a concluir que la certificación registral expedida por autoridades de un Estado en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe

²⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 8-12.

²⁵ BOE núm. 243 de 7 octubre 2010.

siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (= CEDH 1950)²⁶. La razón es que sólo con dichos efectos jurídicos se garantiza el respeto al “derecho a la vida privada” de los menores. De modo adicional, subraya el TEDH que muchas veces es también necesario conceder tales efectos para proteger así el “derecho a la vida familiar” de los menores y de sus comitentes, pues todos ellos constituyen una “familia *de facto*” que tiene derecho a ser protegida. En definitiva, el TEDH indica que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino.

2. Tres tesis en busca de una solución ajustada a Derecho.

14. Como se ha puesto de relieve *supra*, la doctrina, la DGRN, el TS y el TEDH han sostenido tres tesis diferentes sobre los efectos legales en España de la filiación legalmente acreditada en otro Estado en relación con los menores nacidos en otro país en virtud de gestación por sustitución. Conviene ahora proceder al examen y valoración de cada una de estas tres tesis para ponderar sus defectos y virtudes y averiguar cuál de ellas encaja mejor con los principios y valores que presiden el sistema jurídico europeo y español.

A) La tesis legeforista. El Derecho español a la conquista del mundo.

15. Algunos estudiosos del tema opinan que la filiación de estos menores debe determinarse, en todo caso, con arreglo al Derecho sustantivo español. Debe aplicarse, siempre, el art. 10.1 Ley 14/2006, de modo que la madre del nacido mediante gestación por sustitución es siempre la mujer que da a luz.

16. Esta tesis legeforista (= se aplica el Derecho sustantivo español aunque la filiación se haya determinado en otro país) se basa en los siguientes argumentos.

1º) *El argumento de la negación del carácter de “decisión” en relación con el documento registral extranjero en el que consta la filiación del nacido en otro país.* El documento registral extranjero, advierten estos autores, no es una “decisión” extranjera. No es más que un mero soporte documental en el que constan “hechos”. Una vez ante el Registro Civil español, dicho documento registral extranjero debe ser calificado por el Encargado del Registro Civil español, que debe comprobar la “realidad del hecho” y la “legalidad” del mismo. Por tanto, según estos expertos, la determinación de la filiación para el Derecho español, de estos menores, constituye una cuestión de “Derecho aplicable” a la filiación y no una cuestión de validez en España de una “decisión (registral) extranjera” sobre filiación del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución.

2º) *El argumento de la consideración de las normas españolas que determinan la filiación en casos de gestación por sustitución como “normas internacionalmente imperativas”.* Al negar que la precisión de la filiación de estos menores constituya una cuestión de validez en España de “decisiones extranjeras”, podría parecer que los valedores de esta primera tesis colocan la solución de la cuestión en manos de las normas de DIPr. que señalan la Ley aplicable a la filiación en los procesos declarativos (= procesos de cognición y no de reconocimiento de decisiones extranjeras). Pues no. Impresión errónea. Nada es lo que parece. Los defensores de esta primera tesis indican, en realidad, que la Ley aplicable a la filiación discutida no se fija a través del art. 9.4 CC (= norma de conflicto española que determina la Ley aplicable a la filiación en los procesos cognitivos), sino que debe aplicarse, en todo caso, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Los adalides de esta tesis subrayan que el art. 10 Ley 14/2006 citado es una “norma material imperativa” que debe aplicarse en todos los casos, nacionales e internacionales, que se susciten ante los tribunales y autoridades espa-

²⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979).

ñolas. Indican que esta norma defiende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. Por ello, según ellos, resulta indispensable, forzoso, necesario y obligatorio aplicar dicha norma jurídica a todo supuesto, nacional o internacional, de determinación de filiación en los casos de filiación por sustitución que surjan ante las autoridades españolas. La norma de conflicto española (art. 9.4 CC) debe ignorarse y dejar paso a la aplicación necesaria de este art. 10.1 Ley 14/2006²⁷. Ciertos autores ni siquiera otorgan a este art. 10.1 Ley 14/2006 la calificación de “norma internacionalmente imperativa” sino que se limitan a afirmar que no se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación acreditada en el extranjero porque, simplemente, es “contraria a la legislación española”²⁸.

3º) *El argumento de la lucha contra el fraude*. Los valedores de esta tesis subrayan que, normalmente, en estos casos se produce un “fraude de Ley general” (art. 6.4 CC). Los españoles, se dice, se trasladan al extranjero con el único objetivo de sortear la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 y de lograr, así, una concreta filiación del menor a su favor. Se trata, pues, de un fraude de Ley que debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, norma legal que se trató de eludir, pues “[l]os 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).

17. En suma, para los defensores de esta tesis, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al menor. Los sujetos que contrataron a dicha mujer no son, para el Derecho español, los padres del nacido, diga lo que diga la certificación registral extranjera y el Derecho extranjero del país donde el menor ha nacido.

18. Esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por ciertos internacionalprivatistas españoles (J.M. ESPINAR VICENTE)²⁹. También ha sido defendida por una muy nutrida pléyade de expertos en Derecho civil español (C. LASARTE ÁLVAREZ, E. FARNÓS AMORÓS, A.J. VELA SÁNCHEZ, etc.)³⁰. Esta tesis ha sido

²⁷ Muy bien explicado por L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. pp. 12-14.

²⁸ S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012, pp. 1-8, esp. p. 5.

²⁹ J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIP*, Nº. 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604.

³⁰ *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; 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.com*, enero 2010; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; 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. 1-2.; 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*, nº 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, Nº 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; 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”, *Diario La Ley*, Nº 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, Nº 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior 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, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, Nº 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J.

también apoyada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011 que anuló la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]. En general, debe ponerse de relieve que la magistratura española sigue esta tesis quizás también porque es una tesis simple: se aplica el Derecho sustantivo español a todo supuesto internacional y no hay que complicar la argumentación con la aplicación de un Derecho extranjero y/o con los efectos en España de una certificación registral extranjera. La Ley española lo resuelve todo (S. SALVADOR GUTIÉRREZ)³¹. Basta repasar de modo somero las afirmaciones de la citada SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011. En efecto, la AP de Valencia indicó que: (i) El contrato de gestación por sustitución era nulo por aplicación del Derecho sustantivo español; (ii) Es aplicable el art. 10 Ley 14/2006 y la filiación materna corresponde siempre a la mujer que dio a luz; (iii) La filiación establecida por las autoridades norteamericanas no puede surtir efectos legales en España por los dos motivos anteriores y porque los sujetos españoles que contrataron a la gestante operaron en “fraude a la Ley”, al trasladarse a California con la única intención de lograr que la resolución norteamericana relativa a la filiación del menor surtiera efectos legales en España.

19. Esta tesis, sin embargo, es incorrecta. No encaja con la regulación positiva de DIPr. aplicable en España. También conviene recordar que esta tesis no ha sido seguida en ningún momento ni por la DGRN ni por el TS ni por el TEDH. En efecto, esta tesis incurre en una serie relevante de errores y por ello debe ser rechazada.

20. a) Primer error: considerar que el acta o certificación registral extranjera no es una “decisión” adoptada por una autoridad extranjera. En esos casos no se trata de determinar la filiación del menor nacido en el extranjero en virtud de gestación por sustitución. Se trata de decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero e inscrita en un Registro civil extranjero debe aceptarse o no en España y acceder o no al Registro civil español. No surge ningún “problema de cognición” en el que haya que precisarse la filiación del menor. Surge, por el contrario, un problema de efectos extraterritoriales de decisiones extranjeras en España. El menor ya tiene una filiación. Una filiación otorgada legalmente por autoridades extranjeras. Se trata ahora, simplemente, de decidir si la filiación legalmente asignada por autoridades extranjeras debe y/o puede hacerse constar igualmente en los Registros españoles.

La filiación determinada en un Registro civil extranjero no es un mero “hecho”. En efecto, cuando una autoridad pública extranjera inscribe, en un Registro Público extranjero, el nacimiento de un menor y su correspondiente filiación, no sólo hace constar “hechos”. Hace constar, en realidad “hechos calificados jurídicamente” por dicha autoridad. Hechos que comportan consecuencias legales jurídicas de extraordinaria relevancia. El funcionario del Registro civil extranjero no inscribe el mero hecho de que, por ejemplo, “ha nacido un varón en el hospital X de la ciudad Y, cuyos progenitores son A y B”, sino que inscribe que “ha nacido un varón en el hospital X de la ciudad Y, cuyos padres ante la Ley son A y B”. El funcionario del registro civil extranjero realiza una operación jurídica de primera magnitud, pues hace constar en el registro civil local la filiación del nacido según las normas jurídicas aplicables en dicho país. Así, por ejemplo, el Encargado de un Registro Civil extranjero puede inscribir que ha nacido un varón en el hospital W de la ciudad Z, cuyos padres ante la Ley son las mujeres A y B, porque A es la madre que ha dado a luz y B la esposa de dicha mujer. Es evidente que el funcionario adopta una “decisión jurídica” y que inscribe, precisamente, un hecho con su previa calificación jurídica. En consecuencia, la filiación determinada en un Registro civil extranjero constituye una auténtica “decisión” acordada por una autoridad registral (pública) extranjera. El Registro civil extranjero refleja dicha decisión. Como es natural, los hechos inscritos en el Registro civil español y que constan en una certificación registral extranjera no reflejan una verdad jurídica plena. Tales hechos inscritos en el Registro Civil español se prueban, efectivamente, a través de su inscripción en el Registro civil y se presumen válidos. Ahora bien, tales hechos no reflejan una verdad jurídica inamovible ni matemática. Tales hechos y su inscripción registral pueden

VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, Nº 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16.

³¹ S. SALVADOR GUTIÉRREZ. “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012.

ser impugnados ante los tribunales (arts. 2 y 3 LRC)³². De ese modo, una filiación que consta en acta registral extranjera y que accede al Registro Civil español puede ser perfectamente impugnada ante los tribunales por cualquier motivo establecido en la Ley. Por ejemplo, tras haberse practicado las correspondientes pruebas de ADN. Con arreglo a lo anterior, los arts. 81 y 85 RRC regulan el acceso al Registro Civil español de los hechos y situaciones jurídicas que constan en un documento público extranjero, como un acta registral, y no su “reconocimiento” en el sentido técnico-procesal del término. Por eso la inscripción en el Registro civil español de un acta registral extranjera no produce ningún efecto de cosa juzgada, como sí lo produce, por el contrario, el reconocimiento judicial de una sentencia extranjera dictada en un procedimiento contencioso de filiación. En realidad, los arts. 81 y 85 RRC no regulan ningún “reconocimiento” en el sentido técnico jurídico del término (= procedimiento que dota a la resolución extranjera de los típicos efectos procesales y, en especial, del efecto de “cosa juzgada”). Como es natural, tales preceptos no mencionan, en ningún momento, el término “reconocimiento”. Los preceptos citados se refieren a “practicar inscripción en virtud de certificación de Registro extranjero”, pese a lo sostenido por ciertos autores³³. Como muy bien subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español no supone “reconocimiento” en España de la misma, por más que la inscripción en el Registro civil posea una importancia práctica muy elevada³⁴.

Por tanto, esta tesis (= “tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español”) está construida sobre un error clarísimo. El error consiste en no percibir que estos casos plantean una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” y no una cuestión de Derecho aplicable a la filiación³⁵. Esta tesis arranca del prejuicio, obsoleto y superado, de que sólo las “sentencias extranjeras” son “decisiones extranjeras”, lo que, evidentemente no es así, pues el DIPr. español dispone de cauces para dar efectos jurídicos en España a decisiones pronunciadas por autoridades extranjeras que no son “sentencias judiciales” (*vid.* arts. 81-83 RRC, por ejemplo). Tras haber cometido este primer error de enfoque jurídico, los defensores de esta tesis perseveran en su desacierto al creer que estos casos deben resolverse mediante las “normas que determinan el Derecho aplicable” en DIPr. español, lo que, como se ha visto, no es correcto. El mismo TS ha corroborado sin ambages el palmario error de este enfoque³⁶.

Esta tesis ignora y desdeña la intervención del funcionario registral extranjero. La reduce a la nada. Para esta tesis, lo que consta en el documento público registral extranjero tiene el mismo valor jurídico que lo que consta en una mera y simple certificación expedida por un hospital en la que se refleja el nacimiento de una persona: son “puros y meros hechos”. Es evidente que, si esto fuera así, los arts. 81 y 83 RRC no existirían. Sin embargo, tales preceptos existen y se ocupan de posibilidad de aceptar la inscripción en el Registro Civil español los hechos jurídicos que constan en documentos públicos extranjeros y certificaciones registrales extranjeras. El art. 23 LRC debe ser interpretado en esta misma clave. Es decir, la certificación registral extranjera debe ajustarse a la legalidad española, y en esos casos, la legalidad española está representada por los arts. 81 y 83 RRC y por el ajuste de la certificación

³² Art. 2 LRC: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”. Art. 3 LRC: “No podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente”.

³³ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637, esp. p. 626; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (COORDS.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516.

³⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y 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, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 79.

³⁵ Es el caso de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 7ª ed., 2013, p. 459.

³⁶ STS 6 febrero 2014, FD 3.2: “La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento (...) Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”.

extranjera al orden público internacional español en el marco de dichos preceptos³⁷. El art. 23 LRC no significa que todos los actos que afectan al estado civil y que deben acceder al Registro Civil español deben ajustarse a la Ley material española³⁸. Si ello fuera así, sería imposible, por ejemplo, que un matrimonio válidamente contraído en el extranjero en la forma local accediera al Registro Civil español, lo que además de ser absurdo, es contrario a la Ley (*vid.* art. 49 CC).

21. b) Segundo error: otorgar al art. 10 Ley 14/2006 un ámbito de aplicación espacial universal. En realidad, al suscitar problemas de “reconocimiento de decisiones” y no cuestiones relativas a la “declaración de la filiación”, no es aplicable ninguna de las normas españolas que regulan la determinación de la filiación en los procesos declarativos o cognitivos. El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable en estos casos. Sin embargo, como un error conduce inexorablemente a otro error (“*Fallacia alia aliam trudit*”, Terencio, *Andria*, 778-779), resulta que estos autores invocan la aplicación de dicho precepto a estos casos y no sólo eso: creen que el citado artículo presenta un ámbito de aplicación universal, que se aplica en todos los casos posibles e imaginables, nacionales e internacionales.

Conviene recordar que el legislador no ha establecido un ámbito de aplicación en el espacio de la regla de asignación de la filiación recogida en el art. 10 Ley 14/2006 en favor de la mujer que da a luz³⁹. Dicho precepto no indica que “esta prohibición se aplicará con independencia de la nacionalidad, residencia y país de nacimiento del menor y/o de sus comitentes o de la mujer gestante”. El precepto citado es una norma de Derecho civil que se aplica a los casos que no presentan elementos extranjeros (= casos “meramente internos”) y también a los casos que sí contienen elementos extranjeros pero que resultan regulados por la Ley española debido a la nacionalidad española del (presunto) hijo en virtud del art. 9.4 CC. Estos autores ignoran de modo palmario el art. 9.4 CC (= que establece cuál es la Ley estatal aplicable a la filiación en los casos internacionales), y se inventan el ámbito de aplicación en el espacio del art. 10 Ley 14/2006 contra la voluntad del legislador, que nada dispone al respecto. Muy al contrario, y como expone S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, este precepto no constituye una norma internacionalmente imperativa⁴⁰. Para demostrar que el precepto no está dotado de una imperatividad radical en términos de DIPr. basta recordar dos datos. En primer término, como ya se ha avanzado, el precepto carece de un indicador espacial que proclame su propia aplicación a los casos internacionales de filiación y gestación por sustitución. Y en segundo lugar, observa J.M. DE TORRES PEREA que el art. 10.3 Ley 14/2006 permite que los nacidos tras una gestación subrogada puedan ser inscritos como hijos de un comitente⁴¹. En efecto, un varón comitente puede contratar con una mujer para que ésta geste a su hijo genético. Tras el nacimiento, el varón puede reclamar la filiación del nacido, que será inscrito como su hijo en el Registro civil español. El contrato de gestación por sustitución ha surtido su efecto⁴². Por otra parte, aunque según la legislación española este contrato sea nulo, no se establece ninguna sanción legal para los sujetos que intervienen en estos contratos⁴³. Visto que el art. 10 Ley 14/2006 admite los efec-

³⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 157.

³⁸ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

³⁹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 43.

⁴⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y 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, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 84.

⁴¹ Art. 10.3 Ley 14/2006: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁴² J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

⁴³ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad

tos legales de una gestación por sustitución, puede afirmarse que el precepto citado no constituye una “norma de policía” porque su observancia no resulta “*crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado*”⁴⁴. Si así lo fuera, no habría excepción posible. Y la hay. Esta tesis es, por ello, una tesis *contra legem* fruto de la febril imaginación nacionalista y de la irrefrenable tendencia legefórista de ciertos autores. Autores que creen, en su fuero interno, que el Derecho español es el más perfecto del mundo y que por ello debe ser aplicado en todos los casos que se planteen ante las autoridades españolas incluso aunque la cuestión no sea determinar la filiación del menor, que no lo es, sino decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero debe aceptarse o no en España. Tras ello, naturalmente, como bien apunta G. PENNINGS, latan argumentos no jurídicos que persiguen la imposición de una determinada moral a través del inapropiado cauce del Derecho⁴⁵.

Como consecuencia de lo anterior, estos estudiosos convierten al Derecho español en un “Derecho imperialista”. Es, para ellos, un Derecho aplicable, diga lo que diga el legislador, a todo caso que se suscite ante autoridades españolas, ya tenga muchos o pocos elementos de vinculación con España. Para estos autores, eso da igual: el Derecho español se aplica siempre (= legefórista en estado puro), lo que atenta contra la más elemental seguridad jurídica. En suma, y frente a lo anterior, debe recordarse que el art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando el Derecho español rige la cuestión *ex art. 9.4 CC* y además, sólo es aplicable, exclusivamente, cuando la cuestión planteada sea una cuestión de determinación de la filiación de una persona nacida tras una gestación por sustitución (= cuestión de “Derecho aplicable”). No es aplicable cuando se trata de precisar si una filiación ya determinada en un Estado extranjero puede ser “importada” con destino a España (= cuestión de validez extraterritorial de decisiones).

B) La tesis de la exigencia de la resolución judicial extranjera. La Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

a) Puntos clave de la Instrucción

22. Otros expertos han indicado que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como ha sido acreditada por autoridades de otros países y tal y como consta en un Registro civil extranjero. Para ello, indican, es preciso que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio.

23. Ésta es la tesis que sigue la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243 de 7 octubre 2010). Debido a la citada Instrucción, esta tesis ha sido observada con religiosa fidelidad por los Registros Civiles españoles y a la que hay que atenerse en la práctica todavía hoy día (mayo 2015) si se desea que la filiación determinada en el extranjero en relación con los nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución, conste en el mismo sentido en el Registro Civil español. La DGRN abandonó así la tesis que mantuvo en su RDGRN 18 febrero 2009 y cambió de criterio.

subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, Indret.com, enero 2010; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; Id., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y 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, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2012.

⁴⁴ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 160.

⁴⁵ G. PENNINGS, “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, *Journal of Medical Ethics*, 2002, n. 28, pp. 337-341.

24. Debe recordarse que tal y como ha indicado la Consulta DGRN 11 julio 2014, esta instrucción de 5 octubre 2010 sigue en perfecto estado de vigencia⁴⁶. No ha sido, en absoluto, derogada por la STS 6 febrero 2014 y ello por dos razones.

En primer lugar, por una razón estrictamente formal. Debe recordarse que una sola sentencia del TS no crea jurisprudencia, por lo que no existe jurisprudencia que pueda ser empleada como “complemento” del sistema legal. Debe igualmente recordarse que los tribunales no pueden derogar normas legales salvo en los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico y no es el caso, naturalmente. Compete al legislador el cambio normativo, las derogaciones y la elaboración de nuevas normas legales.

En segundo lugar, por una razón procesal, ya que el objeto del proceso en el caso de la STS 6 febrero 2014 no coincide con el objeto que persigue regular la Instrucción DGRN 5 octubre 2010, lo que debe combinarse con el alcance estrictamente singular, ceñido al caso concreto, que presenta toda intervención del orden público internacional. En efecto, la instrucción DGRN 5 octubre 2010 sólo regula el acceso al Registro Civiles español de sentencias y otras resoluciones judiciales en las que consta la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución en el extranjero y no el acceso de dicha filiación cuando ésta consta en documentos registrales. Por ello, la citada Instrucción está “*plenamente vigente y debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación*” (Consulta DGRN 11 julio 2014). El pleno vigor de la Instrucción se deduce con meridiana claridad de la misma STS 6 febrero 2014, FJ 3, apartado dos, cuyo texto indica: “[c]iertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso”. A favor de dicho vigor se pronuncia la práctica registral española, que continúa aplicando la instrucción tras el 6 febrero 2014, así como cierta doctrina autorizada que subraya la vigencia de dicha Instrucción de la DGRN⁴⁷. En definitiva, la STS 6 febrero 2014 no impide la inscripción del nacimiento del menor, de su nacionalidad y de su nombre. Sólo impide la inscripción de su filiación en el Registro Civil español y ello sólo en los casos en los que deba intervenir el orden público internacional español.

25. Tampoco ha afectado esta STS 6 febrero 2014 a la efectividad de los permisos de maternidad - paternidad en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución, como precisan A. SELMA PENALVA y J. HIERRO HIERRO⁴⁸. En efecto, existe un cuerpo cada vez más nutrido de jurisprudencia que estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pueden disfrutar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación (STSJ Madrid, Social, 23 diciembre 2014 [menor nacido en India], STSJ Asturias, Social, 20 septiembre 2012, STSJ Madrid Social 13 enero 2015 [prestaciones por maternidad], STSJ Madrid, Social, 18 octubre 2012 [nacido en California por gestación por sustitución hijo de dos varones]). Estas sentencias se basan para ello en el 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,

⁴⁶ Se trata de una consulta y no de una instrucción ni de una resolución como ha sido indicado de modo confuso en F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015).

⁴⁷ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. 34; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

⁴⁸ A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899).

cuyo texto indica: “2. *Se considerarán jurídicamente 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 (...)*”. Estima el tribunal que a estas situaciones es equiparable la filiación por naturaleza establecida por resolución extranjera sin que resulte preciso *exequatur* de la misma en España. Desde el punto de vista del Derecho europeo, las STJUE 18 marzo 2014, as. C-167/12 (CD) y as. C-363/12 (Z) han subrayado que la 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 período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Igualmente, han señalado que el art. 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio 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, puesto en relación con el artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de esa Directiva, 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 no constituye una discriminación basada en el sexo. Estas Directivas no se aplican a la situación de la maternidad subrogada y no impiden que un Estado miembro proteja estas situaciones si así se establece en su legislación.

26. A favor de las soluciones aportadas por la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm 243 de 7 octubre 2010), debe subrayarse que ha dado lugar a muy numerosas resoluciones que admiten la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. Ello significa que la Instrucción citada ha resuelto un problema social y legal de cientos de personas atrapadas, hasta entonces, en un laberinto cretense del que parecía no haber salida (RDGRN [1ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [2ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [1ª] 12 diciembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN [5ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [4ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [2ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en India: rechazo de la inscripción], RDGRN [1ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [2ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN [3ª] 9 junio 2011 [gestación por sustitución], RDGRN [1ª] 27 junio 2011 [gestación por sustitución en Chicago], RDGRN [1ª] 3 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN [4ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN [5ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en India: falta de resolución judicial extranjera], RDGRN [6ª] 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos]).

27. Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*” y también proteger “*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*”, especialmente, se persigue “*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*” y también “*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*” de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece lo siguiente.

1º) *Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación.* La DGRN exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, dicha resolución judicial dictada por Tribunal competente ex-

tranjero en la que se determine la filiación del nacido. En consecuencia, y como indica la misma 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. En el fondo, la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 viene a indicar que los títulos registrales extranjeros no son aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España, sino que sólo es título determinante la resolución judicial extranjera. Así, indica la RDGRN [5ª] 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California] que: “[d]ado que, la inscripción practicada en ese Estado de la Unión es mero reflejo de una previa resolución judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos, por lo que el reconocimiento de tal resolución ha de constituir un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación, tal y como estipula el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil” (también RDGRN [4ª] 22 diciembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos]).

2º) *Exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera.* Precisa la DGRN que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, a través del procedimiento contemplado en las normas españolas de producción interna, esto es, en el art. 954 LEC 1881 o normativa que sustituya a este precepto. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.

3º) *Exigencia de reconocimiento incidental.* Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España (RDGRN [2ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos]).

4º) *Extremos a controlar en el reconocimiento incidental.* Cuando el Encargado del Registro Civil español debe controlar, incidentalmente, el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: (a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) Que se hubiesen 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. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (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 quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Estas exigencias persiguen constatar: (a) La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; (b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

5º) *Decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación judicial previo o de reconocimiento incidental registral.* Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro civil español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur* de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si el encargado del Registro estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

b) Análisis crítico de la Instrucción

28. La Instrucción objeto de análisis no ha resuelto satisfactoriamente los problemas jurídicos derivados de la errónea aplicación práctica de la normativa vigente por los Encargados del Registro Civil español. Y no sólo eso. Esta Instrucción ha introducido nuevas exigencias contrarias a la Ley. Diversas críticas generales pueden realizarse en torno al contenido de la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

29. a) Primera crítica. *El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras.* Para que el art. 10 Ley 14/2006 sea aplicable, -algo que la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 toma como presupuesto indiscutible-, debe serlo también, lógicamente, con carácter previo, toda la Ley 14/2006. Y ello sólo ocurrirá si se suscita un “caso declarativo” (= proceso de cognición) que afecta a la filiación de un hijo español (art. 9.4 CC) y no si el hijo es extranjero (= caso en el que se aplica la Ley nacional del hijo y no la Ley española) o si existe una decisión pública extranjera en la que consta ya la filiación del hijo. En este último caso, la cuestión que se suscita no es una cuestión de “Ley aplicable” a la filiación, sino una cuestión de “reconocimiento”, en España, de actas registrales extranjeras. El art. 10 Ley 14/2006 sólo es aplicable cuando la cuestión jurídica suscitada constituye una cuestión de “tutela por declaración”, es decir, cuando se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo”.

30. b) Segunda crítica. *La exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley.* Los arts. 81 y 85 RRC permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como “título válido” para la inscripción en España. Tales preceptos no exigen, a los efectos de la inscripción del hecho en el Registro Civil español, que los funcionarios del Registro Civil extranjero hayan aplicado el Derecho sustantivo español. Tampoco exigen que se haya dictado una “resolución judicial” relativa a la gestación por sustitución. De hecho, cientos de certificaciones registrales de nacimiento y filiación, expedidas por Registros civiles extranjeros se emplean como títulos válidos de la inscripción en el Registro Civil español cada día y a nadie se le ocurre pedir a los solicitantes que aporten una “sentencia judicial”. La certificación registral extranjera es válida en sí como título para la inscripción, pues de modo transparente así lo indica el art. 85 RRC⁴⁹.

Una Instrucción de la DGRN no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros (Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil). Ni tampoco puede vulnerar el art. 9.4 CC, precepto contenido en una norma con rango de Ley ordinaria (art. 1.2 CC). Por lo tanto, esta Instrucción de la DGRN, que exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC para la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento que ya consta en un acta registral extranjera, carece de validez. En definitiva, la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial es una tesis equivocada, pues ignora la existencia y significado de los arts. 81, 83 y 85 RRC, que para algo están.

31. c) Tercera crítica. *Judicialización de la función registral.* Esta exigencia de previa resolución judicial persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro. Éstos quedan exonerados de tener que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en estos casos de gestación por sustitución. Sólo inscribirán tales nacimientos si, previamente, los jueces españoles han otorgado un “reconocimiento” a la resolución judicial extranjera. Sin embargo, esta “judicialización artificial” e innecesaria de los hechos con relieve registral resulta contraria, precisamente, a la

⁴⁹ 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 295: “*Es simple y llanamente equivocar el objetivo. El problema no es que una certificación registral extranjera no pueda acceder al Registro Civil español, sino el procedimiento que debería seguir si el asiento del que da fe está basado en una resolución judicial, en cuyo caso, sería ésta la debería ser objeto de reconocimiento*”.

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 hecho relativo al estado civil de las personas (arts. 2 y 92 LRC). Con esta Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN ha judicializado el Registro Civil en estos casos de gestación por sustitución, lo que perjudica gravemente el cumplimiento de la función primordial de tal Registro. Además, esta Instrucción ha descubierto lo evidente: que una sentencia extranjera puede surtir efectos jurídicos en España si obtiene su reconocimiento a través de los mecanismos legales previstos en el Derecho español. Para ese viaje, las pesadas alforjas contenidas en la Instrucción no eran necesarias.

32. d) Cuarta crítica. Judicialización en el extranjero. Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a “judicializar”, ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el Derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (= pues basta que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).

33. e) Quinta crítica. Requisito de imposible cumplimiento en ciertos casos. Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Puede suceder, en efecto, que en el país extranjero del que se trate, la filiación se acredite, exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad. Países como India no disponen en su ordenamiento jurídico de un procedimiento judicial destinado a acreditar la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución⁵⁰. Los españoles que han acudido a estas técnicas en la India no pueden beneficiarse del mecanismo recogido en la citada Instrucción (*vid. inter alia*: RDGRN [5^a] 6 mayo 2001, RDGRN [2^a] 23 septiembre 2011, RDGRN [1^a] 30 noviembre 2011).

34. f) Sexta crítica. Olvido del “orden público internacional” como motivo de rechazo del “reconocimiento incidental” en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución. Resulta extremadamente curioso que entre los extremos que, según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, no se haya incluido el “orden público internacional”⁵¹. Mediante *reductio ab absurdo*, podría afirmarse que, si en el futuro un país permitiese que un nacido tras una gestación por sustitución tuviese tres progenitores legales, la resolución judicial de jurisdicción voluntaria en la que constase tal “filiación múltiple” del menor, debería ser reconocida en España, pues la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 no ha incluido esta circunstancia como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras.

35. g) Séptima crítica. El sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado. Exigir, para el reconocimiento incidental de la resolución extranjera que ha establecido una filiación en casos de gestación por sustitución, que “el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contem-

⁵⁰ M. AMADOR JIMÉNEZ, “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, en CS, nº 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf; 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 266.

⁵¹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 34; M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

plados en la legislación española” es exigir lo que no puede ni debe exigirse. Este “sistema bilateralista” no tiene el más mínimo sentido. Dicho sistema pretende “imponer” al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles. Este sistema arranca del presupuesto, falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española. Por estas razones, en 1998 el TS abandonó este criterio y adoptó el “nuevo modelo francés” de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que ahora pretende ser reconocida en España (Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, *Simitch*: “*existence d’un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige*”): el “sistema de los contactos razonables”. Con arreglo al mismo, el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como “internacionalmente competente” si el litigio en cuestión presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, con buen criterio, y en la línea trazada por el TS, eliminó este sistema bilateralista y lo sustituyó por el sistema de los “contactos razonables” a la hora de controlar los requisitos que debe satisfacer una resolución extranjera de adopción para lograr su reconocimiento en España (art. 26.1.1º LAI).

36. g) Octava crítica. *La confusión entre la filiación paterna y la filiación del padre biológico.* La DGRN estima que el art. 10.3 Ley 14/2006 exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial “*para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución*”. Esta afirmación constituye un error jurídico. En realidad, el precepto no dice lo que la DGRN dice que dice. El art. 10.3 Ley 14/2006 afirma: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Es decir, el precepto sólo exige una resolución judicial para determinar la paternidad “*respecto del padre biológico*” (= y no para determinar la “filiación paterna” como incorrectamente indica la DGRN). Si el nacido ostenta nacionalidad española y la mujer que da a luz al mismo está casada, el padre (legal) de la criatura es el marido de ésta y no hace ninguna falta, diga lo que diga la DGRN, acudir a ningún tribunal ni obtener ninguna sentencia judicial que acredite la “filiación paterna”, ya que para eso existen las reglas de presunción de paternidad recogidas en el Código Civil. Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que el varón que haya aportado material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz.

37. En favor de esta instrucción debe subrayarse que ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional español. Pese a sus carencias técnicas, -nadie es perfecto-, esta Instrucción ha proporcionado un tratamiento jurídico bastante correcto de estos supuestos. En ningún caso, pese a las injustas diatribas recibidas en dicho sentido, se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria⁵². La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil. En ese escenario, ha procurado poner en claro los motivos concretos que sí suponen una vulneración del orden público internacional español y aquéllos que no implican violación de dicho orden público⁵³. No potencia ni fomenta ni permite el

⁵² En este sentido, J. CERDÁ 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”, *Abogados de Familia*, nº 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BARBER CÁRCAMO, “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR*, n. 8, diciembre 2010, pp. 25-37, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, , 2009, pp. 2117-2119; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pp. 45-50.

⁵³ M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, nº 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal

fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada.

C) La tesis de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral

38. Otros especialistas han subrayado que existen normas legales específicas en DIPr. español que permiten “trasladar” al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas españolas de DIPr. son los arts. 81 y 85 RRC. Estas disposiciones legales exigen el control de ciertos extremos y, especialmente, exigen el respeto del orden público internacional español para poder trasladar al Registro Civil español la filiación que consta en el Registro civil extranjero en relación con los nacidos en virtud de gestación por sustitución.

39. Ésta fue la tesis defendida por la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y comitentes españoles], por la STS 6 febrero 2014 y por las STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, y STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. En todos estos casos, ni la DGRN, ni el TS ni el TEDH han defendido la aplicación directa del Derecho del Estado de destino (= se rechaza, pues la tesis legeforista del Derecho del Estado de destino), ni se ha exigido que la filiación de los menores haya quedado fijada por resolución judicial y no registral extranjera. Basta, pues, la certificación registral extranjera. Hasta aquí reina el acuerdo entre la DRGN (versión de 2009), el TS y el TEDH. Puede afirmarse, por tanto, que esta tesis es la que encaja de manera más correcta en el sistema español de DIPr.⁵⁴

40. A partir de aquí, una nueva tormenta jurídica se desata y su nombre es “orden público internacional”. En efecto, mientras que el TS entiende que la aceptación en el orden jurídico español de la filiación contenida en la certificación registral extranjera daña el orden público internacional español (= España, Estado de destino), el TEDH en su STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, y en su STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, así como la DGRN en su RDGRN 18 febrero 2009, sostienen que ello no es así. A juicio del TEDH y también de la DGRN (versión de 2009), la introducción en el orden jurídico español de la certificación registral extranjera que acredita la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución no sólo no daña el orden público internacional del Estado de destino (= España, en el caso decidido por la DGRN), sino que ésta constituye una solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor.

41. Se trata, por tanto, en este momento, de decidir si la introducción en el orden jurídico del Estado de destino (= *ex hypothesi*, España) de la filiación contenida en la certificación registral extranjera que vincula al menor con sus “padres comitentes” vulnera o no vulnera el orden público internacional español.

III. Orden público internacional español y filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución.

1. Marco legal del orden público internacional español como motivo de denegación de los efectos en España de una filiación acreditada por autoridades extranjeras.

42. El art. 81 RRC dispone que el documento auténtico extranjero, “*con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”, es título válido para practicar la inscripción del

Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, El notario del siglo XXI, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

⁵⁴ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*.

hecho de que da fe en el Registro civil español. El documento extranjero debe cumplir diversas exigencias para acceder al Registro Civil español. Así, el documento extranjero debe ser “público” (= debe haber sido autorizado por una autoridad extranjera). Igualmente, el documento extranjero debe haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeña funciones equivalentes a las desarrolladas por la autoridad española en la materia. Además, dicho documento debe ser auténtico, para evitar falsificaciones y fraudes. Por último, debe tenerse en cuenta que al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos jurídicamente “válidos”. Sin embargo, el art. 81 RRC no es nada claro en relación con el mecanismo que debe seguirse para acreditar la “validez” del acto o negocio contenido en el documento que pretende acceder al Registro Civil español. Visto que el funcionario extranjero ha aplicado ya una determinada Ley estatal al fondo de la cuestión, lo más oportuno para calibrar si el acto es válido o no lo es, es analizar el encaje de los efectos constitutivos de dicho acto con el orden público internacional español. Esto es, para admitir la inscripción en el Registro civil español del hecho que consta en una certificación registral extranjera, resulta necesario que ésta no produzca efectos que vulneren los principios básicos y fundamentales del Derecho español y que constituyen la estructura jurídica de la convivencia de la sociedad española.

43. Mucho se ha escrito y argumentado sobre la posible vulneración del orden público internacional español derivada de la certificación registral extranjera que acredita la filiación del menor nacido en virtud de gestación por sustitución. Dos grandes tendencias existen al respecto.

En primer lugar, la perspectiva encabezada por el TS, que afirma que una certificación extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución vulnera, necesariamente, esto es, en todo caso, el orden público internacional español.

En segundo lugar, el enfoque seguido por el TEDH y por la RDGRN 18 febrero 2009, que indica todo lo contrario, esto es, que una decisión extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución no vulnera *per se / ex ipsa natura sua* el orden público internacional español y aún más: que el reconocimiento de dicha decisión en el Estado de destino es, con extrema frecuencia, necesario para salvaguardar el “interés del menor”.

2. La posición del TS español: vulneración del orden público internacional español.

44. El TS se pronunció sobre la cuestión debatida en su muy interesante STS 6 febrero 2014. Esta sentencia contiene indudables aciertos pero también pronunciamientos muy discutibles.

A) Aciertos de la STS 6 febrero 2014

45. Los aciertos de la STS 6 febrero 2014 son variados y justo es admitirlos. En efecto, no cabe duda de que el TS enfoca muy correctamente diversos aspectos relativos a la cuestión de los efectos jurídicos en España de las certificaciones registrales extranjeras en las que consta la filiación de un menor nacido en virtud de gestación por sustitución.

46. a) Acierto de método: el “método del reconocimiento” vence al “método de los conflictos de Leyes”. El TS acierta de lleno al enfocar el litigio planteado como una cuestión relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación registral extranjera. No se trata de fijar la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. No es un proceso de cognición⁵⁵. La cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de una filiación ya determinada por autoridades registrales de California constituye, por tanto, una cuestión de validez extraterritorial de decisiones y no una cuestión de “con-

⁵⁵ I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, El notario del siglo XXI, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro>.

flicto de Leyes”. El acierto del TS al seguir esa perspectiva es total⁵⁶. En consecuencia, no es aplicable al caso la legislación española, esto es, ni es aplicable al supuesto la Ley 14/2006 ni lo es el art. 9.4 CC. En efecto, hay que poner en su sitio a la norma de conflicto⁵⁷. No se trata ahora de fijar la filiación de un menor sino de decidir, simplemente, si una filiación ya acreditada legalmente por autoridades de otro país y reflejada en una certificación registral extranjera puede producir efectos jurídicos en España mediante su inscripción en el Registro Civil español (STS 6 febrero 2014, FD 3.2)⁵⁸. Las bases académicas y metodológicas del método del reconocimiento han sido correctamente expuestas por doctrina solvente⁵⁹. En el método del reconocimiento, la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto Estado (= las normas que regulan la validez de las decisiones extranjeras en España).

Debe recordarse que el TJUE ha calificado como “decisión” un acta registral en la que consta el nombre de un menor y, en consecuencia, la ha tratado como tal (= mediante las normas que siguen el “método del reconocimiento” y no mediante “normas de conflicto”)⁶⁰. La STJUE 14 octubre 2008, as.

⁵⁶ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 12. R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

⁵⁷ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octobre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. p. 148; A.-L. 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*, 2009-II, pp. 294-319.

⁵⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.2: “Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”.

⁵⁹ Explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44, que esta distinción clave entre el “método de la norma de conflicto y el “método del reconocimiento” arranca de las valiosas aportaciones de R. AGO, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, 1936, vol.58, pp. 245-469, esp. p. 243 y de H. MOTULSKI, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Lib. Recueil Sirey, 1948, *passim*; *vid.* también, H. MOTULSKY, “Les actes de jurisdiction gracieuse en droit international privé”, *TCFDIP*, 1948-1952, pp. 16-31. Estas primeras aproximaciones fueron brillantemente reformuladas e inmejorablemente presentadas por P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, *passim*, cuyas tesis ha seguido la doctrina posterior, como es el caso de H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004; *Id.*, “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”, *RCDIP*, 2005, pp. 377-412; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004, entre otros muchos.

⁶⁰ *Vid.* al respecto, *inter alia*, J.-J. KUIPERS, “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law”, *European Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 2 num. 2, pp. 66-96; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*”, *RCDIP*, 2009, pp. 86-93; P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013; L. D’AVOUT, “État civil constitué à l’étranger et méthode communautaire de reconnaissance”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 203-216; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Domröschenshalf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, esp. p. 227; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360; H. GAUDEMET-TALLON, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513-560; H. MUIR-WATT, “La reconte dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Rev. générale proc.*, 1998, pp. 291-311; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; D. SARMIENTO, “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho europeo*, núm. 26, abril-junio 2008, pp. 211-233; M.-P. WELLER, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, *García Avelló*”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 1219-1237; 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 Avelló)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, 2004, pp. 507-529; M. REQUEJO ISIDRO, “Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 95-107; M.

C-353/06, *Grunkin-Paul*, constituye una inmejorable prueba de ello. Acierta también plenamente el TS al considerar que sólo se puede negar en España el reconocimiento de la sentencia californiana si ésta provoca un resultado manifiestamente incompatible con los principios estructurales y básicos del Derecho español, en particular, con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Es, cómo no, la excepción de orden público internacional. En esta línea, es correcto también que el TS no cuestione las cuestiones de hecho y de derecho del caso objeto de la resolución registral californiana. El TS, al igual que hizo el BGH alemán en su sentencia de 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, estimó, y nunca puso en duda, que la subrogación se había ajustado a la legislación de California y que la filiación establecida en California resultaba de la aplicación de las Leyes de dicho *State*. La legislación española, igual que la alemana, prohíbe la “revisión del fondo” (= “*révision au fond*”) de la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se pretende y lo mismo puede decirse del sistema de control de las certificaciones registrales extranjeras previo a su acceso al Registro civil (arts. 81 y 85 RRC). Se trata de un sistema de “control de requisitos tasados” y no de “revisión de fondo de la resolución extranjera”. Por tanto, no es correcto revisar las cuestiones de hecho y de Derecho apreciadas por el juez californiano o por la autoridad registral californiana, tales como las pruebas de la filiación, los consentimientos dados por la mujer gestante, la Ley que se aplicó al fondo del asunto, etc. En esto acierta de lleno el TS⁶¹.

47. b) Posibilidad de inscribir directamente en el Registro Civil español una filiación que consta en una certificación registral extranjera. Indica el TS que son aplicables los arts. 81 y 85 LRC y no es preciso exigir ninguna sentencia judicial extranjera en la que conste la filiación de los menores para que se inscriba la filiación de los menores (STS 6 febrero 2014, FD 3.2)⁶². De nuevo acierta el TS con pericia y pleno respeto a los mecanismos legales vigentes. Una certificación registral extranjera en la que consta la filiación de un menor puede acceder al Registro civil español porque así lo disponen los preceptos citados, que perderían todo su efecto útil si se exigiera una sentencia judicial que viniera a decir lo mismo que ya consta en la certificación registral extranjera⁶³.

48. c) No necesidad de que la filiación acreditada en el extranjero se ajuste a las normas legales del Derecho sustantivo español que regulan la filiación. El art. 23 LRC, observa el TS, no supone que todo acto contenido en una certificación registral extranjera deba ajustarse al Derecho sustantivo español. Es preciso un perfecto encaje de dicho acto con el orden público internacional español, que debe ser siempre respetado. Sin embargo, no es necesario que dicho acto contenido en una certificación registral extranjera siga al detalle todas las normas sustantivas españolas. En suma, debe respetarse el orden

SCHERER, *Le nom en droit international privé: étude de droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2004; E. SOMMER, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern: zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf hinkende Rechtslagen im internationalen Familien- und Namensrecht*, Jena, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2009; S. TONOLO, “La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell’ordinamento comunitario”, *RDIPP*, 2004, pp. 957-976; P. LAGARDE, “Nota a STJCE 2 octubre 2003, García Avello”, *RCDIP*, 2004, pp. 193-202.

⁶¹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014).

⁶² STS 6 febrero 2014, FD 3.3: “La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil. El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará”.

⁶³ Este debate se encuentra muy bien expuesto, por lo que se refiere a la Ley 20/2001 de 21 de julio, del Registro Civil, en A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362, en N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329 y en C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346.

público internacional español, no el Derecho sustantivo español⁶⁴. Por ello, la inscripción de la filiación contenida en la certificación registral extranjera será posible si ésta no vulnera el orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.3 y 3.4)⁶⁵. El TS, con acierto, elimina, condena y descarta la lectura absurda y legefórista del art. 23 LRC, sostenida por ciertos autores, según la cual, toda certificación registral extranjera que se presente ante el Registro Civil español como soporte de una inscripción debe respetar el Derecho sustantivo español. No se trata de que el mundo entero se ajuste al Derecho sustantivo español. Se trata, simplemente, de que la certificación registral extranjera respete el orden público internacional. El orden público internacional está compuesto por “principios” jurídicos esenciales del Estado de destino y no por las “normas” del Derecho del Estado de destino. Esta afirmación (= el orden público está compuesto por “principios” y no por “normas”) se sustenta en el carácter restrictivo de la excepción de orden público internacional. En efecto, el orden público internacional sólo opera de manera restrictiva si se configura como un “conjunto de principios jurídicos y no como un “conjunto de normas jurídicas” del Estado de destino. Por ello, una mera diferencia de la legislación entre el Estado de origen de la resolución y el Estado de destino de la misma, no supone ni puede suponer una vulneración del orden público internacional de este último Estado. El orden público internacional sólo se activa en el caso de una contradicción intolerable entre, por un lado, el resultado de la introducción de una resolución extranjera en el orden jurídico del Estado de destino y por otro lado, los valores fundamentales del Derecho de dicho Estado de destino, como ha indicado la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13 en relación con los efectos legales en Alemania de la filiación acreditada en los EE.UU en un supuesto de gestación por sustitución.

49. d) *Los comitentes y los nacidos en virtud de gestación por sustitución constituyen una “familia”*. El TS admite que el núcleo social formado por los padres comitentes españoles y los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución constituye una “familia” y así debe ser calificado. Esta familia merece una protección por parte del sistema jurídico español, pues así lo indica el art. 39 CE 1978⁶⁶.

50. e) *Correcto análisis del art. 10 Ley 14/2006 como una norma que contiene un principio que forma parte del orden público internacional pero no como una norma internacionalmente imperativa*. El art. 10 Ley 14/2006 no es una norma material imperativa que se aplique sistemáticamente en todos los casos en perjuicio de las normas de conflicto españolas. En este punto, las afirmaciones del TS al respecto deben ser analizadas *cum grano salis*. En efecto, el TS sólo indica 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*” (STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis*). Ello no significa que dicho precepto se aplique a todo caso internacional. Significa, en realidad, que, según el TS, de tal precepto se puede extraer un principio irrenunciable que forma parte del orden público internacional español y que está compuesto por dos elementos: (i) la nulidad de los contratos de gestación por sustitución; (ii) el establecimiento de una regla obligatoria sobre la filiación materna de los nacidos tras una gestación por sustitución, que corresponde a la mujer que da a luz⁶⁷. Nótese que el TS no indica que el art. 10 Ley 14/2006 sea una “norma de orden público”, ni que sea una “norma de aplicación necesaria” ni que opere como una “norma material internacionalmente imperativa” o algo semejante. El TS utiliza el verbo “*integrar*”, lo que significa que, para el TS el precepto citado

⁶⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 15.

⁶⁵ STS 6 febrero 2014, FD 3.4: “*De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación)*”.

⁶⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.11.

⁶⁷ Otra interesante lectura puede seguirse en L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 14.

contiene un “principio” que se debe incorporar al contenido del orden público internacional español. Como expresa el mismo TS (STS 6 febrero 2014, FD 3.11 *in fine*), la razón de la negativa a aceptar la filiación fijada en California no es que dicha filiación no se ajuste milimétricamente a lo dispuesto en el art. 10 Ley 14/2006, sino el hecho de que vulnera el principio que se contiene en dicho precepto legal y que forma parte del orden público internacional español⁶⁸. Si el TS hubiera considerado este precepto como una “norma de aplicación necesaria” o “norma internacionalmente imperativa” o “norma de orden público”, no habría dedicado tan numerosos párrafos a la intervención del orden público internacional español. Le habría bastado con afirmar que la certificación californiana es contraria al art. 10 Ley 14/2006 y que, por tanto, no surte efectos jurídicos en España al no acomodarse a la Ley. Y no es eso lo que expresa el TS. En efecto, si el TS hubiera calificado al art. 10 Ley 14/2006 como “norma internacionalmente imperativa”, la situación jurídica habría quedado regulada de modo necesario por dicha norma jurídica española. En consecuencia, si ello hubiera sido así, no habría ninguna necesidad de recurrir al orden público internacional español para rechazar los efectos jurídicos, en España, de una decisión pública extranjera. En este sentido, y sólo desde un enfoque estrictamente metodológico, el TS acierta. En efecto, el art. 10 Ley 14/2006 no es una “norma de orden público” o una “norma internacionalmente imperativa” o una “norma de policía”.

De todos modos, no hay que perder de vista la auténtica intención del TS. El TS ha querido asegurar que el art. 10 Ley 14/2006 se aplique a los casos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución y a través de la cláusula del orden público internacional. Se trata, como indican M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, de un fenómeno claro: “una prohibición de mera legalidad, como es la prevista en el citado art. 10 LTRHA, [es] elevada a la categoría de orden público. Tal opción no se justifica como mecanismo de control al reconocimiento”⁶⁹. Eso es lo que quiere hacer el TS y eso es lo que hace. Subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ que, en realidad, el TS busca el respeto de “la legalidad española”, esto es, el respeto al art. 10 Ley 14/2006 tantas veces citado⁷⁰. Este último acierto del TS es, por tanto, un acierto estrictamente metodológico que no puede ocultar las fuertes tendencias legeforistas del TS, lo que ya no puede considerarse, de ningún modo, una solución correcta.

B) La vulneración del orden público internacional español según el TS

51. El TS indica que la resolución extranjera en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes españoles es una “decisión extranjera” que produce efectos contrarios al orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.10). Se trata de una tesis compartida por numerosos autores⁷¹. Por ello no puede procederse a su inscripción en el Registro Civil español. En consecuencia, al no surtir efectos jurídicos en España la certificación registral norteamericana (= que “desaparece” del orden jurídico español, no puede tenerse en cuenta), resulta aplicable el Derecho sustantivo español. Así, según el TS, la madre de los menores es la mujer que da a luz, pues el TS da aplicación al art. 10 Ley 14/2006. Los “comitentes” no son, para el ordenamiento jurídico español, los padres legales de los menores. Pues bien, todos los puntos susceptibles de crítica en esta STS 6 febrero 2014 giran en torno a la vulneración del orden público internacional por la certificación registral extranjera.

⁶⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.1 *in fine*: “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es 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 en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”.

⁶⁹ M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

⁷⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277, esp. p. 275.

⁷¹ STS 6 febrero 2014, FD 3.10: “Lo expuesto lleva a considerar que 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 de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. *Vid.* R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950.

52. Para el TS se produce una vulneración del orden público internacional español por las siguientes razones.

53. a) El “discurso de la dignidad”. *Tratamiento de la mujer y del niño como objetos de comercio.* Para el TS, la gestación por sustitución supone tratar a la mujer gestante y al menor como meras “cosas”, objetos de derechos y no sujetos de derechos. Esto se produce, según el TS, porque el menor y el consentimiento de la mujer gestante son objeto de comercio, se mercantilizan. Al entrar la mujer gestante y el niño en el tráfico mercantil, se permite, a su vez, que determinados intermediarios lleven a cabo negocios con las mujeres y con los niños, que se lucren por ello⁷². A diferencia de la jurisprudencia francesa, el TS no indica que la contrariedad con el orden público internacional se produce porque el “estado de las personas” es una “materia indisponible”⁷³. No obstante, en realidad, el discurso es el mismo: las normas jurídicas que regulan el estado civil de las personas presentan una super-imperatividad. Es un discurso muy querido, por otra parte, también en la doctrina italiana⁷⁴. Tanto que la así también lo ha abrazado con efusión, en un caso de gestación por sustitución en Ucrania, la *Corte di Cassazione* italiana en sentencia de 26 septiembre 2014 n. 24001/14⁷⁵. Debe defenderse la dignidad de la madre gestante, ha subrayado la *Cassazione* italiana. También subraya el TS que este enfoque mercantil posibilita la explotación de la pobreza en la que se hallan ciertas mujeres jóvenes en determinados países, que se ven abocadas a aceptar su papel de madres gestantes contra su voluntad, sólo para poder subsistir⁷⁶. La consecuencia de ello, según el TS, es que al operar de ese modo, se vulnera “la dignidad de la mujer gestante y del niño” y ello vulnera los derechos fundamentales y el principio constitucional de internacional de protección de la infancia. El principio integrante del orden público internacional español que resulta vulnerado por la decisión registral extranjera es el principio de la radical prohibición de los contratos de gestación por sustitución. Dicho principio, según el TS, forma parte integrante del orden público internacional español. Con ello el legislador español defiende, según el TS, la dignidad de la mujer y del menor e impide, al mismo tiempo, el negocio económico que generan estas prácticas. En consecuencia, toda decisión registral extranjera en cuya virtud se establezca una filiación que traiga causa de un contrato de gestación por sustitución resulta frontalmente contraria al orden público internacional español (STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis* y FD 3.11 *in fine*)⁷⁷.

⁷² A.G. McEWEN, “So you’re having another woman’s baby: economics and exploitation in gestational surrogacy”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, n.32, pp. 271–304.

⁷³ Dos sentencias dictadas por la *cour de cassation* francesa de 6 abril 2011 habían declarado que la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución no podía ser aceptada en Francia porque ello vulneraba el principio de indisponibilidad del estado civil de las persona: “*en l’état du droit positif il est contraire au principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, nulle d’une nullité d’ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil*” (RCDIP, 2012, p. 722 y nota P. HAMMJE). *Vid.* también Sent. CA Paris 26 febrero 2009 [denegación de reconocimiento de resolución judicial dictada en Minnesota sobre maternidad subrogada por resultar contraria al orden público internacional francés], y Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]. *Vid.* el magnífico análisis de J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1270.

⁷⁴ M. DELL’UTRI, “Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione”, *Giurisprudenza di merito*, 2010, n.2, , pp. 358-385.

⁷⁵ *Vid.* al respecto, A. FIGONE, “Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata”, *www.quotidianogiuridico.it*, 25 noviembre 2014; B. SALONE, “Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore”, *Diritto civile contemporaneo*, *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, 2014; M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173., esp. pp. 166-170.

⁷⁶ STS 6 febrero 2014, FD 3.6: “... en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”. También STS 6 febrero 2014, FD 5.8: “... 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”.

⁷⁷ STS 6 febrero 2014, FD 3.7 *in primis*: “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”. STS 6 febrero 2014, FD 3.11 *in fine*: “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la

54. b) El “discurso de la discriminación económica”. *Filiación sólo para ricos*. La gestación por sustitución en países extranjeros constituye una técnica de reproducción asistida de alto coste económico y por ello, sólo está al alcance de unos pocos ciudadanos que se lo pueden permitir al contar con elevados ingresos y/o patrimonios. Por tanto, insiste el TS, el establecimiento de la filiación como consecuencia de contratos de gestación por sustitución no estaría al alcance de la mayor parte de la población que quedaría discriminada económicamente⁷⁸. No se refiere en absoluto el TS a la orientación sexual de los padres comitentes, a diferencia de sus colegas de la *Cour de cassation* francesa⁷⁹.

55. c) El “discurso del fraude”. *El Forum Shopping fraudulento*. Especialmente querido por el TS es el “discurso del fraude”, amado también con pasión, mientras ha podido hacerlo, por la *Cour de cassation* francesa⁸⁰. Según el TS, los particulares han llevado a cabo una colocación artificial del supuesto en un país extranjero para huir del Derecho imperativo español, en concreto de la regla de la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y de regla de la filiación materna en favor de la mujer que da a luz en estos casos. Según el TS, el caso está estrechamente vinculado con España y por tanto el orden público internacional “español” se ve afectado por el movimiento estratégico internacional realizado por los particulares. Existe un *Forum Shopping* fraudulento practicado por éstos y el modo de castigar dicho comportamiento es negar los efectos legales en España de la decisión jurídica obtenida de modo artificial en el extranjero por los particulares (STS 6 febrero 2014, FD 3.7)⁸¹. Numerosos expertos indican que aceptar en un país con una legislación anti-gestación por sustitución, la filiación establecida en el extranjero en estos casos significa fomentar conductas para vulnerar la Ley mediante su *by-pass* internacional (J. GUILLAUMÉ, M. FABRE-MAGNAN, M. CASTELLANETA)⁸². La *Corte di Cassazione* italiana, en sentencia de 26 septiembre 2014 n. 24001/14, también aludido a este “discurso del fraude”⁸³.

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 en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”.

⁷⁸ STS 6 febrero 2014, FD 3.6: “... y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Vid. en este sentido, A. SALAS CARCELLER, “Gestación por sustitución y Registro Civil, El Blog de Lacaci & Asociados”, 16 febrero 2014, en <http://lacaciasociados.es/gestacion-por-sustitucion/>.

⁷⁹ La *Cour de Cassation* francesa había estimado que no era posible la transcripción en el Registro civil francés de un acta de nacimiento extranjera en la que el nacido figuraba como nacido “*de deux parents de même sexe*”, pues ello era contrario a un principio esencial del Derecho francés (Sent. Cour Cass Francia 7 junio 2012). Vid. P. HAMMJE, “Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013”, *RCDIP*, 2013, pp. 909-915. Esto es: la *cour* había denegado esta inscripción en Francia por un motivo totalmente distinto al que ha manejado la STS 6 febrero 2014, es decir, porque resultaba contrario al orden público internacional francés el hecho de que un menor tuviera dos padres del mismo sexo. Motivo que ha cambiado radicalmente: tras la Ley de 17 mayo 2013, tal principio esencial del Derecho francés ya no es tal, pues se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo y la adopción de menores por parte de los mismos.

⁸⁰ La *cour de cassation* francesa había negado los efectos legales en Francia de estas filiaciones con el argumento de que eran producto de movimientos fraudulentos (Sents. cour cassation 13 septiembre 2013 y 19 marzo 2014). Un magnífico análisis del “discurso del fraude” se encuentra en D. SINDRES, «Le tourisme procréatif et le droit international privé», *JDI Clunet*, 2015, vol. 142, pp. 429-504.

⁸¹ STS 6 febrero 2014, FD 3.7: “Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado”. Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. 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)”.

⁸² J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1280-1281; M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA». *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>); M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69.

⁸³ Vid. al respecto, A. FIGONE, “Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata”, *www.quotidianogiuridico.it*, 25 noviembre 2014; B. SALONE, “Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore”, *Diritto civile contemporaneo*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, 2014; M. DISTEFANO, “Maternità surrogata

56. En resumen, para el TS, la vulneración del orden público internacional español tiene lugar por estos tres motivos: (a) La filiación determinada en el extranjero por certificación registral no puede aceptarse en España porque supondría tratar a la mujer gestante y al niño como mercancías, lo que daña la dignidad de ambos: es el “discurso de la dignidad”⁸⁴; (b) Sólo los comitentes ricos podrían beneficiarse de una filiación atribuida en un país extranjero a su favor, lo que crea dos clases de comitentes, los ricos (= únicos que podrían “ser padres”) y los no tan ricos (= que no podrían ser “padres” porque no pueden permitirse acceder a una gestación por sustitución): es el “discurso de la discriminación económica”; (c) La filiación acreditada en el extranjero ha sido buscada a propósito y de modo artificial, en un movimiento fraudulento de los particulares, para burlar la aplicación del Derecho material imperativo español que regula la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. Es el “discurso del fraude”.

57. A la hora de valorar la vulneración, para el TS, del orden público internacional español, el TS realiza igualmente algunas consideraciones sobre el “interés del menor” cuya importancia en el razonamiento jurídico es capital y que, por ello, conviene recordar con calma.

1º) *Para el TS, el interés del menor está subordinado al respeto a la letra de ciertas disposiciones legales.* Según el TS, la solución a este caso de filiación debe venir de la aplicación estricta de la Ley sin que pueda interferir en ello el principio del “interés del menor”. La Ley se aplica porque se presume, *juris et de jure*, que la Ley refleja ya el “interés del menor”. A juicio del TS, el “interés del menor” es un concepto jurídico indeterminado y controvertido. No puede alegarse tal principio para llegar a una conclusión y solución contraria a lo que dispone la Ley 14/2006. El juez está vinculado por la Ley y por el sistema de fuentes del Derecho. Debe limitarse a aplicar la Ley sin cambiar el sentido literal de la misma mediante un uso alternativo del principio del “interés superior del menor”. Este principio sólo sirve para interpretar la Ley y para colmar sus lagunas pero no para llevar a cabo una “interpretación correctora de la Ley” que permita alcanzar una solución contraria a la letra de la Ley (STS 6 febrero 2014, FD 5.6)⁸⁵. El TS sigue en este punto una línea férrea de positivismo legalista: el Derecho, todo el Derecho, está contenido en la Ley escrita, en las disposiciones legales, y sólo en la Ley. Por ello, para el TS, la Ley debe observarse milimétricamente en todo caso. La Ley es justa porque es la Ley. Toda la Justicia está condensada en la Ley. La Ley debe ser obedecida porque es la Ley. No hay justicia al margen de la Ley.

2º) *Para el TS, el interés superior del menor no es “superior”.* Junto al principio del “interés superior del menor”, indica el TS, concurren otros intereses que, en ocasiones, deben prevalecer sobre el interés superior del menor (STS 6 febrero 2014, FD 5.7)⁸⁶. Por tanto, el principio del “interés superior del menor” no es “superior”, sino “inferior”, ya que hay otros intereses que prevalecen sobre el mismo. En efecto, el TS lleva a cabo un “balance valorativo”. En dicho proceso, el TS indica que no inscribir la filiación que consta en la certificación registral extranjera en el Registro Civil español perjudica a los me-

ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, *GenJus*, año II, núm.1, junio 2015, pp. 160-173, esp. pp. 166-170.

⁸⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 18.

⁸⁵ STS 6 febrero 2014, FD 5.6: “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. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

⁸⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.7: “En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de “una consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es 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”.

nores pero más les perjudicaría inscribirla, puesto que ello significaría permitir el tráfico mercantil sobre los menores y también se producirán perjuicios para la mujer gestante, objeto de comercio ella también (STS 6 febrero 2014, FD 5.8)⁸⁷. En realidad, lo que el TS declara es que el principio del “interés superior del menor” está subordinado a otro interés, otro interés que, éste sí, es verdaderamente superior: la autoridad de la Ley, el imperio de la Ley, el respeto del Derecho positivo, la obediencia a la letra de la Ley, la reverencia al fetichismo mágico de la norma legal. En efecto, como antes se ha subrayado, para el TS el “interés superior del menor” no puede emplearse para desviarse de la solución concreta prevista en la Ley positiva. La Ley manda sobre todo y eso incluye también, su prevalencia sobre el principio del interés superior del menor. La norma manda sobre el principio. Para reducir los efectos negativos que produce sobre los menores la prevalencia de la letra de la Ley sobre el principio “del interés del menor”, sugiere el TS que los “comitentes” siempre pueden intentar reclamar la filiación del padre biológico de los menores y/o solicitar *ex novo* la adopción del menor en España (STS 6 febrero 2014, FD 5.11 y FD 6.14)⁸⁸.

58. El TS también reflexiona sobre (i) los derechos de los menores a su vida privada y, dentro de éste, sobre el derecho a la identidad personal de los menores; (ii) el derecho de los menores a una vida familiar. El TS lleva a cabo una reflexión sobre estos dos elementos a fin de calibrar si la admisión en el orden jurídico español de la certificación registral extranjera vulnera o no vulnera el orden público internacional español. Estos derechos están recogidos en el art. 8.1 CEDH del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 cuyo texto indica: “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”⁸⁹. En este contexto, el

⁸⁷ FD 5.8: “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. 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. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”.

⁸⁸ STS 6 febrero 2014, FD 5.11: “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 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. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”. Vid. igualmente, STS 6 febrero 2015, FD 6.14, añadido por el ATS 11 marzo 2015: “La sentencia dictada por esta Sala, cuya nulidad se pide, resolvió de modo muy diferente a como lo hizo el tribunal italiano. Al entender que, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el art. 8 del Convenio, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, acordó «instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”. | Las consideraciones del párrafo 85 de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la afectación a la identidad del menor no pueden desvincularse de las medidas dramáticas adoptadas en su momento por las autoridades italianas, pues en octubre de 2011 retiraron al menor del núcleo familiar que ya formaba con los comitentes y lo internaron en un centro de acogida cuya ubicación fue ocultada a dichos comitentes, a los que se negó cualquier posibilidad de contacto con el niño; después, las autoridades italianas lo entregaron en enero de 2013 a una nueva familia de acogida, y hasta abril de 2013 el niño no fue dotado de una identidad “temporal convencional”, pues había sido entregado a la familia de acogida sin una identidad determinada (párrafos 22 y siguientes de la sentencia). | En nuestra sentencia, no solo se acordaba instar al Ministerio Fiscal para que ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección en el núcleo familiar “de facto” que pudiera constituir con los solicitantes de la nulidad, sino que en el último inciso del apartado undécimo del fundamento de derecho cuarto se precisaba que «a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido. Por otra parte, una eventual interpretación del párrafo 85 de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo del caso Paradiso y Campanelli en el sentido de que no es admisible desconocer la filiación, fijada en el extranjero, de niños nacidos de una gestación por subrogación sería incompatible con la declaración del propio Tribunal de Estrasburgo de ser conforme al Convenio el no reconocimiento por el juez nacional de la filiación determinada en el extranjero a favor de los comitentes de la gestación subrogada, declaración que se contiene en el párrafo 77 de la sentencia. | Lo expuesto permite concluir, a juicio de la Sala, que la sentencia cuya nulidad se pide se ajusta a los criterios que el Tribunal de Estrasburgo establece en esta nueva sentencia en relación al respeto de la vida privada de los menores, protegida en el art. 8 del Convenio”.

⁸⁹ BOE núm. 243 de 10 octubre 1979.

TS introduce dos consideraciones para intentar demostrar que ambos derechos no se ven perjudicados por el hecho de que, siempre a juicio del TS, la resolución registral extranjera sea considerada contraria al orden público internacional español y no deba producir efectos legales en España.

59. Primera consideración. *Los niños carecen de una identidad verdadera con arreglo al Derecho de extranjero y además el derecho de los mismos a una identidad personal única cede ante la prohibición de la gestación por sustitución.* El derecho de los menores a su vida privada comprende el derecho de los mismos a tener una identidad personal única. Pues bien, según el TS, no se infringe el derecho de los menores a su identidad personal porque tales menores no están vinculados con los EE.UU. No hay que respetar una identidad que los menores tienen en el Derecho de los EE.UU. porque su vinculación con los EE.UU. es artificial, puramente anecdótica, postiza, cosmética, puramente aparente y no verdadera. De esa manera, dice el TS, “[n]o existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”, porque, para el TS, la identidad personal que los menores tienen en EE.UU. carece de importancia, ya que es, en realidad, una identidad falsa, artificiosa, aparente, porque si fuera verdadera habría que respetarla (STS 6 febrero 2014, FD 5.9)⁹⁰. Además, el TS subraya que aunque existiera esa identidad personal de los menores con arreglo al Derecho de los EE.UU. y fuera auténtica, debería ceder ante otro interés superior a ese derecho a la identidad personal. Ese otro interés superior es el respeto a la prohibición de la gestación por sustitución establecido por la Ley.

60. Segunda consideración. *Se produce una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH pero se trata de una injerencia permitida por el mismo convenio.* Expresa el TS que, al denegar los efectos legales en España de la certificación registral extranjera que recoge la filiación de los niños, se produce una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH. Sin embargo, según el TS, dicha injerencia está amparada por el propio art. 8.2 CEDH. Es una “injerencia permitida” porque está prevista en la ley, y con la Ley se protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, así como la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, se evita la explotación las mujeres jóvenes gestantes en situación de pobreza, y se impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación (STS 6 febrero 2014, FD 5.10)⁹¹.

C) Crítica de la posición del TS sobre el orden público internacional español.

61. Dicho esto con el máximo respeto, al declarar que la certificación extranjera que atribuye a los comitentes la filiación del nacido tras una gestación por sustitución vulnera el orden público internacional español y por tanto, no debe producir efectos jurídicos en España, el TS se equivoca. La admisión en España de los efectos legales de dicha resolución extranjera no vulnera el orden público internacional español.

⁹⁰ STS 6 febrero 2014, FD 5.9: “Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única”.

⁹¹ STS 6 febrero 2014, FD 5.10: “Tampoco se vulnera 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. 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 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta 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 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”.

62. Las anteriores afirmaciones del TS en torno a la vulneración del orden público internacional español como motivo para denegar los efectos jurídicos en España de la certificación registral extranjera relativa a la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución contienen diversos errores de envergadura, dicho sea, de nuevo, con la máxima consideración que siempre merecen las decisiones del Alto Tribunal. La exposición de los errores argumentales del TS resulta facilitada en extremo por dos elementos.

En primer lugar, estos errores han sido puestos de relieve, paradójicamente, por el mismo TS, ya que el voto particular que acompaña a la STS 6 febrero 2014 recoge de modo muy acertado una relación de la mayor parte de los desaciertos de la sentencia citada.

En segundo lugar, los errores argumentales del TS han quedado al descubierto de modo evidente gracias a una sentencia que, en un supuesto muy similar al que motivó la STS 6 febrero 2014, que fue dictada por el BGH alemán. En efecto, la sentencia del BGH alemán de 10 diciembre 2014 (caso XII ZB 463/13), se enfrentó con el caso de una solicitud de reconocimiento, en Alemania, y subsiguiente solicitud de inscripción, en el Registro Civil alemán, de una resolución dictada en California sobre filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución⁹². Una sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Placer, otorgó la paternidad legal a los comitentes alemanes, tras constatar que la mujer gestante había aceptado dicha paternidad y había renunciado a todos sus derechos legales en relación con el niño, todo ello en el marco de un contrato de gestación por sustitución legalmente celebrado en California. Los comitentes eran dos ciudadanos alemanes, ambos con residencia habitual en Alemania, vinculados entre sí en virtud de una “unión civil” registrada en Alemania. El menor era hijo biológico de uno de tales ciudadanos alemanes. Una mujer californiana y con residencia habitual en California gestó al niño y dio a luz, aunque el óvulo procedía de otra mujer, de identidad desconocida. Los comitentes viajaron con el niño desde los EE.UU hasta Berlín, donde viven desde 2011. El Registro Civil alemán se negó a registrar a los comitentes como padres legales conjuntos del menor, tal y como indicaba la sentencia californiana. Ante dicha negativa, los comitentes interpusieron un recurso por el que solicitaron que se ordenase al Registro Civil alemán que procediera a dicha inscripción. Los tribunales alemanes de instancia se negaron a dicha petición. Estos contratos de gestación por sustitución están prohibidos en la legislación alemana y la filiación se determina por el parto y no por el contrato de gestación subrogada. Frente a ello, el BGH consideró que procedía el reconocimiento en Alemania de la resolución californiana, pues ésta no producía efectos contrarios al orden público internacional alemán, y ordenó al Registro Civil alemán el registro del nacimiento del niño y de su filiación en favor de los dos varones alemanes.

63. Los errores en los que incurre el TS al afirmar que la certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional español pueden ser agrupados en dos conjuntos argumentativos.

El primero corresponde a la errónea valoración del TS en torno al “interés superior del menor”, entendido, en realidad, por el TS, como el “interés inferior del menor”. Como se verá seguidamente, el TS yerra al situar otros intereses por encima del interés del menor.

El segundo corresponde a la falsa solución que el TS ofrece para que los menores no queden desprotegidos. El TS propone que los menores sean adoptados por los comitentes o que sean colocados en régimen de acogimiento familiar por los comitentes. Como también se verá seguidamente, el TS se equivoca nuevamente, ya que esta “solución” daña los derechos de los menores.

⁹² Vid. <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> y comentario por Jan von Hein y Dina Reis. Sobre la sentencia, T. HELMS, “Abstammung nach in Kalifornien durchgeführter Leihmuttertschaft, Anmerkung zu BGH v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13”, *FamRZ*, 2015, pp. 245-246; B. KURZNACHRICHT, “Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10.12.2014 - XII ZB 463/13”, *NJW*, 2015, pp. 479-485; C. MAYER, “Procedural recognition of a foreign decision on legal parentage in favor of registered partners in surrogacy cases. Annotation of Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), 10.12.2014 – XII ZB 463/13 (civil status proceedings)”, *StAZ*, 2015, pp. 33-40; A. SCHWONBERG, „Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zur Leihmuttertschaft“, *FamRB*, 2015, pp. 55-56; F. ZWISSLER, „Anmerkung zu: BGH v. 10.12.2014, XII ZB 463/13, Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmuttertschaft“, *NZFam*, 2015, pp. 118-122.

a) El interés inferior del menor.

64. A la hora de valorar cuál es el “interés superior del menor” como principio fundamental vertebrador del orden público internacional español, el TS, dicho nuevamente con todo respeto hacia el alto tribunal, incurre en una profunda serie de errores, equivocaciones, inexactitudes y desaciertos que pueden ser concretados en los siguientes puntos.

65. a) *El TS no valoró una infracción del orden público internacional español en el caso concreto.* El error más grave de la argumentación del TS radica en su razonamiento en abstracto a la hora de decidir si, en este caso, se produce una vulneración del orden público internacional español. Como indica el voto particular a la STS 6 febrero 2014, “*la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso*”. Esto es, precisamente, lo que el TS no hace en esta sentencia⁹³. El TS se limita a decir, expresado en pocas palabras, que la gestación por sustitución está totalmente prohibida por el Derecho español, que tal prohibición tiene como objetivo salvaguardar derechos fundamentales de los menores y de las mujeres, que dicha prohibición reviste una importancia de primera magnitud en el ordenamiento jurídico español y que, en consecuencia, no se admitirá ninguna certificación registral extranjera, y presumiblemente tampoco ninguna sentencia extranjera, que atribuya a los comitentes la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución.

Ahora bien, para que pueda intervenir el orden público internacional español resulta absolutamente preciso bajar a la arena de los hechos concretos y de las circunstancias fácticas del supuesto en cuestión, tal y como ha hecho el BGH en la citada Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13. En el caso fallado por la STS 6 febrero 2014, debería haber quedado demostrado que los niños nacidos en California fueron objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios porque concurrió intimidación, violencia, o porque su situación de pobreza hizo que tuviera que aceptar su papel de mujer gestante o bien, finalmente, que la mujer gestante no quiso en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor. Sólo en tales casos, efectivamente, el menor y la dignidad de la mujer gestante quedan perjudicadas y sólo en ese caso existe vulneración del orden público internacional español. Sólo en ese supuesto resultará que atribuir a los comitentes la filiación de los menores y dejarlos al cargo de unas personas que han participado en tan execrables hechos daña el orden público internacional español, porque ello coloca a los menores en una “situación extrema” que les perjudica. La dignidad de la mujer gestante consiste en su derecho a ser tratada como un ser humano y no como objeto de comercio, de modo que si se producen las antes señaladas prácticas, -violencia física o psicológica sobre la mujer, engaño a la misma, consentimiento no informado de la mujer, compra de su maternidad, etc.-, la mujer gestante quedaría en una situación de desigualdad o injusticia respecto de otras personas porque no se la habría tratado con la dignidad que merece todo ser humano⁹⁴.

⁹³ Como señala M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014, pp. 9-44. *Vid.* igualmente, I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-ronica-de-un-desencuentro>: “*El segundo gran error de la STS de 6 de febrero de 2014 estriba en su incorrecta construcción de la cláusula de orden público internacional en este ámbito. Por lo pronto la sentencia olvida -al contrario que el voto particular- que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones (p.ej., en su Auto de 21 de abril de 1998), no se realiza respecto de una determinada institución (en este caso, la gestación por sustitución), sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero (en el presente supuesto la certificación californiana) en España. En otros términos, el control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si en cada caso concreto, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en España supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento*”.

⁹⁴ M.A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44; C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604.

Como ha indicado la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, tanto en el caso fallado por el BGH como en el fallado por el TS español, no se produce ninguna vulneración de la dignidad de la mujer gestante ni de los menores. Esto es: el solo hecho de una gestación por sustitución no supone que, automáticamente, se produzca una vulneración de la dignidad humana de la mujer que da a luz⁹⁵. Este dato aparece corroborado porque la gestación por sustitución se extiende cada vez por más países occidentales. Como indica la Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], el mero hecho de que se permita la gestación por sustitución en un país no significa que todo reconocimiento de la filiación subsiguiente en un país que no admita tal gestación por sustitución resulte contrario al orden público internacional⁹⁶. Debe recordarse que dicha mujer renunció voluntariamente a su maternidad y que las leyes de California son estrictas al respecto y establecen varios requisitos para asegurar que la mujer gestante ha participado de manera voluntaria en el contrato de gestación por sustitución. Por ello, el BGH estimó que la sentencia californiana supone una garantía razonable de que la mujer gestante había participado voluntariamente en dicho proceso, pues en tal sentencia consta la expresa, total, libre e informada renuncia de dicha mujer a sus derechos como madre. Del mismo modo debió razonar el TS español. El TS debió tener presente que la gestación por sustitución está sujeta en California a leyes exigentes que garantizan una participación libre y voluntaria de la mujer gestante en todo el proceso, y debió tener presente, del mismo modo, que no se aportó prueba alguna de que la mujer gestante no hubiera renunciado voluntariamente a sus derechos de madre. El TS no lo hizo así. Por eso se equivocó. No debe tampoco caer en el olvido que la situación legal de la mujer gestante después del parto es perfectamente comparable a la de una mujer que ha dado a luz a un hijo y que ha renunciado a su patria potestad y lo ha entregado para que sea adoptado por otras personas. Por ello, no puede estimarse que la situación jurídica en la que queda la mujer gestante en California tras una gestación por sustitución suponga una vulneración y/o menoscabo de la dignidad humana de dicha mujer, como subraya, nuevamente, la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13⁹⁷.

Las afirmaciones generales y apodícticas del TS en el sentido de que en toda gestación por sustitución existe una “cosificación de los menores y de la mujer gestante” y un perjuicio de la dignidad de ésta, no pueden servir de base, sin más, para activar la cláusula de orden público internacional. La intervención del orden público internacional sólo puede tener lugar tras valorar el caso concreto, las circunstancias del supuesto en cuestión. Algo que el TS no hace y que sí han hecho tribunales españoles de menor grado en casos similares⁹⁸. La postura del TS en este punto lleva al absurdo. En efecto, como ha escrito P. POSNER, ello sería como afirmar que en toda adopción constituida en otro país se vulnera la dignidad de la madre biológica porque ésta “vende a su hijo” y/o se ve forzada renunciar a su maternidad por necesidad económica, que la madre biológica y otras personas y entidades perciben beneficios económicos derivados de la adopción (ECAIs, por ejemplo), y que, en definitiva, en toda adopción “se

⁹⁵ Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, n. 49: “Allein durch den Umstand, dass eine Leihmutter durchgeföhrt wurde, wird in diesem Fall die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt”.

⁹⁶ Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], *RDIPP*, 2014, pp. 157-170: “l’ordine pubblico che impedisce l’ingresso nell’ordinamento interno degli effetti di una norma straniera che vi contrasti si identifica con ordine pubblico internazionale, da intendersi como complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti nazionali”.

⁹⁷ En este sentido, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y 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, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, esp. p. 83: “No se ve afectada la dignidad de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición. No veo cómo se puede ver la dignidad del nacido: ¿alguien puede seriamente defender que la dignidad de los nacidos mediante gestación por sustitución está afectada de modo distinto que la de los nacidos mediante fecundación in vitro, mediante inseminación artificial, tras una relación esporádica con la única finalidad de quedar encinta, tras una relación esporádica con la única finalidad de disfrutar del sexo, dentro o fuera del matrimonio?”. También M. ATIENZA, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, sept oct 2009 n. 27, versión *on line*.

⁹⁸ Sent. JPI Pozuelo de Alarcón 25 junio 2012, *La Ley*, 13 junio 2013.

comercia con el menor⁹⁹. Sin tener pruebas fácticas de tales hechos, éstos no pueden presumirse. Igualmente, la postura del TS lleva a afirmar que cuando la hermana de una mujer gesta al hijo de ésta de manera gratuita y altruista, hay “comercio de menores y daño a la dignidad de la mujer”, lo que carece de sentido pues no existe, en tales casos, ningún interés económico por parte de nadie¹⁰⁰. Totalmente absurdo y totalmente desproporcionado.

En la intervención del orden público internacional los datos del caso concreto son siempre relevantes. En el caso de especie objeto de la STS 6 febrero 2014, “*no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios*” (Voto particular a la STS 6 febrero 2014, FD 2.3). Por tanto, el rechazo sistemático en España de la filiación determinada en el extranjero por entender que vulnera el orden público internacional español no es correcto, ya que supone presumir *juris et de jure* que tras el caso en cuestión ha habido compraventa de menores, pago monetario por el consentimiento de la gestante, engaños, violencia y/o explotación de la madre biológica y otras prácticas ilegales, lo que no siempre es así, y lo que no ha sido objeto de prueba alguna en el caso que falló el TS. Como es natural, la solución a los casos de filiación de menores acreditada en otro país como consecuencia de gestación por sustitución debe ser diferente según los casos. No será lo mismo un supuesto en el que la mujer gestante esté casada, en el que los comitentes no acepten quedarse con el menor, en el que ninguno, uno o los dos comitentes han aportado material genético, en el que la mujer gestante sólo haya gestado o haya también aportado su material genético, etc. Todas esas circunstancias deben ser tenidas en consideración por las autoridades del Estado de destino para decidir si la resolución extranjera vulnera o no el orden público internacional de tal Estado de destino. Por ello, todo acercamiento general y abstracto a este conjunto de problemas, -como el que realiza el TS-, está condenado al fracaso y conduce a resultados contrarios a Derecho.

Por otra parte, conviene recordar las muy atinadas observaciones que el TEDH ha realizado sobre la cláusula de orden público internacional como válvula de seguridad del sistema que impide los efectos jurídicos de una resolución extranjera en particular, en lo que se refiere a resoluciones que afectan a los menores: (a) El orden público internacional opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado, como excepción al reconocimiento de una resolución válidamente adoptada por autoridad extranjera. Ello significa que debe intervenir sólo y exclusivamente si con ello se defiende una “*necesidad social imperiosa*” (STEDH Estrasburgo 3 mayo 2011, *Negrepontis* [adopción de menor griego en Estados Unidos por sujeto con cualidad de monje]); (b) En la STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*, el TEDH indicó que no se puede invocar el orden público internacional sin haber considerado las circunstancias del caso concreto. Subraya el TEDH que no puede rechazarse en un Estado la validez de una adopción legalmente constituida en otro Estado por el simple hecho de que la autoridad de este segundo Estado aplicó, para constituir la adopción, una Ley distinta a la que en el mismo caso hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino de la adopción. Esa afirmación constituye un argumento puramente formal y por tanto, abstracto. Para que tal rechazo fuera conforme con el art. 8 CEDH, el tribunal del Estado requerido debe llevar a cabo un examen del caso concreto y acreditar, sin sombra de duda, que una razón imperiosa obliga a rechazar, en el caso particular del que se trate, el reconocimiento en su Estado de una adopción válida y legalmente constituida por autoridades de otro Estado. Traducido a términos de gestación por sustitución en España, podría afirmarse que la STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*, debe leerse en este sentido: para negar los efectos jurídicos de una decisión extranjera en la que consta una filiación en un caso de gestación por sustitución debido a que tal decisión vulnera el orden público internacional del Estado de destino (= España) no basta afirmar que la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en España, sino que debe: (i) realizarse un minucioso examen de las circunstancias del caso concreto, cosa que el TS no realiza en ningún momento; (ii) Quedar claro que la gestación por sustitución ha sido consecuencia de prácticas tales como compraventa del consentimiento de la mujer gestante, que ésta fue obligada a prestar sus servicios debido a intimidación, violencia, o estado de necesidad económico u otras situaciones similares, lo que el TS no

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 11.

acreditó; (iii) verificar que la concesión de efectos legales en España a dicha filiación acreditada en el extranjero vulneraría principios fundamentales del Derecho del Estado de destino (= España), como por ejemplo, el interés del menor o la dignidad de la mujer, lo que, de nuevo, tampoco llevó a cabo el TS.

66. b) El “interés superior del menor” no es un principio extralegal, sino un principio jurídico perfectamente integrado en el ordenamiento jurídico español y que, además, goza de superior rango jerárquico sobre lo establecido en las Leyes españolas. El principio del “interés superior del menor” está contenido en textos legales internacionales como la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989¹⁰¹. Este principio se recoge, por tanto, en textos legales que disponen de una clarísima preferencia aplicativa sobre una Ley española como es la Ley 14/2006. Dicho principio debe aplicarse en la solución de los casos litigiosos con preferencia a lo dispuesto en dicha Ley por razones de jerarquía normativa y de jerarquía valorativa. Este principio no constituye una pauta extra-legal que destruye o puede destruir lo que establece la Ley positiva española. Todo lo contrario: este principio está contenido en normas jurídicas clarísimas del Derecho español, normas que deben aplicarse con preferencia a lo que indican las leyes españolas. Por ello, las leyes españolas son las que deben ajustarse, en su formulación escrita y en su aplicación práctica, a dicho principio, todo ello en el caso concreto. No se trata de que la Ley deba ajustarse a parámetros extra-legales o que deba adaptarse a las “nuevas exigencias y necesidades sociales”, como cierta doctrina ha indicado¹⁰². Se trata de que la letra de la Ley debe ajustarse a un principio jurídico perfectamente legal que dispone de “preferencia aplicativa” sobre lo establecido en las Leyes ordinarias, como muy correctamente ha indicado L. ÁLVAREZ DE TOLEDO¹⁰³. Por ello, la afirmación del TS en la que indica que este principio no está por encima de la Ley constituye un error de notable envergadura.

Debe recordarse, por otro lado, que no le ha temblado la mano al mismísimo TS, al mismo órgano que ha dictado la STS 6 febrero 2014, a la hora de corregir la aplicación literal de la Ley cuando con ello ha dado cumplimiento al interés superior del menor. Véase, en dicho sentido, y a título de mero ejemplo, el caso decidido en la STS 17 febrero 2015¹⁰⁴. En dicho supuesto se trataba de decidir el orden de los apellidos de un menor, el art. 53 LRC y el art. 194 RRC indicaban que la filiación determina el orden de los apellidos, de modo que si la filiación se encuentra determinada por ambas líneas, el primer apellido será el del padre y el segundo el de la madre. Pues bien, durante años el menor sólo tuvo determinada su filiación materna y era conocido por el apellido de la madre. Varios años después se determinó la filiación paterna del menor, con lo que, de acuerdo con los preceptos legales citados, habría que haber procedido al cambio de apellidos del menor, que serían el primero del padre y el primero de la madre. El TS estimó que, dijera lo que dijera la Ley, por encima de la misma estaba el “superior interés del menor” y que tal principio (i) constituye “*criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte [a los menores]*”; (ii) “[s]e configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo

¹⁰¹ Vid. Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), que entró en vigor para España el 5 enero 1991. El art. 3.1 CDN indica: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁰² 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 276.

¹⁰³ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 31: “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). La prioridad aplicativa de los Convenios internacionales sobre las leyes internas españolas está extensamente aceptada”. También, muy correctamente, J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

¹⁰⁴ Id Cendoj: 28079110012015100066.

físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” y (iii) debe precisarse “*su configuración y concreción en cada caso*”. En consecuencia, el mismo TS llevó a cabo una “interpretación correctora de la Ley vigente” para proporcionar una solución acorde con el principio del “interés superior del menor”. El TS inaplicó la Ley del Registro civil y su Reglamento y aplicó una solución directamente extraída del principio del interés superior del menor que tuvo en cuenta los datos concretos del caso objeto del proceso.

A mayor abundamiento, en los supuestos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución, no se trata de “ignorar la Ley” y hacer prevalecer un principio. No se trata de “corregir” en su aplicación práctica el tenor literal del art. 10 Ley 14/2006 y de proporcionar una solución acorde con el principio del interés superior del menor pero contraria a la letra del precepto mencionado. Es, en realidad, algo mucho más sencillo, pues se trata, en verdad, de interpretar correctamente la cláusula del orden público internacional (= de llenarla de un contenido valorativo acorde con los principios fundamentales sobre los que está edificado el Derecho español y en especial, en sintonía con los derechos humanos, como ha señalado F. CHÉNEDÉ¹⁰⁵. No hay que “sobrepasar” la letra de ningún precepto legal a través de una “creación jurisprudencial” de soluciones jurídicas basadas en “principios superiores”. En efecto, el art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a estos casos, puesto que no se trata de decidir la filiación del menor en un proceso cognitivo, sino de aceptar o rechazar en España una filiación ya acreditada en otro país y que consta en una decisión extranjera. Por ese motivo, el principio del “interés superior del menor” no comporta ninguna inaplicación del art. 10 Ley 14/2006. Este principio no es un *deus ex machina*, ni un conejo divertido y sonriente que el tribunal competente extrae de la chistera judicial para inventarse una solución jurídica cuando a dicho tribunal “no le gusta lo que dice la Ley”. Es, muy al contrario, un principio que opera como criterio valorativo y cuya misión es monitorizar de manera permanente el sistema legal español y las resoluciones judiciales españolas para que, en todo caso, las soluciones que se proporcionen a los conflictos legales que afecten a los menores sean siempre las mejores soluciones para los menores, las que más les benefician. En definitiva, el interés superior del menor opera como “una auténtica cláusula general que obliga a una completa relectura del Derecho de familia y permite ampliar el ámbito decisorio del juez”¹⁰⁶. Pues bien, en estos casos, se trata de concretar el contenido del orden público internacional español con arreglo al interés superior del menor.

67. c) Superioridad valorativa del principio del “interés superior del menor”. Es claro que en la cuestión de la inscripción o no inscripción en el Registro civil español de una filiación atribuida por autoridades extranjeras a un menor nacido gracias a la gestación por sustitución, varios intereses pugnan. En realidad, los intereses enfrentados son dos: (a) La autoridad de la Ley española, contraria a los contratos de gestación por sustitución y a la filiación de los comitentes. Es la autoridad de la Ley, “*l’autorité de la loi*”. Se trata del interés del Estado español en el respeto de su legislación, en evitar los movimientos jurídico estratégicos fraudulentos que ciertas personas realizan para burlar la aplicación de las normas imperativas españolas y para evitar las consecuencias de la prohibición de los contratos de maternidad subrogada que existe en la legislación española. El interés radica en el respeto a la “autoridad de la Ley”; (b) El interés del menor nacido en virtud de estas técnicas, que radica en que su filiación debe quedar concretada en relación con las personas que pueden ofrecer a dicho menor un entorno familiar más adecuado a sus necesidades y aspiraciones vitales.

Pues bien, en el escenario del sistema jurídico español el “interés superior del menor” constituye un “principio superior”. Ello significa que, en el caso concreto en el que se produzca un enfrentamiento entre estos dos principios antitéticos (= principio uno: el castigo de movimientos elusorios de la Ley española como el *Forum Shopping* y la correlativa protección de la “autoridad de la Ley española” y principio dos: el interés del menor), siempre prevalece el principio del interés del menor. Por eso es un

¹⁰⁵ F. CHÉNEDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802.

¹⁰⁶ J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

interés “superior”¹⁰⁷. El carácter “superior” de dicho principio no es un invento de jueces especialmente creativos o de académicos singularmente inspirados. Es una exigencia legal, porque deriva de la misma ley. El antes citado art. 3.1 CDN expresa, con cristalina claridad, que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Obsérvese que el precepto no se refiere, simplemente, al “interés del menor” sino al interés “superior” del menor. En efecto, en la ponderación de estos intereses en conflicto, ambos no presentan la misma importancia ni el mismo valor. El “interés superior del menor” (art. 3 CDN de Nueva York de 20 noviembre 1989 y art. 2 Ley Orgánica de 1/1996 de Protección Jurídica del menor de 15 de enero 1996) es un valor “superior”, como bien ha dejado claro el mismo TS¹⁰⁸. Por ello, una solución jurídica que para evitar o castigar el *Forum Shopping* fraudulento comportase un perjuicio legal para los menores no es compatible con el principio del “interés superior del menor”¹⁰⁹. En el caso objeto de la STS 6 febrero 2014, este principio aconseja que debían haber sido considerados como “padres” los sujetos que han tomado la decisión de ser tales, los “comitentes”, es decir, los sujetos que han sido declarados “padres” en California, y no la mujer que da a luz (C. MAYER)¹¹⁰. Como ha subrayado J. GUILLAUMÉ, «une fois l'enfant né, il semble difficile de faire prévaloir l'argument tiré de l'autorité de la loi»¹¹¹. Así lo ha estimado también cierta jurisprudencia italiana que ha empleado como punto de anclaje el texto del art. 23 R.2201/2003: «Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor (...)»¹¹².

Un “interés superior” no es una frase hecha, no es un truco de prestidigitador de feria de pueblo que se usa para alterar el sentido de la Ley. No es un conjunto de palabras bonitas pero capciosas ni una mera afirmación políticamente correcta. Es un interés jurídicamente protegido a un nivel tan elevado que debe imponerse sobre otros intereses que puedan entrar en conflicto con él. Por eso es un interés “superior”.

Por otra parte, el “interés superior del menor” suele ser, con frecuencia, objeto de un acercamiento abstracto. Ello constituye un error metodológico de notable magnitud. En efecto, no se trata de buscar y encontrar la solución jurídica que sintoniza mejor con el interés superior del “menor” en general. No se trata de buscar la solución que encaja de manera más perfecta con el interés de “los menores” entendidos éstos en sentido general o abstracto. No se defiende el interés superior de “todos los menores” o del “menor-tipo”. Se trata, más bien al contrario, y como destaca la sobresaliente aportación debida a S. ROURA GÓMEZ, de decidir la solución que es mejor para “este menor”, para el menor, con nombre y apellidos, implicado en el caso concreto¹¹³. El TS razona sobre el “menor en abstracto” y no sobre el “menor en concreto”, lo que constituye una profunda equivocación de método que, naturalmente, conduce a una solución errónea y perjudicial para el concreto menor.

68. d) Interés superior del menor como principio conformador del orden público internacional español. Como se ha visto, en el sector de la filiación y de la protección de menores el principio fun-

¹⁰⁷ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 69.

¹⁰⁸ *Vid.* también la STS 31 julio 2009: “La LOPJM introduce de forma expresa el interés del menor como principio rector en la aplicación de la Ley al establecer su art. 2 que en su aplicación primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 11.2 de dicho texto legal, en consonancia con el art. 39.2 CE, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas de 20/11/1989, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo, resolución A3-0172/92, entre otros instrumentos internacionales”.

¹⁰⁹ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629, esp. p. 625.

¹¹⁰ C. MAYER, „Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)“, *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63.

¹¹¹ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹¹² *Vid.* Sent. Tribunal Penale di Trieste 4 octubre 2013 [maternidad surrogada en Ucrania y posible ilícito penal], *RDIPP*, 2014, pp. 154-156.

¹¹³ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

damental que vertebra el orden público internacional español es el “interés superior del menor”. En su STS 6 febrero 2014 el TS olvida que este principio debe prevalecer sobre cualquier otro a la hora de configurar el contenido activo del orden público internacional español como cláusula que opera contra los efectos de las resoluciones registrales extranjeras en España en casos relativos a gestación por sustitución legalmente acreditada en el extranjero.

La resolución registral extranjera goza de una presunción de legalidad en España (= sólo puede dejar de surtir efectos en España si se prueba que surte efectos contrarios al orden público internacional español). No debe olvidarse que la filiación del nacido tras dicha gestación por sustitución fue legalmente acreditada en el extranjero, que se ajustó a las leyes vigentes en un país extranjero. Debe estimarse que el menor, que este menor en concreto con nombre y apellidos, encuentra su mejor situación jurídica como “hijo legal” de los individuos que aparecen como “padres” en la resolución extranjera. Debe recordarse también que no se ha probado que la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero obedeciese a execrables prácticas de compra de menores, abuso de situación de necesidad o engaño o violencia sobre la mujer gestante, ni nada parecido. Por ello, puede afirmarse que opera en interés del menor considerar que los padres del mismo deben ser los sujetos que constan como tales en la resolución registral extranjera. Dicha resolución extranjera relativa a la filiación del nacido tras una gestación por sustitución encaja perfectamente con el interés del menor. Dicha resolución transporta por encima de las fronteras de los distintos países una solución que favorece al menor, una solución que, en el plano de la filiación, es la mejor posible para ese concreto menor. En consecuencia, aceptar en España la filiación del menor nacido tras una gestación por sustitución y que consta en la certificación registral extranjera en favor de los comitentes puede ser una solución plenamente acorde con el principio del interés del menor. En efecto, en Derecho español, la filiación legal no tiene por qué coincidir con la verdad biológica o genética (A. QUIÑONES ESCÁMEZ). En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional de Austria se ha apoyado en el “interés superior del menor” para admitir en Austria la filiación de un menor nacido en Georgia (EE.UU) tras una gestación por sustitución en favor de los comitentes (B. LURGER)¹¹⁴. En efecto, como con extrema sutileza y acierto señala C. CAMPIGLIO, a la hora de precisar en el Estado de destino la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución ya acreditada en el Estado de origen, el art. 3 CDN autoriza a los jueces y autoridades a seguir uno de los siguientes tres criterios: (i) criterio gestativo (= el nacido es considerado “hijo” de la madre gestante y que da a luz), (ii) criterio genético (= el nacido es considerado “hijo” de la mujer que aporta, en su caso, el material genético ovular), o (iii) el criterio social-intencional (= el nacido es considerado “hijo” de los comitentes”, sujetos que han adoptado la decisión de “ser padres”)¹¹⁵. El juez asume una “función creativa de soluciones” (C. CAMPIGLIO) de modo que puede y debe optar por aquel criterio que mejor encaje con el interés del menor (C. MAYER)¹¹⁶. El Derecho jurisprudencial toma el mando en Derecho internacional privado. La justicia pretoriana, sujeta, eso sí, en todo caso, a un exigente test de motivación anclado en la defensa de los derechos humanos, adquiere un destacado protagonismo, en palabras de M. SESTA¹¹⁷. Por otro lado, debe recordarse que, en relación con otros casos, como los relativos a la transexualidad, el TEDH ha preferido recurrir al “criterio social” y ha aceptado el sexo social de la persona, de modo que tal criterio social ha prevalecido sobre el “sexo biológico”.

Es claro que, en el caso enjuiciado por la STS 6 febrero 2014, la mejor solución para el menor era confirmar la filiación del mismo en relación con sus comitentes tal y como estableció la resolución

¹¹⁴ B. LURGER, “The Austrian choice of law rules in cases of surrogate motherhood abroad - the best interest of the child between recognition, European human rights and the Austrian prohibition of surrogate motherhood”, *IPRax*, 2013-III, pp. 282-289.

¹¹⁵ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, 2009, pp. 589-604; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 39.

¹¹⁶ C. MAYER, “Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen (KG, S. 72, OLG Düsseldorf, S. 77 und VG Berlin, S. 80)”, *IPRax*, 2014-1, pp. 57-63; C. CAMPIGLIO, “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell giurisprudenza (Italian Provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of the Courts)”, *RDIPP*, 2014, pp. 481-516.

¹¹⁷ M. SESTA, “La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale”, *Il Corriere giuridico*, 4, 2002, pp. 488-495.

registral californiana. Un análisis de las circunstancias del caso concreto demuestra, de manera sencilla, la anterior afirmación: (a) La mujer gestante había renunciado voluntariamente, sin coacción alguna, a su filiación materna respecto de los nacidos, había sido perfectamente informada de los efectos legales de dicha renuncia y ésta se había ajustado a la Ley del Estado de origen; (b) Los comitentes llevan conviviendo con los menores más de seis años en perfecta normalidad, todos los días; (c) Los menores se hallan íntegra e inmejorablemente integrados en la sociedad española desde hace seis años y con los comitentes; (d) El Derecho de California y al resolución registral californiana otorgaron la filiación a los comitentes, de modo que los menores son, en California, hijos de los comitentes ante la Ley; (e) Todas las prácticas relativas a la gestación por sustitución se ajustaron, en este caso, al Derecho de California, que impide la compraventa de niños, que garantiza el consentimiento informado y libre de la mujer gestante y que impide, igualmente, que intermediarios se lucren indebidamente durante este proceso. En este sentido razonó de manera inmejorable la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13. El BGH alemán estimó que la asignación de la filiación en favor del ciudadano alemán que era padre biológico del menor no es, en modo alguno, contraria al orden público internacional alemán, como es lógico, puesto que con arreglo al Derecho alemán también es así. La asignación de la paternidad al otro ciudadano alemán, pareja registrada del padre biológico del menor, tampoco resultó, a juicio de BGH, contraria al orden público internacional alemán. En efecto, en estas circunstancias, el BGH estimó que privar al niño de una relación de filiación con el comitente alemán que, aunque no es padre biológico, se considera como “padre” en la sentencia californiana estaba plenamente dispuesto a asumir sus responsabilidades como “padre” del niño, vulnera el derecho del menor a su vida privada, a su identidad, y a su vida familiar, tal y como establece el art. 8.1 CEDH. En el caso que falló el TS estas consideraciones resultan plenamente aplicables: privar al menor de sus dos progenitores legalmente considerados como tales según la resolución californiana, dos personas que estaban completamente dispuestos a asumir sus responsabilidades como padres del niño y que así lo han venido haciendo durante años, vulnera el principio del “interés del menor”, el derecho de éste a su vida privada, a su identidad, y a su vida familiar. El interés del menor consiste, en el caso concreto, en que queden aseguradas las necesidades materiales básicas del menor en cuestión (= su alimentación, su salud, su vestido, su casa, su bienestar), así como las necesidades emocionales del mismo (= su situación afectiva, su nombre, saber quiénes son sus padres, su educación en valores, su serenidad vital, esto es, una vida sin tensiones emocionales, su convivencia con personas que le quieren y que han aceptado voluntariamente y con arreglo a la Ley, su *status* jurídico de “padres”)¹¹⁸.

Frente a ello, lo único que podría detener los efectos jurídicos de la resolución registral californiana en España es el “respeto a la Ley española”, la lucha contra un posible *Forum Shopping* fraudulento: la defensa de la “autoridad de la Ley”. En efecto, las situaciones “naturalmente conectadas con un Estado” (= todos sus elementos están conectados con un solo Estado), deben regirse por la Ley de ese Estado. Es el “ámbito natural” de las Leyes de ese Estado, que queda protegido por lo que P. LAGARDE llama “*el respeto a la autoridad de la Ley*” (= *l'autorité de la loi*)¹¹⁹. El Estado elabora sus Leyes para regular su sociedad y la internacionalización artificial de situaciones internas no puede permitir que los particulares escapen de dichas Leyes. Todo esto es correcto. Ahora bien, como antes se ha avanzado, en caso de enfrentamiento entre el principio del respeto a la aplicación de la Ley española a casos estrecha-

¹¹⁸ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹¹⁹ Escribe P. LAGARDE: “*la faveur à la validité des situations juridiques, qui inspire de telles règles, est cependant soumise à certaines conditions. Il ne peut s'agir de reconnaître n'importe quelle situation crée n'importe où. Indépendamment de la condition de conformité à l'ordre public, la reconnaissance peut être subordonnée, non pas à l'application d'une certaine loi, mais à l'existence de certains liens de la situation avec son État d'origine*”. P. LAGARDE, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006, pp. 1-30, esp. p. 30; ID., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243. *Vid.* igualmente, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 446: “*Il semble en effet que l'intérêt essentiel de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de la sa loi; les lois édictées par un État forment un ensemble; si on soustrait à cet ensemble des relations étroitement unies à celles auxquelles il s'applique sans conteste, il en résultera inévitablement des incohérences, des contradictions et une atteinte à l'autorité de la loi*”.

mente conectados con España (= represión del *Forum Shopping* y protección de la “autoridad de la Ley española”) y el principio del “interés del menor”, éste siempre prevalece. Con otras palabras, tomadas de la aportación de G. CUNIBERTI, puede indicarse que, en estos casos, el principio del respeto a la “autoridad de la Ley española” no forma parte del orden público internacional español, porque el principio del interés “superior” del menor así lo impone¹²⁰. El interés superior del menor viaja dentro de la resolución registral extranjera, está contenido en la misma. Por ello, ningún otro principio, -como podría ser el respeto a la autoridad de la Ley española o la lucha contra el *Forum Shopping*-, puede detener los efectos en España de dicha resolución, puesto que si así fuese, se harían prevalecer estos principios sobre el interés superior del menor, algo que es contrario a lo que el mismo sistema legal español establece, esto es, a la superioridad valorativa del interés del menor sobre cualquier otro principio inspirador del ordenamiento jurídico español.

Por otra parte incluso si se considerase que el tantas veces citado art. 10 Ley 14/2006 es aplicable a estos supuestos, -que no lo es, porque dicho precepto sólo opera en casos de procesos cognitivos de filiación en España y no en relación con los efectos legales en España de la filiación ya acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución-, resulta que, diga lo que diga dicho precepto, si el mismo conduce a una solución que, en el caso específico, vulnera el interés superior del niño en cuestión, los tribunales españoles deben rechazar tal solución. En tales supuestos, los tribunales y autoridades españolas deben optar, mediante un desarrollo judicial del art. 3 CDN, en favor de una respuesta jurídica que sintonice correctamente con el interés del menor en el caso concreto. Lo expresa muy correctamente J.M. DE TORRES PEREA: “*puede considerarse que cuando una norma imperativa colisiona frontalmente con la cláusula general del interés superior del menor puede quedar neutralizada su aplicación por exigirlo dicho principio que ha de considerarse prioritario*”¹²¹. Esta afirmación no es una *invitatio* a la libre creación de una solución jurídica por parte de las autoridades españolas, sino una consecuencia directa de la primacía de las normas contenidas en un convenio internacional sobre las normas españolas de producción interna. Es, por tanto, una obligación para el operador jurídico. El art. 3 CDN 1989 “monitoriza” todo el Derecho español en dos sentidos (SAP Zaragoza 26 julio 2013 [interés del menor])¹²²: (a) Las normas positivas de DIPr. deben inspirarse en el principio básico de “interés del menor” (= las soluciones legales positivas españolas son un reflejo de dicho principio jurídico fundamental y lo traducen en normas legales positivas); (b) La definición concreta del contenido del orden público internacional español en estos casos debe realizarse, siempre, con arreglo al principio del interés superior del concreto menor implicado en el caso del que se trate y debe imponerse sobre cualquier otro principio del ordenamiento jurídico español que pudiera resultar contrario al interés superior del menor; (c) Los resultados de la aplicación práctica, en cada caso concreto, de tales normas positivas del DIPr. español y de todo el Derecho español, deben ser acordes con el principio de “interés del menor”. En el caso de que tales resultados no sintonicen, en un caso específico, con el interés del menor, el juez / operador jurídico, está obligado a modificarlos, para que la aplicación del Derecho español encaje del modo más exacto con el interés del menor. En esta tercera vertiente, el principio del interés del menor “monitoriza” (= vigila, controla y en su caso corrige) el resultado real en la práctica de la aplicación del sistema legal positivo a un caso específico. En supuestos concretos, por lo tanto, el principio del interés del menor debe y puede impedir una aplicación textual de la letra del art. 10 Ley 14/2006. De hecho, esta disposición legal, al establecer que la filiación materna del nacido por gestación subrogada corresponde siempre y sin matices ni excepciones a la madre que da a luz, debe ser objeto de una lectura especial, debe ser entendido como una “presunción (= recogida en el art. 10 Ley 14/2006) sometida a corrección (= por el principio del interés superior del menor”. En otras palabras, el legislador presume que los contratos de

¹²⁰ G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153, esp. pp. 152-153.

¹²¹ J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

¹²² P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

gestación por sustitución esconden prácticas oscuras y por ello perjudicaría al menor otorgar la filiación del mismo a los comitentes. El legislador presume que la prohibición de tales contratos encaja con el interés del menor. Sin embargo, no deja de ser una presunción. En efecto, el art. 3 CDN 1989 el precepto obliga a realizar una “lectura cautelar” del art. 10 Ley 14/2006 y a apartarse del criterio “la filiación corresponde a la mujer gestante” cuando dicho criterio contradice el “interés superior del menor”. Como es evidente, la intervención del interés superior del menor en este triple plano supone que las soluciones legales están, en todo caso, bajo la atenta lupa de dicho principio jurídico. Ello cambia el típico modo de razonar axiomático por el que tanta querencia sienten ciertos tribunales y cierta doctrina¹²³. En este punto es preciso introducir dos precisiones. Primera: No se trata invocar la “justicia material” y de “despreciar la seguridad jurídica”, porque el principio del interés superior del menor es un principio jurídico recogido en la Ley. No se trata de invocar el Derecho natural, la familia de hecho, la Justicia en abstracto ni se trata de ningún otro “recurso *extra-jus*”. Se trata de emplear un principio jurídico y legal para interpretar la Ley y, en su caso, para corregir el resultado al que llega la letra de la Ley. Ello sucederá en escasas ocasiones, puesto que las soluciones de Derecho positivo, las recogidas en la Ley, son soluciones que encajan *a priori*, con el principio del interés superior del menor. Por ello, en la mayor parte de los casos, la seguridad jurídica material que ofrece la letra de la Ley queda garantizada: la solución es la que marca la letra de la Ley. La interpretación correctora del principio del interés superior del menor sólo en casos excepcionales para evitar que la Ley traicione a los principios que inspiran la misma Ley. No debe olvidarse que el espíritu de la Ley está por encima de su letra (art. 3 CC). Segunda: No se trata de otorgar a los tribunales un poder creador de la Ley y que éstos se inventen una nueva fuente de la filiación válida en Derecho español. En Derecho español, las fuentes de la filiación son las que marca la Ley española y no las que se inventa un tribunal porque “no le gusta el resultado al que conduce la Ley”. Ahora bien, en los casos de gestación por sustitución y filiación acreditada en otro país, no es necesaria ninguna operación de “corrección de la Ley” mediante la *magic wand* del principio del interés superior del menor. Se trata, simplemente, de dar un “sí” o un “no” a una filiación ya acreditada legalmente en otro país y que consta en documento público extranjero, que es título de acceso al Registro Civil español. El juez español no debe ni puede entrar en cuál fue la fuente de la filiación para las autoridades extranjeras, pues eso pertenece al “fondo del asunto” y está vetado revisar tal fondo del asunto. Las autoridades españolas deben concretar el alcance y significado del orden público internacional en el sector de la filiación para saber si deben o no dar efectos legales en España a la filiación acreditada en el extranjero. Como es evidente, el carácter general y cambiante del orden público internacional complica su concreción, pero ello no significa ignorar el mandato contenido en el art. 10 Ley 14/2006 porque, sencillamente, dicho precepto no es aplicable a estos casos.

69. e) La intervención del orden público internacional español y la correlativa denegación en España de los efectos jurídicos de la resolución registral extranjera provoca perjuicios jurídicos para los menores. En el caso que falló la STS 6 febrero 2014, el rechazo en España de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución es una solución que no encaja con el interés del menor. La solución que propone el TS, consistente en dejar al menor sin padres y proponer una adopción o acogimiento familiar del niño es una solución, como se verá *infra*, frontalmente contraria al interés del menor (art. 3 CDN 1989) y a los derechos del mismo recogidos en el art. 8.1 CEDH. El TS propone que los menores no sean inscritos como hijos de quienes son sus padres legales en el Estado de origen y que ostentan su guarda de hecho en España. El TS acepta que los menores puedan ser internados en un orfanato u otra institución española de servicios sociales, que se les pueda privar de los vínculos afectivos creados entre tales menores y sus guardadores de hecho, que tales menores puedan ser entregados a su

¹²³ L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, diario La Ley, 27 mayo 2015, pp. 1-10; A. SALAS CARCELLER, “Gestación por sustitución y Registro Civil, El Blog de Lacaci & Asociados”, 16 febrero 2014, en <http://lacaciasociados.es/gestacion-por-sustitucion/>, que indica que “[l]o que la mayoría de los miembros de la Sala hemos entendido es que no cabe burlar la ley española viajando a California a contratar una gestación por sustitución –por disponer de los medios económicos necesarios para ello- y a continuación lograr en España la inscripción en el Registro Civil de la filiación de una forma que habría resultado imposible si los hechos se hubieran producido en nuestro país (...) El desorden está servido, pero los tribunales están para, al menos, intentar que las leyes se cumplan y no sean burladas”.

madre legal según el Derecho español, esto es, a la mujer que les dio a luz y que nada quiere saber de ellos, pues ya renunció a su patria potestad, que esta mujer reclame para sí la filiación de dichos menores a los que no ha visto ni con los que no ha convivido en los últimos seis años¹²⁴. Ésa, y no otra, es la solución que propone el TS como la solución que encaja mejor (?) con el interés superior del menor¹²⁵. Es evidente que la negativa a inscribir en España la filiación que los menores tienen en California comporta diferentes perjuicios legales para los mismos.

1º) *Perjuicio directo al derecho a la vida privada de los menores*. En primer lugar, se daña el derecho a la vida privada de los menores, pues su identidad queda perjudicada, al tener nombres distintos y padres distintos en España y en Estados Unidos¹²⁶. Como indica la sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, en estos casos, el art. 8 CEDH dispone que el niño tiene derecho al respeto de su vida privada y ello incluye el respeto a identidad. Pues bien, debe respetarse la filiación del menor establecida en California puesto que la filiación forma parte del derecho a una “identidad propia”. Privar al niño de tal filiación vulnera el derecho del niño a su identidad y a su vida privada. Idénticas observaciones se han realizado también por la jurisprudencia italiana en el caso de la Sent. corte d’appello di Torino 20 octubre 2014, que se refiere al supuesto de dos mujeres, casadas entre sí en Barcelona, y madres ambas del mismo menor según el Derecho español. El tribunal italiano aceptó la filiación del menor establecida en España¹²⁷. En efecto, el menor menor tiene derecho a un “identidad única” (= derecho a ser considerado el mismo sujeto, con iguales datos de identidad por el sistema jurídico) (E. JAYME, A. GATTINI)¹²⁸. Ello se pone de relieve, con mayor énfasis, en los casos “internacionales”. Este derecho deriva del art. 3 CDN, de modo que la DGRN ha privilegiado, en palabras de A. GOUTTENOIRE, “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”¹²⁹. Pero mucho cuidado: este art. 3 CDN no contiene un mandato que obligue a mantener, en un país, el nombre y filiación atribuidos legalmente en otro país. Dicho precepto recoge, por el contrario, un “mandato genérico vigilante”, un “parámetro aplicativo del ordenamiento Jurídico”, una “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO) que permite modular los resultados positivos o negativos de la aplicación de las normas de DIPr.¹³⁰ Con otras palabras, puede afirmarse que el art. 3 CDN no ordena respetar la filiación y/o el nombre recogidos en una certificación registral extranjera. Este art. 3 CDN, en conexión con el art. 8 CDN, sólo indica que el menor es titular de un derecho a

¹²⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49, esp. p. 32.

¹²⁵ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstital/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014): “*Que se reconozca la resolución por cumplir los requisitos formales y materiales del lugar de origen no supone aceptar la validez del contrato previo, ni en general cuestiones ajenas al proceso que dio lugar a la resolución. El encargado del Registro Civil no debe valorar la ley material, sino solo la resolución presentada. El orden público internacional presenta muy limitado alcance en el campo del reconocimiento incidental u homologador. Por no hablar de la situación en que se quedan los niños. Sin nombre. Sin colegio. Sin sanidad. Sin filiación. La lectura de la sentencia entristece y asombra, pues al campo no se le pueden poner puertas*”.

¹²⁶ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 66. Precedentes anteriores a la sentencia de la Corte di Appello di Bari 13 febrero 2009 se encuentran perfectamente descritos y analizados en C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, nº 3, 2009, pp. 589-604, esp. pp. 591-592; M. R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, Nº 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7.

¹²⁷ Sent. Corte d’appello di Torino 20 octubre 2014: “*La mancata trascrizione dell’atto di nascita, limita e comprime il diritto all’identità personale del minore ... e il suo status nello Stato Italiano; sul territorio italiano il minore non avrebbe alcuna relazione parentale né con la signora .. né con i parenti della stessa. Il minore non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all’incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della Sig.ra ...*”. *Vid.* http://torino.repubblica.it/cronaca/2015/01/07/news/bimbo_nato_da_due_mamme_i_giudici_al_comune_e_figlio_di_due_mamme-104434826/?refresh_ce.

¹²⁸ E. JAYME, “Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca”, *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1. pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95.

¹²⁹ *Vid.* el comentario de A. GOUTTENOIRE en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007.

¹³⁰ F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.

“preservar su identidad” y que tal derecho debe ser defendido con carácter preferente, ya que responde al “interés superior del niño”. De ahí se deriva que el aplicador del Derecho debe vigilar con sumo cuidado los resultados a los que conduce la aplicación de las normas jurídicas, en este caso, del DIPr. El operador jurídico debe proceder a aplicar o no aplicar dichas normas y/o a modular su aplicación en un sentido o en otro, para dar satisfacción al “interés superior del menor”. Así pues, a la hora de saber si se debe dar efectos legales en España a la certificación registral californiana, los elementos fundamentales son los que aparecen conectados con la individualidad e identidad del menor (= “elementos subjetivos y psicológicos”). Negar efectos jurídicos en España a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen “padres distintos” según el país del que se trate. En California, sus padres son unos, pero en España sus padres son otros, “*de modo que sus padres [son] distintos cada vez que cruzan una frontera*”¹³¹. Los menores son titulares del derecho a una “identidad única” que se debe respetar “*por encima de las fronteras estatales*”. La doctrina del TJUE apunta en esta misma dirección (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*¹³², STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*¹³³, STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06, *Grunkin-Paul*). Estos pronunciamientos subrayan que los menores (= e incluso, en general, las personas, como se aprecia en la STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*¹³⁴), son titulares del derecho a disponer de una “filiación única válida en varios países” y de un “nombre y apellidos únicos”, válidos también en varios países. Este derecho a la identidad única del menor puede exigir que el nombre y apellidos, así como la filiación de un menor, otorgados en un Estado sean respetados por el Derecho de los demás Estados. Las citadas sentencias del TJUE presentan “un valor supraeuropeo”¹³⁵. El derecho a una “identidad única” pertenece a todos los menores, pues deriva del art. 3 CDN.

2º) *Perjuicios indirectos*. Como consecuencia de la quiebra de identidad de los menores, éstos sufren ulteriores perjuicios (= perjuicios indirectos): (i) La filiación de estos menores en España no coincide con la filiación que tienen en el Estado de origen. Los menores “pierden un progenitor”, pues son considerados hijos, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los dos “comitentes” y quedan a cargo de una mujer que sólo accedió a gestarlos; (ii) Los menores carecen de la nacionalidad española, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen (= Estados Unidos de América), en favor de los comitentes, resulta que los menores carecerán de nacionalidad española. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona.

¹³¹ RDGRN 18 febrero 2009, FD V, párrafo quinto.

¹³² *Recopilación*, p. I-01191.

¹³³ *Recopilación*, p. I-11613.

¹³⁴ *Recopilación*, p. I-01191. *Vid.* igualmente las muy interesantes conclusiones del Sr. Abogado General JACOBS, especialmente en el punto 39 de las mismas, de fecha 9 diciembre 1992.

¹³⁵ En el ámbito del Derecho de la UE, la determinación de la filiación en un Estado miembro de la UE plantea problemas particulares ligados a los derechos fundamentales que el Derecho de la UE atribuye a los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro (= “ciudadanos europeos”). En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 18 TCE). Si cada vez que el nacido “cruza la frontera”, resulta que cambia su filiación, se producirían “riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados”, que pueden “causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado” (= son palabras extraídas de la STJUE 2 octubre 2003, as. C 148/02, *García Avello*, *Recopilación*, p. I-11613). En definitiva, en dicho supuesto, se dañaría la libre circulación de personas en la UE, pues los ciudadanos comunitarios se sentirían “desincentivados” y “obstaculizados” a trasladarse a otros Estados miembros si cada vez que cruzan las fronteras entre los Estados miembros, su filiación, y por tanto, su misma identidad, cambiase. La jurisprudencia del TJUE recaída en materia de nombre y apellido de las personas físicas apunta ya la solución jurídica: cuando un sujeto tenga “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, se deberá preferir como “filiación prevalente” una de las dos, que será, normalmente, la filiación elegida por el sujeto interesado o por sus representantes en el supuesto de su menor edad, siempre que esta situación no haya sido el resultado de maniobras estratégicas de los particulares (= mediante la búsqueda por los interesados de un foro de conveniencia: *Bad Forum Shopping*), y siempre que la admisión en un Estado miembro de la filiación del sujeto otorgada en otro Estado miembro no produzca resultados su orden público internacional (= lo que podría verificarse si la filiación elegida por los padres o representantes legales del sujeto, menor de edad, como “filiación prevalente”, perjudicara a dicho menor, pues en dicho supuesto, la certificación registral extranjera en la que consta es concreta filiación dañaría muy probablemente la estructura jurídica fundamental del Estado miembro de destino de dicha certificación registral).

La existencia de este perjuicio la confirma el propio TS, cuando afirma en su ATS 2 febrero 2015 que dicho perjuicio no se produce si, tras la denegación del reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada en California, se procede a su adopción por los comitentes o a la determinación de la filiación biológica respecto del padre biológico. Traducción de las palabras del TS: si se deniega el reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada en California, los menores no tendrán nacionalidad española, que es lo que en realidad ocurre. *Ergo*, la postura del TS consiste, en realidad, en afirmar que la denegación de dicho reconocimiento impide que los menores tengan la nacionalidad española¹³⁶; (iii) *Privación de derechos sucesorios*. Al no ser considerados, en España (= Estado de destino), “hijos” de sus comitentes, estos niños no pueden heredar de los mismos a título de “hijos”. Sus derechos hereditarios quedan dañados. En suma, esta catarata de perjuicios jurídicos es catastrófica para el menor en cuestión (P. LAGARDE)¹³⁷. El art. 8 CEDH impone la necesidad de “otorgar al menor el régimen jurídico más favorable en conformidad con su interés superior”, esto es, en su caso, el régimen de “hijo legal” respecto de los padres contratantes, con arreglo al Derecho extranjero donde la filiación ha sido acreditada (R. BARATTA).

Estas consecuencias negativas vulneran el art. 3 CDN 20 noviembre 1989 y el “interés superior del menor” y por ello, deben evitarse (F. MOSCONI, A. CATTÀ, G. CUNIBERTI) (Sent. Cour d’appel Paris 25 octubre 2007, Sent. corte d’appello Bari 13 y 25 febrero 2009 [una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el “*parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all’ordine pubblico internazionale*”], RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles])¹³⁸.

70.f) Filiación a favor de sujetos del mismo sexo y orden público internacional. Debe indicarse que en ciertos Estados se expiden certificados registrales en cuya virtud se constata la filiación de un sujeto en favor de dos progenitores del mismo sexo, por ejemplo cuando el nacido lo ha sido por técnicas de reproducción asistida y, en su caso, gestación por sustitución. Pues bien, esta circunstancia no activa el orden público internacional español (RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]). Diversos argumentos sostiene la anterior afirmación: (a) En Derecho español también es posible que la filiación se inscriba en favor de dos mujeres (art. 7.3 Ley 14/2006, modificado por Ley 3/2007), 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 sexo distinto (RDGRN [8ª] 26 noviembre 2008, RDGRN [4ª] 14 octubre 2008 [hijo de madre que da a luz y de su esposa], RDGRN [5ª] 11 enero 2007 [filiación de nacido por técnicas de reproducción asistida de mujer casada con otra mujer pero antes de la Ley 3/2007], RDGRN [3ª] 17 abril 2008 [inscripción de maternidad], RDGRN [3ª] 17 mayo 2008 [inscripción de maternidad]); (b) En el Derecho español, la filiación no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados (*vid.* en los Estados Unidos la muy importante sentencia del Tribunal de apelación de California, Cal. App. 4th 1410, 1998, *Buzzanca* [la filiación se determina por el “consentimiento inicial a ser padres”])¹³⁹. Por estas razones, no deben existir obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones o de dos mujeres.

¹³⁶ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹³⁷ P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331.

¹³⁸ S. TONOLO, “Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni”, *RDI*, 2014, pp. 1123-1147; S. TONOLO, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”, *RDIPP*, 2014, pp. 81-104.

¹³⁹ “*Parents who agree to procreate together, by whatever means, are the parents of the child because they chose to bring the child into being. Further, such people are likely to have the child’s best interests at heart*” (*Marriage of Buzzanca* (1998) 61 Cal.App.4th 1410).

71. g) *Análisis de la existencia de “fraude” o “Forum Shopping”*. El TS realiza diversas consideraciones sobre el *Forum Shopping* llevado a cabo por los comitentes y lo vincula a la infracción del orden público internacional español, con lo que recae en el mismo error metodológico de cierta jurisprudencia francesa¹⁴⁰. Esto es, para el TS, la búsqueda consciente y a propósito de un resultado ilegal para el Derecho español pero legal para el Derecho de otro Estado comporta que deba activarse el orden público internacional español para impedir que tal resultado se pueda introducir en el orden jurídico español. Pues bien, la existencia de un “fraude” o “*Forum Shopping*” en la actuación de los particulares debe ser examinada *cum grano salis*: (a) No puede afirmarse que tal movimiento fraudulento exista en todos los casos de filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución. En efecto, existen supuestos en los que los comitentes tienen su residencia habitual en un país cuyas leyes admiten la gestación por sustitución, por lo que no acuden a un país con el mero y solo objetivo de lograr una filiación determinada: ya viven allí. En tal caso, podría acudir a un orden público internacional de proximidad. Se trataría de una situación legalmente nacida en el extranjero y sólo débilmente conectada con la sociedad española, razón por la que no debería intervenir ni el orden público internacional español ni ninguna sanción a un inexistente *Forum Shopping* fraudulento; (b) La existencia de un “*Forum Shopping*” debe interpretarse restrictivamente y con atención, en todo caso, al caso concreto; (c) Debe tenerse en cuenta que no resulta acorde con el interés del menor (art. 3 CDN 1989) el rechazo sistemático en España de la filiación determinada en el extranjero como mecanismo de castigo legal a una serie de operaciones llevadas a cabo por sus (presuntos) padres adultos con el fin de evitar la aplicación de la Ley española (sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13). Como antes se ha indicado, incluso en los casos en los que haya existido tal movimiento legal estratégico, éste no puede castigarse con mecanismos jurídicos que supongan un perjuicio para el menor, pues ello vulnera el principio del interés superior del menor. En efecto, el *Forum Shopping* fraudulento es una excepción al reconocimiento en España de decisiones extranjeras que ha sido diseñada para “castigar” a los responsables de dicho movimiento de “deslocalización artificial de la relación jurídica” (= internacionalización ficticia o artificial de la situación jurídica), movimiento con el que esperan lograr algún beneficio legal. Sin embargo, en estos casos, apreciar *Forum Shopping* fraudulento no es siempre procedente, porque los menores no son responsables de los actos de sus padres y negar el reconocimiento del acta registral extranjera por haber sido lograda mediante *Forum Shopping* podría conducir a “castigar a los hijos”, a los que se priva de una filiación, debido a una “deslocalización artificial de la relación jurídica” no realizada por ellos, sino por sus presuntos padres (S. BOLLÉE, G. CUNIBERTI)¹⁴¹. Como ha escrito con bien cortada pluma A. GOUTTENOIRE, “*el recurso al interés del menor permite recordar que en ningún caso son los menores los que deben pagar el precio de las consecuencias de los actos de los adultos, aunque estos actos resulten contrarios a los principios esenciales del Derecho civil o penal*”¹⁴².

Por otro lado, como antes se ha indicado, el rechazo al reconocimiento en España de decisiones extranjeras basado en la lucha contra el *Forum Shopping* fraudulento defiende la coherencia de la legislación imperativa de un Estado, interés perfectamente legítimo y necesario. Ahora bien, la lucha contra el *Forum Shopping* y contra los movimientos estratégicos de los particulares que persiguen burlar la normal aplicación de las normas imperativas de un Estado no puede llevarse a cabo a toda costa. En efecto, la lucha contra el *Forum Shopping* no puede comportar un sacrificio, menoscabo o perjuicio del interés del menor, porque este interés es «superior» a la defensa de la coherencia de la aplicación de la legislación imperativa del Estado y debe, por tanto, prevalecer. Si prevaleciese la lucha contra el fraude sobre el interés superior del menor y sobre los derechos de éste, se llegaría a una «*paralysie des droits fondamentaux*», como subraya P. HAMMJE¹⁴³. Una reflexión final sobre este aspecto es necesaria.

¹⁴⁰ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629.

¹⁴¹ S. BOLLÉE, “Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014”, *RCDIP*, 2014, pp. 619-629; G. CUNIBERTI, “Nota a Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. C de 25 octubre 2007”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹⁴² A. GOUTTENOIRE, en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. Cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007: “*Le recours à l’intérêt supérieur de l’enfant permet de rappeler que ce ne sont pas les enfants qui doivent payer le prix des conséquences des actes des adultes, fussent-ils contraires à des principes essentiels du droit civil et pénal*”.

¹⁴³ P. HAMMJE, «Nota a sents. Cour Cass. Francia de 13 septiembre 2013», *RCDIP*, 2013, pp. 909-915.

La sanción legal a un movimiento de *Forum Shopping* fraudulento debería operar sólo y exclusivamente en los casos en los que el orden público internacional no pueda intervenir. En caso contrario, el castigo del *Forum Shopping* fraudulento se confunde con el mismo orden público internacional. Y eso precisamente es lo que hace, de modo erróneo, la STS 6 febrero 2014; (d) Debe recordarse, igualmente, que resulta cuanto menos llamativo que el TS proteste por los movimientos para eludir la ley que ciertos españoles llevan a cabo cuando se trasladan a otros países con legislaciones permisivas en relación con la gestación por sustitución cuando el legislador español, las autoridades registrales españolas y los tribunales españoles se muestran más que permisivos con los extranjeros que acuden a España en busca de una legislación permisiva para, por ejemplo, contraer matrimonio entre dos personas del mismo sexo. En tales casos, al legislador y a los tribunales españoles les importan más bien poco, o mejor dicho nada de nada, los valores imperativos de las normas imperativas extranjeras, valores sobre los que el legislador y los tribunales españoles imponen los valores jurídicos españoles (= derecho a contraer matrimonio sin distinción de sexo)¹⁴⁴.

72. h) El hechizo de la Ley española. En realidad, lo que el TS sostiene en su STS 6 febrero 2014 es que el principio del “interés superior del menor” está subordinado a otro interés, éste sí verdaderamente superior para el TS: la autoridad de la Ley, el imperio de la Ley, el respeto del Derecho positivo, el respeto y la obediencia estricta a la letra de la norma legal española, la seguridad jurídica formal. La norma legal aquí implicada y reverenciada es el art. 10 Ley 14/2004. En efecto, como antes se ha subrayado, para el TS, el “interés superior del menor” no puede emplearse para desviarse de la solución concreta prevista en la Ley. La Ley manda sobre todo y eso incluye, también, su prevalencia sobre el “principio del interés superior del menor”, postura compartida por cierta doctrina¹⁴⁵. Ésta es la auténtica razón por la que el TS deniega los efectos jurídicos en España de la resolución californiana de filiación. Ahora bien, dicha “razón” constituye un conglomerado de confusiones, desaciertos, equívocos e inexactitudes que no pueden ni deben ser pasados por alto. Dicho, de nuevo, con el máximo respeto, lo que al TS le preocupa no es la dignidad de la mujer gestante, de la que no se ocupa en absoluto en su sentencia, ni de los menores, a los que deja sin padres y sobre los que se limita a “proponer” su acogimiento familiar o su adopción. Lo único que verdaderamente preocupa al TS es el respeto a la letra de la Ley. El respeto a las palabras del art. 10 Ley 14/2006. El positivismo legalista. Y si el respeto al texto literal de la Ley española comporta un perjuicio jurídico para el menor, pues que así sea, porque el legislador nunca se equivoca. El legislador español siempre tiene razón. La Ley española es, para el TS, la expresión máxima e irreductible de la Justicia. Por ello debe ser obedecida siempre y en todo caso. Como es evidente, este planteamiento constituye un profundo error metodológico y sustancial. Debe recordarse, en este sentido, nuevamente, que el principio del “interés del menor” se contiene en una norma jurídica de Derecho positivo, el art. 3 CDN 1989, y que tal principio es “superior” y que, por ello, debe imponerse, cuando proceda, sobre el art. 10 Ley 16/2006 y que debe ser empleado para definir qué se entiende por “orden público internacional español” por encima de cualquier otro principio. El TS ignora este dato (= error de método y de concepción del sistema jurídico) y por eso se equivoca. Dicho con la mayor consideración hacia el alto tribunal, el TS está bajo el hechizo del positivismo legalista y nacionalista que le conduce a pensar que toda la Justicia se condensa en las normas de Derecho español con forma de Ley. El hechizo de la Ley española.

b) Falsas soluciones: adopción de los menores / reclamación de la paternidad biológica.

73. Para minorar los efectos negativos que produce sobre los menores la falta de reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada por la certificación registral extranjera, efectos negativos, y esto es grave, de los que el TS es plenamente consciente, sugiere el TS dos soluciones

¹⁴⁴ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Chonet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1281.

¹⁴⁵ 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”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, esp. p. 275.

compatibles entre sí: (a) Que el progenitor biológico de los menores reclame judicialmente la filiación de los menores; (b) Que los comitentes soliciten *ex novo*, en España, la adopción del menor o su acogimiento familiar (STS 6 febrero 2014, FD 5.11)¹⁴⁶. Ambas soluciones, como se verá, comportan notables perjuicios para los menores.

74. a) La falsa solución de la reclamación judicial de la paternidad sobre el menor por parte del progenitor biológico del mismo. Esta solución perjudica al menor por dos sencillas razones: 1º) Nadie puede ser obligado a ejercitar una acción de reclamación judicial de la paternidad sobre el menor. En consecuencia, si ello no se produce, el menor se queda sin padres, lo que, evidentemente, no encaja correctamente con el interés del menor. Si el menor ha nacido con una minusvalía, por ejemplo, su padre biológico podría no querer ejercitar dicha acción judicial. ¿Obligará el TS a su padre biológico a ello? ¿Qué ocurre si no es posible identificar al varón que aportó su material genético o si se produjo un error y se fecundó el óvulo con el material de varón desconocido?; 2º) Entre tanto se produce el ejercicio de dicha acción judicial o no, el menor queda en una situación de total incerteza jurídica; 3º) En todo caso, e incluso cuando uno de los comitentes hubiera ejercitado la acción de reclamación de la paternidad, el niño tendría un padre legal y no dos, lo que, de nuevo no es la mejor solución desde el punto de vista del interés y el bienestar del menor.

75. b) La falsa solución de la adopción o acogimiento familiar. La adopción del niño o su acogimiento familiar por parte de los comitentes es una solución que, como bien ha demostrado E. LAMM, perjudica al menor¹⁴⁷. Así lo ha señalado, en un supuesto muy similar de reconocimiento de filiación tras una gestación por sustitución en los EE.UU, el BGH alemán (sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13). El BGH indicó que la presunta solución de no reconocer en Alemania la filiación del menor establecida en California y recomendar que el menor sea adoptado por los comitentes, y en especial, por el varón que no es padre biológico del niño, es una solución que perjudicaría al menor. Como ha demostrado el BGH alemán, tres razones muy claras permiten descartar la adopción del menor como una solución jurídicamente correcta desde el punto de vista del interés del menor.

Primera razón. El resultado de esta “adopción futurible” hubiera sido igual al que se alcanzaría con el reconocimiento en España de la filiación de ambos varones establecida en la resolución californiana: ante la Ley, el menor sería considerado “hijo” de ambos comitentes a todos los efectos legales. Por tanto, desde el punto de vista de la situación jurídica del menor, el resultado que se alcanza con la adopción no es mejor que el que se alcanza con el reconocimiento en España de la filiación californiana del niño.

Segunda razón. Una posible y futurible adopción sobre el menor constituida en España no sería reconocida en los EE.UU, pues en dicho país los “adoptantes” son ya considerados “padres” legales del menor. Ello coloca al menor en una situación perjudicial: su vida privada y su derecho a una identidad personal resultarían dañadas porque el menor sería “hijo natural” de unas personas en los EE.UU mientras que en España sería “hijo adoptado” de esas mismas personas.

Tercera razón. Debe recordarse que nadie puede ser obligado a adoptar a otra persona. Por tanto, si uno de los varones alemanes cambia de opinión y/o se niega por cualquier razón a adoptar al menor en España, por ejemplo, porque el niño ha nacido con una discapacidad o *handicap* funcional, éste quedaría jurídicamente desprotegido. El TS español no puede garantizar, de ningún modo, que la adopción del menor en España vaya a producirse.

¹⁴⁶ STS 6 febrero 2014, FD 5.11: “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 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. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”.

¹⁴⁷ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2013, pp. 233-239.

3. La posición del Tribunal Europeo de Derechos humanos: el interés del menor obliga a limitar la intervención del orden público internacional.

A) El atlante dormido despierta. El TEDH y el Derecho internacional privado.

76. El TEDH ha sido un atlante dormido para el DIPr. durante décadas. Más cincuenta años de jurisprudencia del TEDH han transcurrido sin que hubiera, en realidad, sentencias relevantes para el DIPr. Sin embargo, casi por sorpresa, el TEDH ha entrado en escena como un protagonista de primer orden en el excesivamente clásico y académico mundo del DIPr. En particular, desde el comienzo del nuevo siglo XXI, el TEDH ha escanciado una importante jurisprudencia que afecta, principalmente, a la validez en un Estado de las situaciones jurídicas legalmente constituidas en otro Estado y al papel que, en dicho proceso, juega la cláusula - excepción del “orden público internacional”. El TEDH ha despertado las conciencias de todos aquéllos que han exagerado la misión del orden público internacional y que, en dicho contexto, habían olvidado que el DIPr. está presidido por valores materiales de primera magnitud, como por ejemplo, el interés superior del menor. El orden público internacional está al servicio de dichos valores materiales. Es su última línea de defensa.

77. En los años 2014 y 2015 el TEDH ha dictado diversas e importantes sentencias relativas a los efectos jurídicos en un Estado parte de una filiación establecida en otro Estado respecto de niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución. Se trata de las siguientes: (i) STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; (ii) STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*; (iii) STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.

78. Puede afirmarse, en síntesis, que el TEDH sostiene que no puede emplearse la cláusula de orden público internacional para rechazar, de modo sistemático, en un Estado parte en el CEDH, la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución¹⁴⁸. Precisa el TEDH que dicho reconocimiento debe aceptarse para salvaguardar, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres (= los comitentes o “*parents d’intention*” / “*intended parents*”). Debe recordarse, como ha aclarado la Consulta DGRN 11 julio 2014, que, incluso en los casos fallados por el TEDH en los que no ha sido parte España, las sentencias del TEDH tienen para España un valor de primera magnitud, pues despliegan “*el efecto interpretativo que deriva del art. 10.2 CE 1978 y que el TC viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquéllas*”¹⁴⁹.

79. Los dos “casos franceses” sobre los que se pronunció en 2014 el TEDH presentan caracteres similares (STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia* y de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*).

Se trataba de matrimonios formado por ciudadanos franceses, marido y mujer, que se trasladaron a los EE.UU y contrataron los servicios de otra mujer, madre subrogada. Tras la implantación de embriones, en un caso, la mujer gestó y dio a luz dos niñas gemelas (= caso *Labassee*) y en el otro caso gestó y dio a luz a una niña (= caso *Mennesson*). En ambos casos, el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa, es, al Sr. Labassee y al Sr. Mennesson. En ambos casos, de nuevo, tribunales de California y de Minnesota declararon respectivamente, por sentencia judicial, que cada una de las parejas francesas eran los padres legales de las respectivas niñas con arreglo al Derecho de los EE.UU. Los ciudadanos franceses instaron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés.

Tras diversas y tortuosas vicisitudes y batallas judiciales y registrales varias, la *Cour de Cassation* francesa denegó la inscripción de la filiación de las niñas en el Registro Civil francés. La *Cour*

¹⁴⁸ J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4.

¹⁴⁹ <http://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>;

de *Cassation* consideró que la gestación por sustitución es un contrato afectado de nulidad radical ya que vulneraba una “norma de “orden público”. La *Cour de Cassation* aplicó el art. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. El primer precepto de los citados indica que “[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle” y el segundo deja claro que la anterior norma constituye una norma imperativa, no disponible por las partes, y de observancia obligatoria en todos los casos (= “*disposition d’ordre public*”). La *cour de cassation* utilizó el mecanismo del orden público internacional para rechazar el reconocimiento de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de las niñas en relación con sus comitentes. Vista la negativa a la inscripción registral y al reconocimiento de la filiación de las niñas, los ciudadanos franceses recurrieron contra dichos pronunciamientos de la *cour de cassation* ante el TEDH.

A juicio del TEDH, la denegación del reconocimiento en Francia de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de los niños nacidos en los EE.UU en virtud de gestación por sustitución, vulneraba el art. 8 CEDH. Dicho precepto indica que los Estados partes en el CEDH deben respetar “la vida privada y familiar” de las personas. Al ser menores varios de los afectados, se produce, según los recurrentes, un evidente perjuicio para el “interés superior del menor” derivado del hecho del rechazo, en Francia, al reconocimiento de una filiación legalmente establecida en el extranjero en relación con los niños en cuestión. El TEDH da la razón a los padres y a los hijos gemelos: el derecho a una vida privada de los menores (art. 8 CEDH) exige que éstos sean considerados “hijos” de ambos comitentes en Francia, aunque sólo uno de éstos era padre biológico de estos niños. Esto es, para respetar el derecho a una vida privada de los menores, resulta preciso reconocer en Francia el vínculo de filiación establecido en EE.UU. Así lo admite, de manera transparente la DGRN en su Consulta DGRN 11 julio 2011 FD VIII: es necesario el reconocimiento de dicha filiación en el Estado de destino para no vulnera el art. 8 CEDH¹⁵⁰. El reconocimiento en el Estado de destino de dicha filiación acreditada legalmente en el Estado de origen es necesario para no vulnerar el art. 8 CEDH¹⁵¹. Por otro lado, el TEDH estima que no ha habido, *in casu*, infracción del derecho a una vida familiar en Francia puesto que aunque los menores no fueron considerados hijos de los “*intended parents*”, no se les impidió vivir en Francia como una familia.

80. En el caso italiano, esto es en el caso origen de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, una pareja formada por dos cónyuges italianos, el varón Sr. Giovanni Paradiso y la mujer Sra. Donatina Paradiso, acudieron a una clínica moscovita. Allí contrataron los servicios de una mujer que gestó y dio a luz a un bebé que nació en Rusia. Con arreglo al Derecho ruso, el niño es considerado como “hijo” de los ciudadanos italianos. El óvulo empleado pertenecía a una mujer que no era ni la mujer gestante ni la Sra. Campanelli. Aunque al principio se creyera que sí, resulta que el material genético masculino no pertenecía al Sr. Paradiso. Por tanto, no existía ninguna vinculación biológica entre el menor y sus comitentes. Una vez de regreso en Italia, los ciudadanos italianos fueron acusados de diversos delitos. Además, se les privó de la custodia del bebé, que fue entregado a una “casa de acogida” (*casa famiglia*) en Campobasso, Molise, Italia. Del mismo modo, se denegó todo efecto legal en Italia al certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, pues se consideró que el reconocimiento de dicho certificado vulneraba el orden público internacional italiano. Por si fuera poco, las autoridades italianas activaron el procedimiento de adopción del menor en favor de terceros y estimaron que los comitentes no eran aptos para adoptar al menor porque habían intentado burlar la aplicación del Derecho italiano, aunque habían sido declarados aptos para la adopción en 2006.

Los ciudadanos italianos recurrieron ante el TEDH y reclamaron su derecho a relacionarse con el menor, con el que formaban una familia. El TEDH estimó que las autoridades italianas habían vulne-

¹⁵⁰ Consulta DGRN 11 julio 2011, FD VIII: “*en efecto, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado sendas sentencias en los asuntos 65192/2011 (Mennesson c/Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia) en la que declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de la filiación declarada mediante sentencia judicial*”.

¹⁵¹ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

rado el art. 8 CEDH (derecho a una vida familiar) al imponer una medida extrema (= la total separación del menor respecto de los comitentes) que no era necesaria ni proporcionada, pues dicha medida extrema debe reservarse para el caso en el que el menor se halla en situación de grave “peligro” (= abusos sexuales, violencia, riesgo para la salud física o psicológica, desequilibrios psíquicos de los padres, etc.). Ninguna situación de “grave peligro” se acreditó en este caso. El TEDH no se pronunció sobre la validez en Italia del vínculo de filiación establecido legalmente en Rusia sino exclusivamente sobre el derecho de los particulares implicados a tener una “vida familiar”. Vida familiar que, naturalmente, era imposible si el menor era separado forzosamente de los comitentes a pesar de que el menor no se encontraba en ninguna situación de “peligro”. Los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, razón por la que el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión ni a favor ni en contra, lo que ha sido recordado, con razón, por el ATS 11 marzo 2015.

C) Doctrina del TEDH y la filiación, establecida en el extranjero, de los niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución.

81. La doctrina sentada por el TEDH debe ser objeto de una aproximación analítica que puede concretarse en los puntos siguientes, bien expuestos por F. CHÉNÉDÉ¹⁵².

82. a) *Regulación de la gestación por sustitución en los casos internos o meramente nacionales.* En principio, los Estados partes en el CEDH 1950 son libres para regular en sus legislaciones internas, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. En particular, el CEDH 1950 no obliga a ningún Estado a reformar sus leyes y a admitir la filiación de estos niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción asistida en favor de los comitentes. En España, por ejemplo, la legislación civil pivota sobre dos puntos: (a) La Ley prohíbe estos contratos de gestación por sustitución y los considera nulos de pleno derecho; (b) La Ley no otorga ningún efecto legal a estos contratos en relación con la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Esos niños se consideran “hijos” de la mujer que da a luz, no de los “padres de intención”. El CEDH 1950 no obliga a España a cambiar dicho régimen jurídico y el TEDH tampoco. De hecho, muchos Estados europeos rechazan, al igual que España, esta filiación, prohíben estas técnicas de reproducción humana asistida e incluso castigan con penas de privación de libertad a los que intervienen en las mismas. Las sentencias dictadas por el TEDH en 2014 y 2015 no cambian esta situación¹⁵³.

Los argumentos que el TEDH emplea para sustentar la afirmación anterior son los que siguen: (i) Los distintos Estados europeos mantienen posiciones muy diversas sobre la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Por otro lado, el TEDH subraya que la cuestión no aparece resuelta de una manera expresa y directa por el Convenio europeo de derechos humanos. Ello aconseja que el TEDH no imponga una “solución uniforme europea” sobre estos temas a todos los Estados partes; (ii) La gestación por sustitución suscita “delicadas cuestiones éticas”. Ello significa que, visto que existe un debate abierto sobre la cuestión desde el punto de vista legal y ético, es conveniente que cada Estado pueda mantener su postura legal propia, que no tiene por qué coincidir con la de los demás Estados partes. En virtud de ambos elementos, el TEDH indica que no existe un consenso europeo sobre la cuestión ni desde el punto de vista legal ni ético, y que, por tanto, los Estados partes disponen de un amplio margen de apreciación en sus opciones legislativas sobre relativas a la gestación por sustitución. En consecuencia, la regla general en esta cuestión es que los Estados partes puede regular libremente la cuestión de la gestación por sustitución en sus legislaciones nacionales. Los Estados partes pueden, por tanto, si así lo deciden, negar la filiación de los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución en relación con los comitentes (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 56). Por

¹⁵² F. CHÉNÉDÉ, «Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797-1802.

¹⁵³ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1270.

tanto, se equivocan los autores y expertos que han subrayado, no sin buenas intenciones, pero con un enfoque distorsionado, precipitado y poco reflexivo, que, tras las dos citadas sentencias del TEDH el legislador español está obligado a modificar la Ley 14/2006 y a permitir los contratos de gestación por sustitución y a admitir la filiación de los así nacidos en relación con los comitentes.

83. b) Casos internacionales (I). Normas para desincentivar el turismo procreativo y la gestación por sustitución en el extranjero por parte de residentes en un Estado. El orden público internacional. Los Estados partes en el CEDH 1950 son también libres para tratar de desincentivar a sus nacionales, a través de medidas recogidas en sus respectivas legislaciones, a fin de que éstos no acudan a otros países donde las prácticas de gestación por sustitución se permiten y logren, así, “burlar” la aplicación de la Ley nacional del Estado de destino que prohíbe estos contratos, que castiga estas conductas y que rechaza esta filiación. Dicho esto, varios aspectos concretos deben subrayarse.

1º) En principio, los Estados partes pueden negar, en su orden jurídico, -dice el TEDH-, los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 58). El art. 8.2 CEDH así lo permite. Esto es, en presencia de determinadas circunstancias, un Estado parte puede denegar dicho reconocimiento a pesar de que con ello se vulnere el principio de no injerencia del Estado en la vida familiar y/o en la vida privada.

2º) Dicha negativa al reconocimiento de la resolución extranjera en la que consta la filiación legalmente constituida en otro país tiene lugar, en los casos internacionales regulados por normas de DIPr., a través de la típica, clásica y tradicional cláusula de “orden público internacional”. En efecto, un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos puede entender que la admisión, en dicho Estado, de la filiación acreditada en otro país en relación con un nacido en virtud de gestación por sustitución daña los principios legales fundamentales que constituyen la estructura jurídica esencial de su sociedad y de su ordenamiento jurídico. En tal caso, las autoridades del Estado de destino pueden activar el orden público internacional de su Estado y pueden denegar dicho reconocimiento.

3º) Ahora bien, transparente debe quedar que dicha negativa a dar efectos a dicha filiación mediante el recurso al orden público internacional del Estado de destino no puede operar como una regla sistemática, axiomática, algebraica, abstracta y general. La activación del orden público internacional debe cumplir con varios requisitos: (a) Debe ser una activación razonada y proporcionada; (b) Debe respetar los derechos recogidos en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 en relación con el caso concreto. Ambos requisitos se hallan en el mismo art. 8.2 CEDH. Dicho precepto impone que las restricciones a dicho reconocimiento de filiación derivadas de una intervención del orden público internacional del Estado de destino deben estar debidamente justificadas. Con otras palabras, puede afirmarse que el recurso al orden público internacional no opera como un “cheque en blanco” concedido al Estado de destino para denegar los efectos de la filiación extranjera en su orden jurídico simplemente porque la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en el Derecho de ese Estado de destino mediante normas imperativas (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 80)¹⁵⁴.

84. c) Casos internacionales (II). Modulación valorativa del orden público internacional. Como se ha indicado, el orden público internacional sólo puede ser activado para rechazar el reconocimiento de la filiación constituida en otro país de un nacido en virtud de gestación por sustitución en presencia de determinadas circunstancias. En este sentido, es necesario introducir diversas precisiones adicionales.

1º) Negar el reconocimiento de la filiación de estos menores en el Estado de destino sólo puede justificarse en alguno de los motivos recogidos en el art. 8.2 CEDH. En concreto, y con mayor detalle, puede decirse que tal rechazo no se puede amparar en un recurso a la defensa de la “seguridad nacional”, ni de la “seguridad pública”, ni del “bienestar económico del país”, ni de la “defensa del orden

¹⁵⁴ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

y la prevención del delito”. Las tres primeras nociones nada tienen que ver con estos casos. La cuarta, esto es, la “defensa del orden y la prevención del delito” tampoco resulta pertinente. En efecto, indica el TEDH que las operaciones y actividades de procreación asistida tienen lugar, íntegramente, en el Estado de origen (= Estado en el que, normalmente, tiene lugar la contratación, la gestación y el nacimiento del menor). Ello supone que, vista la territorialidad material de la Ley penal (= el Derecho Penal se aplica a los actos verificados en el territorio de dicho Estado), los actos realizados en el Estado de origen no constituyen “delitos” con arreglo al Derecho penal del Estado de destino. Por ello Francia (= Estado de destino) no pudo valerse de dicho argumento para denegar en Francia el reconocimiento de la filiación de los menores tal y como había sido acreditada en los EE.UU. (= Estado de origen) (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 53).

2º) Subraya el TEDH que el Estado de destino sí puede rechazar el reconocimiento de esta filiación en su orden jurídico a través de dos justificaciones legalmente recogidas en el art. 8.2 CEDH: (i) La protección de la salud o de la moral; y (ii) La protección de los derechos y las libertades de los demás (*vid.* STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 54). Por tanto, los Estados partes pueden, en principio, imponer restricciones al derecho a la vida privada y familiar mediante normas y prácticas en cuya virtud se niegue la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución, ya hayan nacido en el Estado de origen o en el Estado de destino. En los casos objeto de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, el TEDH entiende que Francia (= Estado de destino) podría negar los efectos de la filiación acreditada legalmente en los EE.UU. si considera que con ello se beneficia la salud y los derechos de los niños a los que se refiere la filiación así como la salud y los derechos de la madre subrogada.

3º) Ahora bien, como indica el art. 8.2 CEDH, las medidas legales de rechazo al reconocimiento de una filiación derivada de gestación por sustitución deben ser “necesarias en una sociedad democrática”. Ello significa que tales restricciones a los derechos individuales no sólo deben ser estar amparadas por los argumentos legalmente recogidos en el art. 8.2 CEDH, sino que deben ser, en todo caso, “proporcionadas”. Estas restricciones a los derechos recogidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 defienden intereses públicos (= intereses de la sociedad y/o del Estado). Se trata de intereses del Estado y/o de la sociedad o de la colectividad del Estado de destino. Como regla general, la defensa de estos “intereses generales” debe prevalecer sobre los “derechos individuales” de las personas concretas. Ésa es la idea que sustenta el art. 8.2 CEDH. Ahora bien, se trata de alcanzar un justo equilibrio, de modo que la defensa de los intereses generales no elimine sistemáticamente los derechos de los concretos particulares afectados. En la búsqueda de este “equilibrio axiológico” (= equilibrio entre intereses y valores enfrentados), un dato fundamental emerge: cuando está en juego la “situación de un menor”, el interés superior de éste debe prevalecer sobre los “intereses generales” (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 75 y 80, STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 60 y 63 y 78). En este proceso de “búsqueda del equilibrio axiológico perfecto”, otro elemento resulta fundamental. No se puede castigar a los hijos por los actos de los adultos, por mucho que tales actos resulten ser ilegales o ilícitos. De ese modo, las medidas legales restrictivas que un Estado parte puede acordar contra los sujetos que intervienen en prácticas de gestación por sustitución no pueden comportar perjuicios legales para los menores implicados en los casos concretos (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 78).

85. d) Regla específica para los menores cuya filiación ha sido legalmente determinada en otro país. El TEDH indica que, en el supuesto de niños nacidos en virtud de gestación por sustitución y cuya filiación ha sido establecida legalmente en otro Estado, dicha filiación debe ser admitida en el Estado de destino y ello por dos razones: (a) Porque dicho reconocimiento es necesario para garantizar el respeto al derecho a la “vida privada” de los menores implicados; (b) Porque dicho reconocimiento asegura el derecho de tales menores y de sus “*intended parents*” (= comitentes) a su “vida familiar”. En consecuencia, es preciso realizar una distinción metodológica clave¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Muy bien expuesta por S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

1º) En los casos íntegramente nacionales, esto es, sin elementos extranjeros, los Estados partes en el CEDH 1950 son libres, como ya se ha avanzado, para regular en sus legislaciones nacionales, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Por tanto, los Estados pueden negar todo efecto legal a los contratos de gestación por sustitución y pueden considerar que los niños nacidos en virtud de estas técnicas de reproducción asistida son hijos de la madre gestante y no de los comitentes (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 56).

2º) En los casos en los que se solicita el reconocimiento en un Estado de la filiación legalmente establecida en otro Estado en relación con los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución, el Estado de destino, Estado parte en el CEDH, está obligado a admitir dicha filiación en su orden jurídico y, en su caso, su inscripción en el Registro civil. Los dos derechos subjetivos recogidos en el art. 8 CEDH que obligan a admitir esta filiación en el Estado de destino requieren, como resalta C. FENTON-GLYNN, una explicación más profunda¹⁵⁶.

86. Primero. Defensa del derecho a la vida privada y derecho a la identidad de los menores (art. 8 CEDH). El TEDH indica que el rechazo, mediante el orden público internacional del Estado de destino, al reconocimiento de la filiación establecida legalmente en otro Estado en relación con menores nacidos en virtud de gestación por sustitución vulnera el derecho de los mismos a su “vida privada”. Esta afirmación del TEDH debe ser subrayada con el mayor énfasis¹⁵⁷. La vulneración al derecho a la vida privada se produce porque la falta de reconocimiento en el Estado de destino de la filiación de estos menores tal y como ha sido concretada en el Estado de origen, lesiona el “derecho a la identidad” de dichos menores. En efecto, la “identidad de la persona” forma parte de su derecho a una “vida privada”. El respeto al derecho a una “vida privada” exige que todas las personas dispongan de los datos de su identidad como ser humano, entre los cuales se encuentra su filiación (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75). Se trata de que se respete tanto la identidad “física” como la identidad “social” de la persona (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 38). Pues bien, la falta de este reconocimiento de filiación supone una evidente lesión al derecho a la identidad de los menores. El no reconocimiento de la filiación de los menores en el Estado de destino supone que éstos quedan en una situación de “incertidumbre jurídica”. Los menores no son considerados hijos de sus “padres de intención” a pesar de que viven con ellos y con ellos forman una familia y a pesar de que son considerados “hijos” de tales padres en el Estado de origen. Al cruzar la frontera, la identidad de los menores cambia (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75). Debe subrayarse que el TEDH enfatiza el hecho de que, cuando la persona titular de los derechos recogidos en el Convenio europeo de derechos humanos de 1950 es un menor, el interés superior del menor constituye un valor a defender por encima de cualquier otro interés. En definitiva, la lesión al derecho de los menores a su identidad en la sociedad francesa (= sociedad del Estado de destino) comporta perjuicios jurídicos y fácticos evidentes para tales menores. Tales perjuicios pueden concretarse en los que siguen.

(a) *Privación de filiación.* Los menores son considerados hijos de unas determinadas personas en el Estado de origen pero no son considerados hijos de esas mismas personas en el Estado de destino. En este último Estado, su filiación queda indeterminada y/o no coincide con la que tienen en el Estado de origen. En realidad, el derecho a que se reconozca en el Estado de destino la filiación establecida en el Estado de origen no depende de que los menores sean o no hijos biológicos de uno de los comitentes¹⁵⁸. En el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, el nacido en Rusia

¹⁵⁶ C. FENTON-GLYNN, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014-1, pp. 157-169.

¹⁵⁷ M. A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44: “El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución, sin embargo, sí vulnera el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH”.

¹⁵⁸ Así se deduce del FD 100 de la STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*: «La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième

no era hijo biológico de ninguno de los comitentes. El TEDH subraya que si los menores son hijos biológicos de uno de los padres de intención, dicha filiación biológica cobra un “especial relieve”: “[c]ette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant” (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 79). Ello significa que, cuando los menores son hijos biológicos de uno de los comitentes, dicha filiación biológica debe aceptarse en el Estado de destino. Ignorar tal filiación perjudica la identidad de todo individuo y por tanto, su “vida privada”. Y además, ello vulnera el interés superior del niño, puesto que “[a]u regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance”. Sin embargo, no debe olvidarse que en el caso de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, el TEDH no limita la necesidad de reconocer la filiación del nacido respecto de su padre biológico, sino respecto de los dos comitentes, esto es, de su íntegra filiación tal y como fue acreditada en el Estado de origen. Idénticas consideraciones son extraíbles del caso STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, FD 98, donde el TEDH defiende los derechos sucesorios y el derecho a la nacionalidad de los menores nacidos en virtud de gestación subrogada sean o no hijos biológicos de alguno de los comitentes¹⁵⁹. Eso sí, cuando uno de los padres de intención es además padre biológico, el análisis del caso cobra una dimensión especial, más proclive, si cabe, al reconocimiento de la filiación en el Estado de destino. Por tanto, debe subrayarse que la atractiva expresión del TEDH en la que indica que cuando el menor es hijo biológico de uno de los padres de intención, dicha filiación biológica cobra un “especial relieve” no es más que un juego de palabras bonitas para evitar que cunda el pánico en los países, como Francia, Italia y España, en los que la gestación por sustitución no produce efectos en la filiación del menor. Sin embargo, en realidad esta expresión no significa nada. En efecto, el TEDH, *de facto*, obliga a los Estados partes a admitir la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución tal y como se ha acreditado en el extranjero, sea el menor hijo biológico o no de los comitentes. La expresión “cobra especial relieve” no es, pues, más que un placebo verbal.

(b) *Privación de nacionalidad*. Al seguirse el criterio del *jus sanguinis* en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de los comitentes, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de la nacionalidad que ostentan los comitentes. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia* FD 76). Un elemento del que los menores se ven privados.

(c) *Privación de derechos sucesorios*. Además, al no ser considerados, en el Estado de destino, “hijos” de sus “intended parents”, estos niños no pueden heredar de los mismos a título de “hijos”.

requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation». Muy bien expuesto en M.A. PRESNO LINERA/P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, (2014), pp. 9-44: “Es cierto que en los casos *Menesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando esta tiene un origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas Sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores”.

¹⁵⁹ STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, FD 98: «La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés».

Podrán recibir bienes *mortis causa* de los comitentes pero a título de legatarios, esto es, como si fueran “terceros” y no “hijos” del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios.

87. *Segundo. Defensa del derecho a la vida familiar de los menores y de los comitentes (art. 8 CEDH).* El TEDH indica que el rechazo, mediante la cláusula de orden público internacional del Estado de destino, a la filiación de estos menores tal y como ha sido acreditada en el Estado de origen, puede perjudicar el derecho de tales menores a su “vida familiar”. En efecto, con frecuencia, los comitentes y los niños constituyen una “familia” y se han comportado como una “familia” durante años. Existe, pues, una “familia” legalmente constituida en el Estado de origen (= EE.UU. en los casos *Labasse y Mennesson* y Rusia en el caso *Paradiso et Campanelli*), y que vive como tal, esto es, como una familia.

Debe recordarse que con arreglo a la jurisprudencia constante del TEDH especialmente invocada en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, la cuestión de la existencia o ausencia de la “familia” y de la “vida familiar” es una “cuestión de hecho” que depende de la existencia de estrechos vínculos personales (STEDH 13 junio 1979, *Marckx vs. Belgique*, STEDH 27 julio 2001, *K. et T. vs. Finlandia*)¹⁶⁰. Además, la noción de “familia” que recoge el art 8 CEDH no se limita a la familia basada en el matrimonio, sino que cubre también otros tipos de familia *de facto*, familias en las que sus integrantes viven juntos sin ningún vínculo matrimonial y mantienen una relación con suficiente constancia (STEDH 27 octubre 1994, *Kroon et autres vs. Payses Bajos*, STEDH 18 diciembre 1986, *Johnston et autres vs. Irlanda*, STEDH 26 mayo 1994, *Keegan vs. Irlanda*, STEDH 22 abril 1997, *X, Y et Z vs. Reino Unido*)¹⁶¹. Por tanto, en estos casos, existe una “familia” y lo que hay que proteger porque así lo establece el art. 8 CEDH, es la “vida familiar” en el contexto de una familia *de facto*¹⁶².

En el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, era claro que existían “relaciones familiares *de facto*”. En efecto, los “*intended parents*”, los comitentes, pasaron con el menor los primeros pasos importantes de su joven vida. En concreto pasaron juntos seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Y antes de este momento, los “*intended parents*” ya habían transcurrido dos semanas con el menor en Rusia. Incluso si el período en sí es relativamente corto, el TEDH considera que los comitentes se han comportado hacia el niño como sus padres y que existe una vida familiar *de facto* entre estas tres personas. En consecuencia, el art. 8 CEDH es aplicable porque hay una familia cuya vida debe preservarse de toda injerencia ilegítima que impida su existencia y desarrollo.

De ese modo, el Estado de destino no puede rechazar el reconocimiento de la filiación de estos menores en su orden jurídico si con ello la familia legalmente formada en los EE.UU o en Rusia (= ambos Estados de origen) no puede vivir normalmente como una “familia” en Francia o en Italia (= ambos Estados de destino). Los menores y sus comitentes tienen derecho a vivir en el Estado de destino “*en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias*” y a que no se les separe de sus hijos.

Pues bien, para concretar si existe o no lesión al derecho a la vida familiar es preciso un análisis del caso concreto. En efecto, puede suceder, como así aconteció en los casos *Labasee y Mennesson*, que aunque la filiación de los menores establecida en los EE.UU no se reconoció en Francia, quedó probado que los “*intended parents*” y los menores pudieron vivir normalmente durante años en Francia como una verdadera “familia”, sin restricción legal alguna. En tal supuesto, indica el TEDH, Francia no ha vulnerado el CEDH y por ello, el TEDH no condenó a Francia por vulnerar el derecho a una “vida familiar” de los menores y sus comitentes.

Por el contrario, si se rechaza en el Estado de destino el reconocimiento de la filiación establecida en el Estado de origen y se comprueba que ello ha supuesto que los menores y sus comitentes no han sido considerados como una “familia” en el Estado de destino y/o no son tratados y protegidos como tales, por ejemplo, porque los niños han sido separados de sus comitentes, entonces sí se produce

¹⁶⁰ R. DEECH, “Reproductive tourism in Europe: infertility and human rights”, 2003, *Global Governance*, n. 9, pp. 425-432.

¹⁶¹ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1275.

¹⁶² A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. p. 171; M. A. PRESNO LINERA/ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

una vulneración del derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH) y el Estado parte deberá ser condenado por el TEDH (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 66). Así, en el caso de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, el TEDH estimó que la separación obligatoria impuesta por las autoridades italianas a los comitentes respecto del menor considerado hijo suyo en Rusia, fue desproporcionada y vulnera el respeto a una vida familiar, pues una familia *de facto*, sin duda, existía y no concurrían razones objetivas para imponer dicha separación.

En consecuencia, puede afirmarse que el respeto a la vida familiar de los comitentes y los menores, en tanto en cuanto constituyen ya una familia de facto en el Estado de origen, no tiene por qué comportar, como forzoso corolario, la exigencia del reconocimiento, en el Estado de destino, de la filiación acreditada en el Estado de origen. Lo único que requiere el art. 8 CEDH desde el punto de vista del derecho a una vida familiar es que los comitentes y los menores puedan mantener en el Estado de destino las relaciones de familia que existían en el Estado de origen tras la gestación subrogada¹⁶³.

No debe olvidarse tampoco que el mismo TEDH ha indicado que el art. 8 CEDH, en vertiente de derecho al respeto a la vida privada y familiar de los comitentes comprende el “*derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso para tal fin de la procreación asistida médicamente*”, pues “*esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar*” (STEDH 1 abril 2010, *S.H. y otros vs. Austria*, FD 60)¹⁶⁴.

D) La teoría (lo que el TEDH dice) y la práctica (lo que el TEDH hace).

88. La jurisprudencia del TEDH relativa a los casos de filiación acreditada en otros países tras una gestación por sustitución debe leerse con extremo tacto, con cuidada reflexión, con suma cautela y máxima *prudentia juris*. En efecto, una cosa es lo que el TEDH dice y otra muy diferente lo que el TEDH hace en sus sentencias. En esta perspectiva, algunas consideraciones críticas deben subrayarse.

89. a) *Lo que el TEDH dice: la admisión en un país de una filiación constituida en otro país sobre unos menores en casos de gestación por sustitución no es obligatoria.* El TEDH se cuida muy mucho de “imponer” de modo expreso a los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 una filiación legalmente acreditada en otro país en relación con estos menores. Nunca el TEDH afirma que ello deba ser así. Esto es lo que el TEDH dice. Por ello, no es infrecuente encontrar estudios que afirman que estas sentencias del TEDH “no cambian nada” y que “cada Estado parte en el convenio es libre de aceptar o no en su orden jurídico la filiación acreditada en otro país tras una gestación por sustitución en favor de los comitentes”¹⁶⁵. Esto, en realidad, es sólo lo que el TEDH dice (= la afirmación oficial del TEDH), es lo que en términos de teoría o argumentación especulativa se denomina “lo que es” (*was ist*). Los expertos que resaltan esta conclusión son teóricos interesados, más que en la realidad, en el “dogma” de la oficialidad, en las afirmaciones en sí mismas.

90. b) *Lo que el TEDH hace: todo Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos (Roma 4 noviembre 1950) debe necesariamente admitir una filiación legalmente acreditada en el extranjero en relación con los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución.* Frente a lo anterior, si se examina con mayor detenimiento la globalidad de los pronunciamientos del TEDH, se observa que el razonamiento seguido por dicho tribunal conduce, de modo necesario, a la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente acreditada en el Estado de origen (STEDH 26 junio

¹⁶³ M.A. PRESNO LINERA/P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014), pp. 9-44.

¹⁶⁴ *Vid.* también Sent. Tribunal Penale di Milano 13 enero 2014 [maternidad a través de fecundación heteróloga en Ucrania: conducta prohibida en Italia], *RDIPP*, 2014, pp. 157-170: “*l'ordine pubblico che impedisce l'ingresso nell'ordinamento interno degli effetti di una norma straniera che vi contrasti si identifica con ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti nazionali*”.

¹⁶⁵ Así, J. GUILLAUMÉ, «Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014», *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1271: «*Ensuite, sur le fond, l'arrêt n'impose qu'une reconnaissance partielle des effets de la convention de gestation pour autrui régulièrement conclue à l'étranger*».

2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75; STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*, FD 100). En efecto, en caso contrario (= esto es, si no se reconoce la filiación acreditada en el extranjero) se vulnera, siempre, el art. 8 CEDH, esto es, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y/o, en su caso, el derecho de todos los sujetos implicados a una “vida familiar”. Por tanto, el TEDH indica que no es preciso que un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 proceda necesariamente a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pero “hace” todo lo contrario. En efecto, para el TEDH, la admisión de tal filiación en el Estado de destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes.

Por tanto, la afirmación del TEDH en el sentido de que todo Estado parte dispone de la libertad de no reconocer en su orden jurídico la filiación legalmente establecida en otro país en favor de los comitentes y derivada de una gestación por sustitución, no es más que una frase que ha sido completamente vaciada de contenido por el mismo tribunal. En verdad, la libertad de los Estados partes para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente acreditada en otro país en estos casos de gestación subrogada es una libertad legislativa “reducida a cero”, como muy bien pone de relieve el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano*, FD 15 *in fine*¹⁶⁶. Una visión desde la perspectiva de la “teoría narrativa” de los pronunciamientos judiciales conduce, pues, a una conclusión totalmente contraria a la que se alcanza desde el punto de vista de la “teoría especulativa” con una mera lectura literal de estas sentencias del TEDH. Esto es, si el analista de esta jurisprudencia se pregunta no sobre “lo que es” (= la lectura oficial de las sentencias del TEDH, “*was ist*”), sino sobre “lo que sucede” o ha sucedido (= la realidad a la que conducen las sentencias del TEDH, “*was geschah*”), el resultado es claro. Como muestra el antes citado FD 15 del voto disidente de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, (Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano)*, la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen sólo puede llevarse a cabo, en el Estado de destino, mediante la admisión de su filiación en dicho Estado de destino tal y como ha sido establecida en el Estado de origen.

91. c) La batalla de intereses: el interés superior del menor prevalece. Por todo lo anterior, ante el interés superior del menor en que sea preservada su vida privada e identidad personal así como su vida familiar mediante la admisión de filiación en el Estado de destino, todos los argumentos contrarios a ello están irremediablemente abocados al fracaso más absoluto. El argumento del fraude de ley o *Forum Shopping*, el argumento de que los Estados partes son libres de legislar contra la filiación determinada por una gestación por sustitución, la persecución del delito y de la criminalidad, el respeto a la Ley del Estado de destino, etc. Todos fracasan. El orden público internacional puede esgrimirse contra el reconocimiento de esta filiación en el Estado de destino pero sólo “en teoría”. Sin embargo, dejados aparte los casos, -no examinados por el TEDH-, de compraventa de menores, corrupción de autoridades, vicios del consentimiento de la mujer gestante o de la mujer donante del material biológico, explotación de la situación de necesidad de la mujer gestante, violencia, etc., este orden público internacional del Estado de destino no puede detener la admisión de dicha filiación en tal Estado. Así se puede leer en el FD 75 de la STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*¹⁶⁷. Merece enfatizarse, en especial,

¹⁶⁶ Vid. *Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano* (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli*): «15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Mennesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant».

¹⁶⁷ STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75: «le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte puis de faire produire effet à la possession d'état, manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français (...). Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elle a été identifiée ailleurs comme étant l'enfant des premiers requérants, lui nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à l'identité de la troisième requérante au sein de la société française».

que, a juicio del TEDH, el argumento del *Forum Shopping* o movimiento estratégico-fraudulento, tan querido por un sector de la doctrina civilista e internacional privatista española y, naturalmente, por el TS, no puede emplearse para detener, en el Estado de destino, la admisión de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución. En efecto, el TEDH indica que sancionar este movimiento jurídico estratégico internacional realizado por los comitentes con un rechazo a la validez de la filiación en el Estado de destino sería excesivo, pues dañaría el derecho a la vida privada de los menores. Es, incluso, “inhumano”, en palabras de D. SINDRES¹⁶⁸. Este derecho a la vida privada, a la identidad del menor, prevalece sobre el derecho del Estado a reprimir movimientos estratégicos de los adultos más o menos fraudulentos.

92. d) La distinción entre casos nacionales y casos internacionales de gestación por sustitución. Los argumentos vertidos por el TEDH llevan a afirmar que el Convenio para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 debe ser objeto de una doble lectura axiológica que arranca de una distinción clave entre dos tipos de supuestos¹⁶⁹.

1º) En los casos puramente internos o nacionales (= supuestos sin elementos extranjeros), los Estados partes son plenamente libres de no admitir en su ordenamiento jurídico la filiación de los comitentes respecto de los nacidos en virtud de una gestación por sustitución. En estos supuestos, no hay una “familia” ni nunca la ha habido, por lo que no hay que respetar ninguna “vida familiar”. Del mismo modo, tampoco ha habido una filiación que vincule al menor con sus comitentes, razón por la que el Estado no está obligado a respetar una identidad del menor y una vida privada que nunca ha existido.

2º) En los casos internacionales (= filiación legalmente constituida en otro país), la filiación existe, la familia existe y la vida privada y la identidad del menor expresada mediante esa filiación también existen. Por ello, la vida familiar y la vida privada del menor deben ser respetadas, protegidas y amparadas. Para proteger la vida familiar del menor y sus comitentes puede no ser necesario que el Estado de destino admita la filiación de dicho menor en su orden jurídico. Basta con que el Estado de destino permita, *de facto*, que estos sujetos vivan como una familia. Sin embargo, para proteger la vida privada y la identidad del menor no hay otro modo de hacerlo que mediante la admisión, en el Estado de destino, de la filiación del menor legalmente atribuida en otro país (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75).

93. e) La meta-conclusión de la argumentación del TEDH. El Convenio europeo de derechos humanos como una “normativa secreta de DIPr.” El extraordinario impacto real del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950 en los casos de reconocimiento en un país de la filiación de los menores acreditada en otros Estados en casos de gestación por sustitución permite alcanzar una interesante y sugestiva meta-conclusión. Este convenio opera de modo mucho más efectivo en los casos de DIPr. (= casos internacionales de reconocimiento en un país de la filiación acreditada en otro país en relación con menores nacidos en virtud de gestación por sustitución) que en los casos meramente internos (= casos sin elementos extranjeros en los que no surgen situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país).

En efecto, en los casos internacionales, y a diferencia de lo que sucede en los “casos meramente nacionales”, el Estado de destino debe decidir sobre una filiación ya legalmente creada y establecida en otro país, sobre una identidad del menor ya existente con arreglo a la Ley de otro país y frecuentemente establecida en una resolución judicial y/o registral extranjera, así como sobre una vida familiar que ya existe. El único modo en el que el Estado de destino puede respetar la vida privada y la identidad del menor es emplear la técnica, ampliamente conocida por los expertos en DIPr., del llamado “reconocimiento de situaciones jurídicas” ya legalmente creadas o cristalizadas en el extranjero y reducir, al mínimo, la operatividad de la cláusula de orden público internacional como excepción a tal reconocimiento.

¹⁶⁸ D. SINDRES, «Le tourisme procréatif et le droit international privé», *JDI Clunet*, 2015, vol. 142, pp. 429-504.

¹⁶⁹ S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

V. Conclusiones y reflexión crítica final. Filiación extranjera, gestación por sustitución y orden público internacional español.

94. Primera conclusión. *Las normas europeas y españolas que regulan la validez en España de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país realizan y transportan valores materiales de los particulares en el escenario internacional, de modo que la excepción de orden público internacional no debe dañar tales valores.*

En el sector de la validez extraterritorial de decisiones extranjeras, el orden público internacional se ha entendido tradicionalmente como un “correctivo material” a un “mecanismo formal”. En tal sentido, el orden público internacional se ha contemplado como el mecanismo técnico adecuado que permite la denegación, en el Estado de destino, de los efectos jurídicos de una decisión adoptada por autoridades de otro Estado cuando ello provoca la vulneración de principios básicos, fundamentales e irrenunciables del Derecho del Estado de destino, principios que garantizan la cohesión y la convivencia en la sociedad de dicho Estado de destino. Pues bien, este enfoque es incompleto, insuficiente, antiguo, chauvinista y, en definitiva, incorrecto.

En realidad, las normas de DIPr. implementan soluciones jurídicas que realizan, en sí mismas, valores materiales de primera magnitud. Cuando las normas de DIPr. del Estado de destino recogen la posibilidad de que una certificación del Registro Civil del Estado de origen que indica que A y B son los padres legales de un niño C nacido en virtud de gestación por sustitución, surta efectos jurídicos en dicho Estado de destino, dichas normas realizan el interés del menor. La decisión extranjera, sea una sentencia o una certificación registral, transporta una solución jurídica que, en principio, debe surtir efectos en el Estado de destino porque lo deseable es, precisamente, eso: que las resoluciones y las sentencias circulen por encima de las fronteras. De ese modo, los derechos de los particulares se vuelven estables en un mundo dividido en Estados distintos con ordenamientos jurídicos diferentes. De ese modo, la solución es eficiente porque no será preciso volver a litigar en el Estado de destino. Desde dicha óptica, puede afirmarse que el interés del menor exige que se respete su vida privada y su identidad así como su vida familiar por encima de las fronteras, y eso sólo se puede lograr mediante la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente atribuida al menor en el Estado de origen. Las normas de reconocimiento de decisiones potencian los efectos transfronterizos de las mismas porque ello protege y salvaguarda el interés del menor al garantizar que éste tenga una misma identidad en varios países y que se mantenga el núcleo familiar creado legalmente en el extranjero. En este sentido, la Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, antes citada, indicó que la excepción de orden público internacional debe interpretarse siempre de manera restrictiva. La explicación del carácter restrictivo de la excepción de orden público internacional radica, en realidad, en que lo ideal es que la regla general (= la admisión de los efectos jurídicos en Alemania de una sentencia o resolución extranjera sobre filiación de menores nacidos tras una gestación por sustitución) se cumpla. De este modo, la sentencia o resolución extranjera no será claudicante, se alcanzará una “armonía internacional de decisiones”. De ese modo, las situaciones jurídicas que afectan al estado civil de las personas serán estables, esto es, no cambiarán de país a país por el mero cruce de frontera de la persona, según la clásica y muy certera fórmula de A. PILLET, recordada por J. GUILLAUMÉ: “*il serait inadmissible qu'en passant d'un État dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises*”¹⁷⁰. El orden público internacional no debe intervenir más que en casos excepcionales para vulnerar estos valores materiales que incorporan y transportan las normas de validez extraterritorial de decisiones en relación con las situaciones jurídicas legalmente creadas en otros países.

Esta perspectiva permite explicar por qué las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras operan en DIPr. español y europeo como la “regla general”. En efecto, estas normas constituyen la regla general porque dichas normas realizan e implementan valores materiales dignos de protección al más alto nivel jurídico. Este enfoque también permite comprender por qué, frente a dicha regla general, la intervención del orden público internacional opera como una “excepción”. La excepción, el orden público internacional, debe ser interpretado de manera restrictiva no por cuestiones de dogmática jurídica,

¹⁷⁰ J. GUILLAUMÉ, “Nota a Sents. TEDH 26 junio 2014”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 1270-1281, esp. p. 1272.

-que también-, sino porque el legislador europeo y español sólo autoriza a los tribunales y autoridades a apartarse de la regla general cuando, de manera excepcional, las normas de DIPr. (= en este caso las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras) no realizan adecuadamente los valores materiales que normalmente protegen y realizan.

En consecuencia, la regla general debe ser la admisión, en España, de los efectos jurídicos de una certificación expedida por un Registro Civil de otro país en la que consta la filiación de un menor nacido en virtud de gestación por sustitución. Ésa es la solución que mejor plasma y realiza los valores materiales del Derecho europeo y español, entre los que ocupa un lugar primordial el principio del “interés del menor”. Por eso es la “regla”. Por eso es la “solución general”. Frente a ello, el orden público internacional es la “excepción” que sólo puede operar si, en el caso concreto, los valores materiales que incorporan las normas de reconocimiento no se realizan ni quedan salvaguardados. De ese modo, es preciso que el orden público internacional tenga presentes, necesariamente, los datos particulares de la situación concreta. Porque si el caso no muestra “caracteres especiales”, la regla general (= esto es, la admisión de los efectos legales en España de una filiación establecida en el extranjero tras una gestación por sustitución), debe operar. Sólo un razonamiento *in casu* puede demostrar que la admisión de la decisión extranjera no sólo no realiza los valores materiales propios de las normas de reconocimiento de decisiones, sino que los daña.

95. Segunda conclusión. *El orden público internacional sólo puede operar para denegar en España los efectos jurídicos de las certificaciones registrales extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución cuando dicha denegación convenga al “interés del menor”.*

Debe ponerse de relieve que el orden público internacional defiende “principios” fundamentales del sistema jurídico del Estado de destino y no “normas” del ordenamiento jurídico del Estado de destino. Si fuera así, resultaría imposible aplicar una Ley extranjera en España (= pues la Ley extranjera es siempre distinta de la Ley española) y resultaría también imposible otorgar efectos jurídicos en España a una resolución extranjera (= que siempre habrá sido producida de modo diferente a como lo habría sido una resolución española en un caso similar). Afirmar que una decisión extranjera sobre filiación de menores no puede surtir efectos en España porque vulnera una “norma española” constituye un error metodológico de notable envergadura. Correcto es afirmar que una decisión registral extranjera no puede producir efectos jurídicos en España porque provoca efectos contrarios a un principio fundamental del Derecho español, y en concreto, en el caso de examen, efectos contrarios al “interés del menor”. En el sector de la validez extraterritorial de decisiones, distinguir entre la “función de las normas” (= no desarrollan ninguna función en este sector del reconocimiento de decisiones, puesto que su misión es hacer justicia en los procesos cognitivo-declarativos) y la “función de los principios” (= operar como barreras contra el reconocimiento de decisiones extranjeras cuando éstas pueden producir efectos contrarios a tales principios, esto es, externalidades jurídicas negativas), es fundamental.

96. Tercera conclusión. *La vulneración del orden público internacional español sólo se verifica si, en el caso concreto, ha existido tráfico de menores, explotación de seres humanos u otras prácticas similares.*

El orden público internacional constituye un mecanismo técnico que sirve para proteger ciertos principios / intereses fundamentales de la sociedad del Estado de destino frente a los posibles efectos nocivos que pudiera producir en España una concreta decisión extranjera. Deben examinarse los efectos jurídicos concretos de la decisión en cuestión que se proyectan sobre la sociedad española. No se puede ni se debe razonar en abstracto. De este modo, en los casos de gestación por sustitución, una distinción es procedente.

1º) En casos en los que los comitentes no han cometido delito alguno, se han ajustado a la Ley vigente en el extranjero, son sujetos que han demostrado su idoneidad para ser padres, no están ni han estado implicados en ninguna práctica de comercio de menores ni de corrupción de autoridades y no han obtenido el consentimiento de la mujer gestante mediante coacciones, chantajes, pagos, violencia u otras prácticas deleznable, el orden público internacional español no debe intervenir. En estos casos, no hay

ninguna vulneración del interés del menor ni de la dignidad de la mujer gestante ni del nacido¹⁷¹. Todo lo contrario: en estos casos, el interés superior del menor radica, precisamente, en admitir en España la filiación, legalmente establecida en el extranjero, de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

2º) Por el contrario, el orden público internacional español debe intervenir cuando ha quedado acreditado que, en el caso concreto, el consentimiento de la mujer gestante ha sido comprado u obtenido de manera ilegal, fraudulenta, delictiva (= amenazas a la mujer gestante, chantajes, etc.), mediante engaño o con aprovechamiento de la situación de pobreza económica o exclusión social de la mujer gestante, o cuando las autoridades extranjeras han procedido de manera ilegal porque han sido sobornadas o corrompidas. En estos casos, aceptar la filiación del menor en relación con los comitentes (= personas que se aprovechan y/o han participado en estas detestables prácticas ilegales), no encaja de ninguna manera, como se ha avanzado, con el “interés del menor”. Aceptar dicha filiación en España no implementa el interés del menor, ni lo protege ni lo potencia. Todo lo contrario, En estos casos, aceptar en España dicha filiación supondría aceptar que los “padres legales” del menor son sujetos corruptos, implicados en comercio de menores, que se han aprovechado de las circunstancias de necesidad de la mujer gestante y/o que han logrado una filiación del menor en su favor en otro país a través de prácticas execrables que dicen muy poco sobre su probidad y sobre su idoneidad para ser “padres”. En estos casos, reconocer y dar efectos jurídicos a la decisión extranjera de filiación vulnera de manera evidente el principio de “interés del menor” y la “dignidad de la persona”. En estos casos, lo que sintoniza con el interés superior del menor y con el orden público internacional del Estado de destino es, precisamente, rechazar en España de manera terminante la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y establecida en el extranjero.

97. Cuarta conclusión. *El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español entre los cuales goza de preferencia valorativa el principio del “interés del menor”.*

A la hora de identificar los principios fundamentales que constituyen el orden público internacional español en el sector de la filiación, debe recordarse que tales principios son varios. Entre tales principios se encuentra el principio del interés superior del menor, la lucha contra la delincuencia, la lucha contra el *Forum Shopping* fraudulento, el respeto a la Ley, la defensa de la dignidad de las personas y otros. Sin embargo, no todos estos principios presentan la misma fuerza. No todos tienen el mismo peso en la argumentación jurídica. Este dato es relevante, porque pueden suscitarse casos en los que la defensa de uno de estos principios comporte una desatención de otro de ellos. Pues bien, se trata de una situación prevista por el legislador, pues en caso de “enfrentamiento entre principios” prevalecen aquéllos que tienen no sólo disponen de un soporte constitucional e internacional sino aquéllos que, además, han sido dotados por el mismo legislador, de manera expresa, de una “superioridad axiológica” sobre los demás principios. Basta recordar, en esta perspectiva, que el principio del “interés del menor” es un principio incorporado a la Constitución española por efecto del art. 39.4 CE 1978 (= “[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”) en el que incide, igualmente, el art. 10.2 CE 1978 (= “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”). El principio del interés superior del menor está aparece también recogido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, texto que expresamente admite la superioridad valorativa del principio en cuestión sobre otros principios / intereses también dignos de protección¹⁷². Lo anterior significa que, en caso de conflicto de principios, el que debe prevalecer, en todo caso, es el

¹⁷¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 362. En sentido similar, M. ATIENZA, “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº. 14, 2008, p. 6; también L. BONILLO GARRIDO, “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, Nº 8070, Sección Tribuna, 25 Abr. 2013.

¹⁷² Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

“interés superior del menor” y que dicho principio es el que debe constituir la columna vertebral del orden público internacional español.

El orden público internacional ha dejado de ser, en los Estados democráticos occidentales, un “orden público de dirección” (= conjunto de principios que defienden un determinado “modelo de familia” o “modelo de filiación”), para pasar a ser un auténtico “orden público de protección”. Este nuevo “orden público de protección”, en la célebre y muy bien ponderada dicción de P. FRANZINA, tiene como objetivo primordial asegurar y preservar los derechos individuales de toda persona, y en especial, del menor¹⁷³. Para el “orden público de protección” lo relevante no es ya la defensa del concreto modelo de filiación propio del Estado de destino (= “filiación por la sangre”, “madre es la que pare”, “padre es el que aporta el material biológico”, *mater semper certa est pater nunquam*, etc.). No se trata de “dirigir” u “obligar” a los ciudadanos a seguir un determinado “modelo de familia” y/ o “modelo de filiación” mediante normas rígidamente imperativas. Lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad por encima de las fronteras, la salvaguarda de la vida familiar.

98. Quinta conclusión. *Las soluciones jurídicas de Derecho internacional privado deben estar guiadas por una defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico y no por una defensa de la letra de la ley.*

En los tiempos actuales, caracterizados por frenéticos cambios sociales, tecnológicos y culturales así como por la presencia de una sociedad internacionalizada que evoluciona a velocidades de vértigo, han exigido un cambio de la “estructura de gobierno” del Derecho Privado. El Derecho privado actual contiene un arsenal de poderosas cláusulas generales que operan como dispositivos de monitorización valorativa del sistema legal positivo. La Ley reina pero los valores son los que, en realidad, gobiernan. Este nuevo enfoque supone que, ante un conflicto jurídico, las soluciones que deben aplicarse en primer lugar, son, naturalmente, las que se hallan escritas en la Ley. El principio de legalidad así lo impone. Ahora bien, estas “soluciones legales” no son las soluciones definitivas, porque tales soluciones, producto de la mecánica aplicación de la Ley, están sometidas a una constante revisión por parte de los valores que implementan. El aplicador del Derecho debe acreditar que la solución legal encaja perfectamente con los principios fundamentales del sistema y, en el sector de la filiación, con el principio del interés del menor. Sólo en el caso de que, tras la necesaria monitorización valorativa de la solución legal quede acreditado que ésta sintoniza perfectamente con el principio fundamental, dicha solución legal podrá aplicarse. Por el contrario, si la solución legal se aparta del principio fundamental que le sirve de base, si traiciona dicho principio, entonces el aplicador del Derecho está obligado a apartarse de la solución legal y a proporcionar otra solución que se muestre en perfecto ensamblaje con dicho principio fundamental. Los órganos judiciales españoles deben asumir su nuevo rol, despegarse de la dogmática mecanicista propia del positivismo legalista y asumir la defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Debe subrayarse con el mayor énfasis que no se trata de “imponer valores extrajurídicos al sistema legal”. No se trata de “ignorar la ley”. Todo lo contrario: se trata de dar a la Ley su auténtico sentido (= la Ley constituye la primera línea de solución de los conflictos jurídicos) y, al mismo tiempo, de colocar a la Ley en el lugar que le corresponde, subordinada a los principios jurídicos superiores del ordenamiento jurídico que, en realidad, son los basamentos que sustentan la Ley positiva. En esta línea, la solución legal puede y debe ser corregida por tales principios. La jurisprudencia de principios superiores debe prevalecer sobre la jurisprudencia del texto legal. Ello conduce a aceptar, además, la existencia de un espacio para la labor creativa de los tribunales de justicia a través del desarrollo judicial de tales principios en la práctica de la aplicación del Derecho. Si estas afirmaciones se proyectan a los supuestos aquí examinados, es fácil percibir que la prohibición de la gestación por sustitución en Derecho español existe porque el legislador presume (= la prohibición se contiene en una norma imperativa) que en estos supuestos se produce una explotación de la mujer y una cosificación del menor. En consecuencia, el

¹⁷³ P. FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT* (www.uc3m.es/cdt), 2011, pp. 85-129.

legislador lo prohíbe, pues entiende que ello no beneficia al menor, sino que le perjudica. Sin embargo, esta norma, como todas las normas que operan en el sector relativo a la protección de menores, no puede ser entendida como una axioma matemático invariable, como una verdad absoluta. Esta norma está sujeta a un permanente test valorativo. La prohibición legal permanece siempre que haya habido explotación de la mujer gestante, mercantilización del niño como cosa, etc., pero debe decaer cuando no es así¹⁷⁴. Y eso sucede no porque exista un Derecho superior o un código moral extrajurídico, una especie de Derecho natural del menor, que es algo que no existe, sino porque el Derecho español ha evolucionado hasta convertirse en un sistema jurídico de valores en el que existen normas jurídicas de Derecho positivo (= el art. 3 CDN 1989 y también el art. 2 Ley Orgánica de 1/1996 de Protección Jurídica del menor de 15 de enero 1996), que indican con total claridad que un valor superior (= el “interés del menor”) debe supervisar todas las soluciones legales, todas las resoluciones dictadas por las autoridades públicas. El sistema legal español se autocompletar y se auto corrige valorativamente con esta “cláusula de monitorización axiológica” representada por el “interés superior del menor”. En estos casos de gestación por sustitución en el extranjero, el TS ha sido demasiado legalista y positivista y no ha adoptado una línea valorativa, tal y como exige la Constitución, el convenio de Nueva York de 20 noviembre 1989 y el art. 2 Ley Orgánica 1/1996. Es hora de pensar, si de verdad se cree en el interés superior del menor, en el abandono del razonamiento jurídico dogmático-axiomático basado, de manera radical, en el postulado de la Justicia automática de la Ley, en el puro positivismo legalista. La nulidad de los contratos de gestación por sustitución constituye un instrumento regulativo mediante el cual el legislador español trata de eliminar prácticas que pueden encubrir un comercio de menores y una explotación de la mujer. Ahora bien, esta nulidad no es más que un instrumento de la norma. No es la finalidad de la norma. La jurisprudencia del TEDH es ejemplar, también, porque constituye una lección sobre y contra el “fetichismo de la Ley”. Lo que es un instrumento de la norma no puede ni debe erigirse en la finalidad de la norma. La nulidad de estos contratos no es un fin en sí mismo. La nulidad de estos contratos y la filiación a la favor de la mujer que da a luz no es un fetiche legal que siempre sirve al interés del menor. Esta nulidad y esta regla de filiación no deben ser sacralizadas, no deben ser defendidas por encima del interés del menor con la tradicional excusa del carácter sagrado de la norma positiva, del positivismo legalista.

99. Sexta conclusión. *El orden público internacional “español” se hace “europeo” gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Las autoridades del Estado de destino de una resolución extranjera que acredita la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución no pueden “ignorar la situación jurídica creada válidamente en el extranjero y que correspondía a una vida familiar con arreglo al art. 8 CEDH”. Ello supone “rechazar el reconocimiento de los lazos familiares que ya existían de facto y prescindir de un examen de la situación” (STEDH Estrasburgo 3 mayo 2011, *Negreptis-Giannisis vs. Grecia*). Tampoco pueden ignorar el derecho del menor a su vida privada y a su identidad, reflejada en la filiación acreditada en el extranjero. Lo que el TEDH afirma es, por tanto, que la cláusula de orden público internacional está sometida a un control europeo (“*contrôle européen*”) cuando está en juego un derecho subjetivo recogido en el CEDH 1950. El orden público internacional español pierde, por tanto, su carácter exclusivamente “nacional” y se hace “europeo”, pues aunque sigue siendo un mecanismo “nacional” está sujeto a “límites europeos” impuestos por un convenio internacional común a numerosos Estados europeos que son partes en dicho instrumento legal. El resultado final es claro: gracias al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de 4 noviembre 1950, el orden público internacional español debe interpretarse siempre de manera que se respete el derecho a una vida familiar y el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, tal y como se recoge en el art. 8 CEDH. No se trata, naturalmente de que el TEDH obligue a los Estados partes a aceptar a una filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución aunque vulnere el orden público de dichos Estados, como han sugerido algunos autores¹⁷⁵. Todo lo contrario. Lo que sucede es que el TEDH indica que la admisión de tal filiación

¹⁷⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, CDT, 2014, pp. 5-49, esp p. 38.

¹⁷⁵ Es el caso de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 8ª ed., 2015, p. 443.

en el Estado de destino no vulnera dicho orden público internacional y que sólo mediante tal admisión el interés del menor, su vida privada y su identidad, quedan protegidos.

En este sentido, el impacto de la jurisprudencia del TEDH en la práctica judicial de ciertos Estados ha sido demoledor. En efecto, en Francia, la *cour de cassation* ha dictado dos sentencias de fecha 3 julio 2015 (arrêt n° 619 [menor nacido en Moscú] y arrêt n. 620 [menor nacido en Rusia]) en las que indica que: a) El principio del interés del menor, tal y como ha señalado el TEDH, obliga a reconocer en Francia la filiación legalmente establecida en el extranjero tras una gestación por sustitución tanto por lo que respecta al comitente que es progenitor biológico como por lo que se refiere al progenitor que no tiene relación biológica con el menor; b) El principio de indisponibilidad del estado civil no puede ser invocado como principio integrante del orden público internacional francés para impedir en Francia los efectos jurídicos de una filiación legalmente establecida en otro país, pues ello perjudicaría la situación jurídica del menor al privarle de la filiación que ya le ha sido atribuida en ese otro país, de su identidad, de su posición jurídica y de sus derechos como “hijo” de los comitentes así como de su nacionalidad. En este mismo sentido, no puede invocarse la excepción de fraude de Ley o de *Forum Shopping* como principios integrantes del orden público internacional para privar al menor de la filiación que le ha sido legalmente atribuida en el extranjero; c) Que los documentos presentados en ambos casos no han sido falsificados y que se corresponden con la situación legalmente existente en el país donde la filiación del menor ha sido establecida.

100. *Séptima conclusión. Muchas vueltas para regresar al punto de partida. First impressions are the most lasting.*

Resulta curioso comprobar que la RDGRN 18 febrero 2009 accedió a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que constaba en una certificación registral californiana en relación con dos menores nacidos en California tras una gestación por sustitución. La DGRN estimó que dicha solución encajaba con el interés del menor y que el orden público internacional español no debía intervenir para impedir que la filiación californiana surtiera efectos jurídicos en España. Posteriormente, los órganos jurisdiccionales valencianos estimaron todo lo contrario, denegaron los efectos en España de dicho filiación y aplicaron de manera directa el art. 10 Ley 14/2006. El tercer acto fue representado por la DGRN (versión 2010), que afirmó que se podría dar efectos legales en España a dicha filiación si la misma constaba en sentencia judicial extranjera. El cuarto acto lo ejecutó el TS, que denegó los efectos de una resolución registral extranjera sobre la filiación de menores nacidos tras una gestación por sustitución porque estimó que dicha resolución vulneraba el orden público internacional español (= la dignidad de la mujer y del menor, y la autoridad de la Ley española). El último acto,- hasta ahora-, ha sido el protagonizado por el TEDH, que ha indicado, a fin de cuentas, que la filiación de estos menores debe ser admitida en el Estado de destino porque sólo así se garantiza el derecho la vida privada y a la identidad de tales menores. Muchas vueltas se han dado para llegar al punto de partida. La DGRN (versión de 2009) tenía razón y es justo admitirlo ahora, tal y como han hecho algunos expertos¹⁷⁶. La RDGRN 18 febrero 2009 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 del ordenamiento jurídico español, evitar las situaciones claudicantes y garantizar la continuidad de la filiación de los menores por encima de las fronteras. Por ello, justo es admitir que la DGRN (versión de 2009) proporcionó una solución jurídica que encaja a la perfección con la jurisprudencia del TEDH. En definitiva, ya en 2009 la DGRN supo leer correctamente el interés del menor en estos procesos¹⁷⁷. Muchas vueltas para regresar a la primera solución. La DGRN tenía razón en 2009.

¹⁷⁶ C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *RDIPP*, XLV, n° 3, 2009, pp. 589-604, esp. p. 604.

¹⁷⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174, esp. pp. 173-174; M. R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; G.J. 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”. *Diario La Ley*, N° 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12.

101. Octava conclusión. El factor “libre circulación intra-UE”. Todavía está por desarrollar enteramente, con apoyo de jurisprudencia, un “argumento UE” en relación con estas cuestiones tal y como sagazmente advirtió ya hace años G. CUNIBERTI¹⁷⁸. Según ha indicado el TJUE, el art. 21 TFUE obliga a aceptar en un Estado miembro de la UE las situaciones jurídicas relativas a las personas para evitar, de ese modo, obstáculos jurídicos a la libre circulación de personas en la UE, siempre a reserva del orden público internacional del Estado miembro de destino. Así, la sent. corte d’appello Bari (Italia) 13 y 25 febrero 2009 indicó que una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el “*parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all’ordine pubblico internazionale*”, pues de lo contrario surgirían obstáculos evidentes a la libre circulación del menor, ciudadano europeo, en la UE¹⁷⁹. La introducción del factor “libre circulación intra-UE” en el sector de la libre circulación de resoluciones que afectan al estado de las personas, precisa P. LAGARDE, puede reforzar todavía más, si cabe, la admisión en un Estado miembro, de la filiación acreditada en otro Estado miembro en relación con menores nacidos tras una gestación por sustitución¹⁸⁰. En efecto, en los casos en que el nacido sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE (art. 21 TFUE). En efecto, si cada vez que el nacido “cruza la frontera”, resulta que cambia su filiación, se producirían “*riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados*”, que pueden “*causar graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado*” (STJUE 2 octubre 2003, *García Avelló*, STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). Por tanto, cuando un sujeto tenga una “doble filiación” otorgada legalmente por dos Derechos de dos Estados Miembros de la UE, dicho sujeto tiene derecho a elegir “qué filiación” prefiere que se considere como “prevalente”. Como ha subrayado P. BLANCO-MORALES LIMONES, esta jurisprudencia del TJUE presenta un “*valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores*”¹⁸¹.

102. Novena conclusión. La cooperación internacional. Es evidente que la conclusión de una normativa internacional válida para un amplio conjunto de países potenciaría una solución correcta de estos casos¹⁸². Un convenio internacional que, de modo similar al sistema establecido para la libre circulación internacional de la filiación adoptiva en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, garantizara el cumplimiento de ciertos standards de justicia en los procesos de gestación por sustitución en los Estados de origen, permitiría que los Estados de destino abrieran sus puertas a la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución¹⁸³. Esta futurible normativa debería arrancar de un común acervo internacional relativo a los derechos humanos que, en realidad, como ha puesto de relieve Y. ERGAS, existe ya

¹⁷⁸ G. CUNIBERTI, “Nota a la Sent. Cour d’appel de Paris 1^{re} ch. sect. Civile 25 octobre 2007 [gestación por sustitución en California]”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 144-153.

¹⁷⁹ M. CASTELLANETA, “Dietro l’interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo”, *Famiglia e minori*, 2005-5, pp. 66-69, esp. p. 69.

¹⁸⁰ P. LAGARDE, “Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]”, *RCDIP*, 2009, pp. 320-331.

¹⁸¹ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1).

¹⁸² S. BYCHKOV GREEN, “Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law”, en http://works.bepress.com/sonia_green/1; CH. BYK, “La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l’homme: la bioéthique, une utopie civilisatrice à l’ère de la mondialisation?”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 863-882.

¹⁸³ BOE núm.182 de 1 agosto 1995. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. pp. 567-568 y pp. 576-579.

desde ya hace más de cincuenta años¹⁸⁴. Los trabajos sobre una regulación de estas cuestiones han dado ya comienzo en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y también se cuenta con documentación en la misma Unión Europea¹⁸⁵.

103. Décima conclusión. *El impulso evolutivo de la legislación nacional. El Derecho internacional privado como motor de renovación del Derecho Privado y el carácter meta-jurisprudencial de las sentencias del TEDH.* Como ha destacado, no sin preocupación, cierta doctrina (M. FABRE-MAGNAN), la jurisprudencia del TEDH, que obliga a aceptar, en el Estado de destino, la filiación acreditada en el Estado de origen en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución, produce, *de facto*, un *sorpasso* de la ley de los países que no aceptan la filiación de los padres comitentes en casos de gestación por sustitución¹⁸⁶. Obliga a evolucionar el sistema legal interno, pues tales países, aunque impidan la gestación por sustitución en los casos meramente internos o nacionales, están obligados a aceptar, al menos, la filiación de estos menores establecida en otros países¹⁸⁷. Ello aumenta las diferencias regulativas entre los casos nacionales y los casos internacionales y crea una presión social en favor de la admisión de la gestación por sustitución también para los supuestos nacionales¹⁸⁸. Debe admitirse que la jurisprudencia del TEDH recaída en estos casos presenta un valor que va “más allá de lo evidente”. Estas sentencias no representan solamente la solución a tres casos en los que estaba en juego el derecho a una vida familiar y a una vida privada de los menores. Estas sentencias presentan un valor meta-jurisprudencial. No constituyen meras soluciones a casos concretos. Estas sentencias comunican cambios, importantes cambios, en la estructura del sistema jurídico de los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos. Estas sentencias destacan el poder del Derecho internacional privado para hacer Justicia en las relaciones privadas internacionales a través de las normas sobre validez extraterritorial de decisiones.

104. Como reflexión final parece conveniente recordar que el axioma de un sistema jurídico basado en la ley positiva como icono central y en la jurisprudencia como mero “complemento” de las palabras de la Ley es más un mito que una realidad. La jurisprudencia del TEDH ha dejado en evidencia las posturas retrógradas, antiguas, desfasadas y restrictivas que hacen del orden público internacional un mecanismo de defensa de la letra de la Ley y no un mecanismo de defensa de los derechos individuales. El TS español, en particular, se ha mostrado especialmente chauvinista y obsoleto. No ha entendido que el orden público internacional de los Estados democráticos y de las sociedades libres es un “orden público de protección” y no un “orden público de dirección”. Tampoco ha sido consciente el TS español, y esto además de un error, es una lástima, del valor meta-jurisprudencial de sus propias sentencias y de las dictadas por el TEDH, de su poder transformador y dinamizador del sistema jurídico. El TS sigue anclado en el fetichismo de la Ley española, en el mágico hechizo de la norma positiva publicada en el BOE. Pero es que tampoco el TS ha comprendido ni el perfil europeo liberador y potenciador de la libre circulación de las personas derivado del art. 21 TFUE, ni el sentido restrictivo del orden público internacional, ni el alcance monitorizador del sistema legal del principio del interés superior del menor. El TS no

¹⁸⁴ Y. ERGAS, “Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the regulation of International Commercial Surrogacy”, *Emory International Law review*, 2013, n. 27, http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/27/1/articles/ergas.pdf.

¹⁸⁵ *Vid.* EUROPEAN PARLIAMENT’S COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS, Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, 2013; HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 11) (March 2011); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 10) (March 2012); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012) (April 2012); HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU, Report of the Council on General Affairs and Policy of the Conference of 17-20 April 2012: Doc. Prel. No 1) (July 2012).

¹⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, «Les conséquences vertigineuses de l’arrêt de la CEDH sur la GPA», *Le Figaro* 26/06/2014 (<http://www.lefigaro.fr>).

¹⁸⁷ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

¹⁸⁸ H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», *JDI Clunet*, 2014, pp. 563-588, esp. 567-568.

ha captado la europeización del orden público internacional derivado del convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 ni ha percibido la potencia de este instrumento legal como mecanismo impulsor de la validez internacional de las situaciones jurídicas legalmente creadas en un Estado. Una de las más destacadas ventajas de la participación de España en los foros internacionales es que ya no todo termina en el TS: hay vida más allá del TS. Y esa vida nos viene dada por el TEDH. El TEDH, aunque ha utilizado el tradicional mecanismo político de afirmar una cosa y hacer otra bien distinta para no herir susceptibilidades nacionalistas de los Estados, sí que ha comprendido de modo realmente admirable la función del Derecho internacional privado como sistema de realización de los derechos subjetivos de los seres humanos. Así pues, larga vida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos...

EL EFECTO VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES
DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA EN
LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST
THE BINDING EFFECT OF THE DECISIONS OF NATIONAL
COMPETITION AUTHORITIES IN PRIVATE ANTITRUST
ENFORCEMENT

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

JULIA SUDEROW

*Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid
Abogado*

Recibido: 20.04.2015 / Aceptado: 09.06.2015

Resumen: Debido a su carácter administrativo, las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de la Competencia no gozan del mismo reconocimiento ni en su propia jurisdicción ni en otros Estados miembros de la Unión Europea que las sentencias de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la decisión sancionadora puede perder su eficacia más allá de su ámbito material y territorial, erosionando la eficacia de la aplicación pública y privada del Derecho antitrust. El presente ensayo analiza la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de Competencia en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust. En particular, trataremos el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho antitrust europeo o nacional. Este estudio analiza el origen de esta norma, la sentencia *Masterfoods* y el art. 16 del Reglamento 1/2003, además de comparar las soluciones implementadas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

Palabras clave: *Prima facie evidence rule*, efecto de constancia, *Feststellungswirkung*, *Public Enforcement*, *Private Enforcement*, *Bindungswirkung*, aplicación pública del Derecho antitrust, aplicación privada del Derecho antitrust, efecto vinculante, prueba de la infracción de las normas antitrust, *Masterfoods*, *offensive collateral estoppel*, constatación de la infracción, principio de prueba, *Anscheinsbeweis*, efecto de las resoluciones, Autoridad Nacional de la Competencia, acciones *follow-on*, daños.

Abstract: The sanctioning decisions of the National Competition Authorities due to their administrative nature do not have the same recognition in other Member states as a sentence of the civil courts. Therefore they may lose their efficiency beyond their territorial scope limiting the necessary effectiveness of Public Antitrust Enforcement. The present work analyses the connexion of the civil courts to the administrative decisions of the National Competition Authorities in the framework of private antitrust damage actions. In particular we will analyse art. 9 of the Directive 2014/104/EU about damage actions for the infringement of National or European Antitrust Laws. This essay goes through

* Deseamos expresar nuestro agradecimiento al prof.Dr. RICARDO ALONSO SOTO y a la prof.Dr^a JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO por sus útiles comentarios a una versión anterior de este artículo; aunque, por supuesto, la responsabilidad por todos los errores y omisiones sea sólo nuestra.

the origin of the rule, Masterfoods and art. 16 of Regulation 1/2003 and compares the solutions that EU States members apply in their jurisdictions.

Keywords: *Prima facie evidence rule*, declaration effect, *Feststellungswirkung*, Public Enforcement of Antitrust Law, Private Enforcement of Antitrust Law, binding effect, evidence of the infringement of Antitrust rules, *Masterfoods*, *offensive collateral estoppel*, proof of the infringement, *Anscheinsbeweis*, National Competition Authority, follow-on actions, antitrust damage actions.

Sumario: I. Planteamiento. II. Contexto: Del *Public Enforcement* al *Private Enforcement*. III. Origen del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE. 1. En el Derecho antitrust estadounidense. 2. En el Derecho antitrust europeo. A) El caso Masterfoods. B) El art. 16 R. 1/2003. a) El conflicto entre una decisión judicial nacional y una *decisión previa o futura de la Comisión* (art. 16.1 R. 1/2003). b) El conflicto entre una *decisión administrativa nacional* y una *decisión previa de la Comisión* (art. 16.2 R. 1/2003). IV. Análisis del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE. 1. Resoluciones de la ANC del Estado miembro. A) El alcance de la vinculación. B) La existencia de dolo o culpa. 2. Resoluciones de las ANC de otros Estados miembros. 3. El nexos causal entre comportamiento y daño. 4. La existencia del daño. 5. Cuestiones procedimentales. V. Panorama de Derecho comparado. 1. Alemania. 2. Reino Unido. 3. Austria. 4. Francia. 5. Italia. 6. España. VI. Conclusión.

I. Planteamiento

1. El reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil constituye un elemento esencial y plenamente establecido del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE, en adelante). Por el contrario, el Derecho administrativo se caracteriza por un alcance estrictamente territorial de las decisiones administrativas. Aunque existan numerosos tratados bilaterales para el reconocimiento de determinados actos administrativos de naturaleza declarativa como, *ad ex.*, diplomas o licencias, no existe en el Derecho Internacional una obligación generalizada que implique reconocer los actos administrativos de otros Estados¹. Por tanto, las decisiones de las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante, ANC) de otros Estados miembros de la UE en las que se establezca que una empresa ha infringido las normas antitrust nacionales o, incluso, las europeas no gozan del mismo reconocimiento que una decisión en el orden civil e igual no son reconocidas por los tribunales civiles o por la ANC de otros Estados. De ahí que, aunque el mercado afectado sobrepase las fronteras del Estado miembro que adopte la decisión y aunque los efectos de la infracción sancionados se localicen en otros Estados miembros, la decisión sancionadora puede perder su eficacia más allá de su ámbito territorial, dificultando la aplicación del Derecho antitrust. En el marco del Derecho antitrust europeo y su aplicación por los órganos de la jurisdicción ordinaria se plantean *cuatro posibles escenarios*: 1º) Validez de la decisión sancionadora de una ANC ante otra ANC de otro Estado miembro; 2º) Reconocimiento de una sentencia civil de un Estado miembro por un tribunal de otro Estado miembro; 3º) Reconocimiento de la decisión sancionadora de una ANC en su jurisdicción civil y 4º) Reconocimiento de la decisión sancionadora de una ANC en la jurisdicción civil de otro Estado miembro.

¹ Vid. J. BASEDOW, "Recognition of Foreign Decisions within the European Competition Network", en J. BASEDOW/S. FRANQC/L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 393-402; C.-M. HAPPE, *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten: Zugl. ein Beitr. zur Anerkennungsproblematik nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*, Frankfurt am Main, Bern, Lang, 1987; K. KÖNIG, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1965, pp. 19 y ss., 24, 27, 30, 53-54 y 70-71; C.E. LINKE, *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2001, pp. 23 y ss., 28-31, 94 y ss., 171-172 y 177-178; W. MENG, "Recognition of Foreign Legislative and Administrative Acts", en R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, North Holland, Amsterdam, 2002, pp. 50-52; S. MICHAELS, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland: Zwecke des Internationalen Verwaltungsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 30-51, 55, 62, 65-66, 70-71, 82, 157-158, 206-207, 211-212 y 215; K. VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm: Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Metzner, 1965, pp. 102, 126 y 428-429.

El presente ensayo tratará el tercero y el cuarto de estos supuestos y analizará, en particular, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349 de 5 diciembre 2014), que regula precisamente este supuesto y su incorporación al Derecho de los Estados miembros de la UE².

2. Así el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE dispone lo siguiente: “Efecto de las resoluciones nacionales. 1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción

² Para una visión de conjunto de los principales problemas de esta Directiva, *vid., ad ex.*, F. BÖNI, “Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: Maß aller Dinge für Privatgeschädigte?”, *EWS*, 25, 6, 2014, pp. 324-331; M.-M. BUES/A. FRITZSCHE, “EU erlässt Kartellschadensersatzrichtlinie: kommt jetzt die Klageflut?”, *DB*, 67, 50, 2014, pp. 2881-2882; D. CALISTI/L. HAASBEEK/F. KUBIK, “The Directive on antitrust damages actions: towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules”, *NZKart*, 2, 12, 2014, pp. 466-473; S. CAMPBELL/T. FEUNTEUN, “Designing a balanced system: damages, deterrence, leniency and litigants’ rights: a claimant’s perspective”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 27-39; N. DUNNE, “It never rains but it pours? Liability for ‘umbrella effects’ under EU competition law in Kone: case C-557/12, Kone AG and others v. ÖBB-Infrastruktur AG, judgment of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 5 June 2014, nyr”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1813-1828; P. ECKEL, “Kollektiver Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Streuschäden: das Vereinigte Königreich als Vorbild?”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 4-14; F. FITZ, “Zwischen ‘Singin’ in the Rain’ und ‘Under my Umbrella’: Schadensersatz bei Preisschirmeffekten im europäischen Kartellrecht (Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH vs. ÖBB-Infrastruktur AG, EuGH (Fünfte Kammer), Urteil vom 5. Juni 2014, Rs. C-577/11)”, *European Law Reporter*, n° 7-8, 2014, pp. 194-200; I.S. FORRESTER/M.D. POWELL, “Market forces and private enforcement: a start but some way still to go”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 295-313; A. HEINEMANN, “Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz”, *EuZ*, 17, 2, 2015, pp. 26-35; J. KAMMIN, *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, pp. 564-574; H. KOCH, “Effektive Durchsetzung europäischen Kartellrechts durch privaten Rechtsschutz”, en *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 511-524; C. KRÜGER, “Vergleiche zwischen Opfern und Tätern von Kartelldelikten gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission: Segen oder Fluch?”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadenersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commercial Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 103-110; T. LETTL, “Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. ‘umbrella pricing’: zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12 - KONE u.a. (WuW/E EU-R 3030)”, *WuW*, 64, 11, 2014, pp. 1032-1043; F. LOUIS, “Promoting private antitrust enforcement: remember Article 102”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 85-93; T. MAKATSCH/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, pp. 7-13; T.M.J. MÖLLERS, “Private enforcement of competition law in Europe: the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions”, *Europa e diritto privato*, 3, 2014, pp. 821-846; G. MONTI, “Umbrella pricing as a sword: case C-557/12 Kone AG and others v. ÖBB Infrastruktur AG, judgment of 5 June 2014”, *M.J.*, 21, 3, 2014, pp. 464-475; E. OLMEDO PERALTA, “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cartel (*umbrella pricing*): una lectura jurídica del Derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, n° 7, octubre 2014, pp. 80-101; Id., “La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un cartel (*private enforcement*): follow-on damages vs. stand alone actions”, en L.M. MIRANDA SERRANO (DIR.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 171-187; T.R. OTTERVANGER, “Designing a balanced system: damages, deterrence, leniency and litigants’ rights”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 17-25; N.I. PAUER, “Anmerkung zur Stellungnahme der Generalanwältin Kokott in der Rs ‘Kone’: Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen?”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 171-179; Id., “Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 14-26; S. PIETRINI, “The future of collective damages actions in Europe”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 257-268; L.D. DA SILVA MORAIS, “Integrating public and private enforcement of competition law in Europe: legal issues”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 109-140; M. SIRAGUSA, “Options for collective redress in the EU”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 235-255; M. STÖBER, “Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 25, 7, 2014, pp. 257-261; E. UMMENBERGER-ZIERLER, “EU-Richtlinie über Schadensersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen?”, *ÖBl*, 63, 6, 2014, pp. 254-261.

del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del artículo 267 del TFUE”.

3. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE regula, en esencia, lo que la doctrina alemana denomina el *efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia y de las judiciales* (*Bindungswirkung kartellbehördlicher und gerichtlicher Entscheidungen*) (como, *ad ex.*, las decisiones judiciales de un tribunal administrativo que confirman una resolución de una ANC) o, simplemente, el *efecto de constancia o declaración* (*Feststellungswirkung*)³. Para ello, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, establece una *regla general* para las resoluciones administrativas y decisiones judiciales nacionales (art. 9.1), que complementan *dos reglas particulares*: la que extiende y matiza la solución general, cuando se trata de resoluciones administrativas o judiciales de otros Estados de la UE (art. 9.2), y la que manifiesta que todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la posible u obligada, según los casos, interposición de una cuestión prejudicial europea (art. 9.3).

4. Para aclarar el exacto sentido y alcance del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, conviene situarlo en el contexto de la aplicación privada del Derecho de la competencia o *private enforcement*. Después veremos su origen, los principales problemas que suscitan sus dos primeros apartados y como han procedido hasta ahora algunos Estados miembros de la UE en esta cuestión, especialmente España. Por último, presentaremos nuestras conclusiones, analizando la forma de incorporar la norma a nuestro Derecho nacional.

II. Contexto: Del *Public Enforcement* al *Private Enforcement*

5. El Derecho europeo de la competencia protege al mercado, a los competidores y, también, a los consumidores frente a las violaciones de las normas europeas de libre competencia que puedan realizar las empresas (sobre todo, los arts. 101 y 102 TFUE)⁴. Con esta finalidad, instituye *dos procedi-*

³ *Vid.*, *ad ex.*, estas expresiones respectivamente en E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3ª ed., München, C.H.Beck, 2014, p. 595; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, en IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, vol. 2 (*GWB/Teil 1: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht: §§ 1-96, 130-131*), 5ª ed., München, C.H.Beck, 2014, pp. 1053-1097, en especial p. 1085. En cuanto a la noción de *Bindungswirkung*, que ha sido extrapolada del Derecho administrativo al Derecho antitrust europeo, *vid.*, *ad ex.*, S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichen Recht: Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin, Nomos, 1997; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *Die Verwaltung*, 1984, pp. 169-195; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Erlangen, Palm & Enke, 1956; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte*, Bielefeld, Ernst und Werner Giesecking, 1965; M. RANDAK, “Bindungswirkungen von Verwaltungsakten”, *JuS*, 1992, pp. 33-39.

⁴ *Vid.* T. ACKERMANN, “Excessive pricing and the goals of competition law”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 349-370; M. BENNETT/A.J. PADILLA, “Article 81 EC revisited: deciphering European Commission antitrust goals and rules”, en X. VIVES (Ed.), *Competition policy in the EU: fifty years on from the Treaty of Rome*, Oxford, 2009, pp. 43-70; D.J. GERBER, “The goals of European competition law: some distortions in the literature: comment of Parret”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 85-94; F. KIERAN, “A separation of powers approach to non-efficiency goals in EU competition law”, *European Public Law*, 19, 1, 2013, pp. 189-208; I. LIANOS, “Some reflections on the question of the goals of EU competition law”, en I. LIANOS/D. GERADIN (Eds.), *Handbook of European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, 2013, pp. 1-84; P. MANZINI, “The goals of EU competition law”, en

mientos y dos conjuntos normativos diversos; puesto que, aunque el incumplimiento de las normas de competencia perturba el *orden público económico* y reclama la intervención de las autoridades públicas, en ocasiones, la infracción de tales normas causa también un perjuicio a los *intereses de los particulares*⁵. Por un lado, la Comisión o, en su lugar, una ANC de un Estado miembro de la UE puede iniciar un procedimiento sancionador contra el *hecho anticompetitivo*. Es un procedimiento de carácter público, naturaleza administrativa y finalidad sancionadora, con el que se tutela un interés general. Constituye la denominada *aplicación pública (public enforcement)* del Derecho de la competencia. Por otro lado, la empresa perjudicada (que, por ejemplo, no ha podido entrar en un mercado o ha tenido que abandonarlo a causa de una entente o un abuso de posición dominante) o el consumidor perjudicado (que, por ejemplo, ha tenido que pagar el sobrepago de un medicamento que, sin la colusión o el abuso de posición dominante hubiera costado menos) pueden pretender que se les compense por el *daño* que les ha causado el hecho anticompetitivo. Para ello, tendrán que recurrir a los tribunales de justicia ordinarios, solicitando una indemnización. Se desarrollará entonces un proceso de naturaleza civil y finalidad reparadora, con el que se tutela un interés privado. Constituye la denominada *aplicación privada (private enforcement)* del Derecho de la competencia⁶. En ella, el juez civil no aplica, *stricto sensu*, los arts. 101

B. CORTESE (Ed.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 21-33; A. MAZIARZ, “Do non-economic goals count in interpreting Article 101 (3) TFEU?”, *ECJ*, 10, 2, 2014, pp. 341-359; N. MISITA, “EC competition law and consumers: are they getting ‘a fair share of benefits’?”, en *Essays on tort, insurance, law and society in honour of Bill W. Dufwa*, vol. II, 2006, pp. 779-807; R. MOISEJEVAS/A. NOVOSAD, “Some thoughts concerning the main goals of competition law”, *Jurisprudencija*, 20, 2, 2013, pp. 627-642; M. NEGRINOTTI, “The single market imperative and consumer welfare: irreconcilable goals? Exploring the tensions amongst the objectives of European competition law through the lens of parallel trade in pharmaceuticals”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 295-337; L.Y.J.M. PARRET, “The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 61-84; I. PELIKÁNOVA, “The role of competition law in the evolution of Community law”, en H. KANNINEN/N. KORJUS/A. ROSAS (Eds.), *EU competition law in context: essays in honour of Virpi Tiili*, Oxford, 2009, pp. 27-37; H. SCHWEITZER, “Efficiency, political freedom and the freedom to compete: comment on Maier-Rigaud”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 169-181; C. SEMMELMANN, *Social policy goals in the interpretation of Article 81 EC*, Baden-Baden, 2008; L. TICHÝ, “Goals of Union competition law on regulated markets: pharmaceutical industry and parallel trade: comment on Negrinotti”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 338-348; C. TOWNLEY, “Is anything more important than consumer welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community lawyer”, *CYELS*, 10, 2007-2008, pp. 345-381; Id., “Which goals count in Article 101 TFEU? Public policy and its discontents”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 441-448; R. WHISH, “National competition law goals and the Commission’s guidance on Article 82 EC: the UK experience”, en L.F. PACE (Ed.), *European competition law: the impact of the Commission’s guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011, pp. 152-177; A.C. WITT, “Public policy goals under EU competition law: how is the time to set the house in order”, *ECJ*, 8, 3, 2012, pp. 443-471; H. WOLLMANN, “Zum Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts”, *Ecolex*, 23, 7, 2012, p. 564; D. ZIMMER, “The basic goal of competition law : to protect the opposite side of the market”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 486-501.

⁵ Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence: Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 1422.

⁶ Para una exposición de esta disyuntiva procedimental, *vid., ad ex.*, J. BURRICHTER/E. AHLENSTIEL, “Integrating public and private enforcement in Europe legal and jurisdiction issues: the German perspective”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 95-107; H. BUTZ, “Integrating public and private enforcement in Europe: issues for courts”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 327-334; A.I. GAVIL, “Designing private rights of action for competition policy systems: the role of interdependence and the advantages of a sequential approach”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 3-15; B. HESS, “Die Regulierung der privaten Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commercial Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 33-47; A.P. KOMNINOS, “The relationship between public and private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 141-157; B. LASSERRE, “Integrating public and private enforcement of competition law: implications for courts and agencies”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, 2014, pp. 315-325; M. NIETSCH, “Schadensersatzklagen im Gesamtsystem des Kartellrechts: Überlegungen zum Verhältnis von privater und hoheitlicher Rechtsdurchsetzung am Beispiel des Wettbewerbsrechts”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commer-*

y 102 TFUE, sino que los toma en consideración –es decir, verifica que se den sus supuestos de hecho (una entente o un abuso de posición dominante [arts. 101 o 102 TFUE])–; pero la consecuencia jurídica que se deriva no es la prevista en estas normas, sino en las disposiciones del Derecho interno del Estado cuyos tribunales son competentes o del Derecho interno al que remite el sistema de Derecho internacional privado del foro. Dicho con otros términos, el Juez ordinario sí puede aplicar los arts. 101 y 102 TFUE y declarar que hay una colusión o abuso en las acciones *stand alone*; pero no para imponer una multa (de naturaleza administrativa), sino para otorgar una indemnización que repare el daño causado a las víctimas de la entente o del abuso de posición dominante. También puede declarar, por supuesto, un contrato nulo conforme al art. 101.2 TFUE⁷.

6. Sería erróneo, sin embargo, identificar tan sólo la interposición de una acción civil por daños con la aplicación privada del Derecho de la competencia. En ésta, caben, entre otros, *dos tipos de contenciosos*: el *contractual* –cuando, apoyándose en la violación de las normas del Derecho de la competencia, una parte solicita del juez la anulación de un contrato o se opone a una demanda de ejecución, invocando su nulidad– y el *extracontractual* –cuando, *ad ex.*, una empresa competidora o un consumidor alegan la infracción de las normas del Derecho de la competencia para solicitar del juez civil una indemnización por los daños que ha ocasionado el establecimiento de una barrera de entrada al mercado, la imposición de un precio excesivo o la disminución de la calidad de los productos–⁸. Estos últimos litigios son especialmente complejos. A ellos y sólo a ellos, se orienta la Directiva 2014/104/UE.

7. El *primer obstáculo* que debe superar una empresa o persona que inicie una acción por daños y perjuicios es la *prueba de la infracción de las normas antitrust* europeas o nacionales: “[...] constituye el punto crucial a los fines de la efectiva realización de una tutela de estilo privatista en el sector *antitrust* [...]”⁹. En la práctica este requisito puede ser de muy difícil cumplimiento; ya que el demandante necesitará mucha información que no obra en su poder –como, *ad ex.*, datos sobre el mercado para acreditar el

cial Law Private Enforcement, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 9-31; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 38-64; J. RATLIFF, “Integrating public and private enforcement of competition law: implications for courts and agencies”, en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, 2014, pp. 271-293; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la competencia”, *CDT*, 7, 1, Marzo 2015, pp. 186-225.

⁷ Sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE por los jueces españoles, *vid.* I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 91-100.

⁸ *Vid.* M.P. BELLO, “Una explicación sobre la posibilidad de alegar responsabilidad contractual en acciones de daños derivados de infracciones de la LDC: A Propósito del caso ‘Acor’”, en *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 265-270; G. COLANGELO, “La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi”, *Rivista critica del diritto privato*, XXV, 3, 2007, pp. 503-516; H.-W. DAIG, “Zur Anwendung der Nichtigkeitklausel des EWG-Kartellrechts durch den innerstaatlichen Richter”, *RabelsZ*, 35, 1971, pp. 1-54; T. EILMANSBERGER, “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (1. Teil)”, *JBl*, 131, 6, 2009, pp. 337-350; *Id.*, “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (2. Teil)”, *JBl*, 131, 7, 2009, pp. 427-436; S. FREHNER, *Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden: eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007; M. LIBERTINI/M.R. MAUGERI, “Infringement of competition law and invalidity of contracts”, *European Review of Contract Law*, 1, 2, 2005, pp. 250-272; J. MOHR, “Privatrechtliche Nichtigkeit von Kartellen und öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz”, *ZWeR*, 9, 4, 2011, pp. 383-406; C. NOURISSAT, “L’article 81 par. 2 devant le juge de commerce”, en *Le juge de commerce face au droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 107-117; O. ODUDU, “Competition law and contract: the Euro-defence”, en D. LECZYKIEWICZ/S. WEATHERILL, *The involvement of EU law in private law relationships*, Oxford, 2013, pp. 395-415; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 159-170; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1422; W.-H. ROTH, “Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen bei Verstoß gegen das europäische Kartellverbot”, en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung*, vol. 2, Berlin, De Gruyter, 2010, pp. 2881-2900; K. SCHMIDT, “Kartellnichtigkeit von Folgeverträgen: alles neu seit ‘Courage’ und seit der Siebenten GWB-Novelle?”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 559-578; *Id.*, “Nichtigkeit oder Abwicklung kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen? Theorie für die Praxis und sieben Thesen”, *BB*, 69, 10, 2014, pp. 515-520; X. TATON, “L’office du juge et la nullité en droit de la concurrence: note”, *Rev.dr.com.belge*, 115, 5, 2009, pp. 492-495.

⁹ *Cursiva* en el original. *Vid.* A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell’AGCM e della Commissione”, en L.F. PACE (ED.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene editore, 2013, p. 362.

abuso de posición dominante de un operador en un mercado concreto—. Puede resultar aún más complejo acreditar un cartel o acuerdo entre competidores; ya que este tipo de conductas se basan precisamente en su secretismo y falta de información y pruebas accesibles a terceros¹⁰. Por el contrario, pueden ser más sencillos los casos en los que el perjudicado disponga de una decisión sancionadora previa que confirme la existencia de una conducta anticompetitiva ilícita. Este tipo de acciones —conocidas como *follow-on*, consecutivas o de seguimiento— resultan esenciales para la aplicación privada del Derecho de la competencia¹¹. Además, en muchas ocasiones, empresas y consumidores sólo tienen conocimiento de una conducta ilícita que les ha perjudicado después de que una ANC haya sancionado al autor de la conducta. En estos supuestos, también se basarán en las decisiones sancionadoras en las que se constata la conducta ilícita y los autores de las mismas (*the fault*). De estas decisiones previas, podrán obtener los elementos esenciales para su acción: tendrán que probar tan sólo el nexo de causalidad (*the link of causation between the fault and the harm*) y el daño causado (*existence of harm*)¹². El resto de elementos de la acción podrán basarse en la decisión sancionadora previa.

8. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE se ocupa, pues, de regular el alcance legalmente vinculante de decisiones administrativas o judiciales con respecto a las acciones *follow-on* o de seguimiento, que es, en varios países, sin duda, el tipo más frecuente de acción judicial indemnizatoria interpuesta tras la conclusión del procedimiento administrativo sancionador (*acciones consecutivas*); aunque, con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva, la situación en España y Alemania era diferente: por un lado, se interpusieron más acciones previas o *stand alone* (como, *ad ex.*, en el caso de gasolineras en España y en otro tipo de casos en Alemania) que acciones *follow-on*¹³; por otro, en paralelo, en los últimos años, las acciones *follow-on* fueron aumentando, siguiendo, en especial, a los cárteles internacionales sancionados por la Comisión.

El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE deja, pues, fuera de su ámbito de aplicabilidad las acciones por daños que se incoan con anterioridad o simultáneamente (en paralelo) al procedimiento sancionador ante una ANC (*acciones individuales o previas y acciones paralelas*)¹⁴.

III. Origen del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE

1. En el Derecho antitrust estadounidense

9. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE refleja una *idea originaria del Derecho antitrust estadounidense*, que ha encontrado *dos vías de expresión*:

1ª) La *prima facie evidence rule*; es decir, la interpretación del § 5(a) de la Clayton Act a favor de que las decisiones finales dictadas en un procedimiento de *public enforcement* pueden constituir pruebas en los procesos de reparación de daños causados por las conductas anticompetitivas condenadas¹⁵. El hecho de que tales decisiones constituyan una *prueba privilegiada* —exactamente una presunción *iuris*

¹⁰ Vid. I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 179-185.

¹¹ Sobre las acciones *follow-on*, originarias del Derecho antitrust estadounidense, *vid.*, *ad ex.*, R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2002, pp. 173 y ss. Respecto al éxito de este tipo de acciones frente a las acciones *stand alone*, en las que el demandante debe acreditar también la conducta ilícita, *vid.* F. MARCOS, “Damages’ Claims in the Spanish Sugar Cartel”, IE Working Paper, 2014 (<http://ssrn.com/abstract=2514239>).

¹² Vid. A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 362.

¹³ Vid., *ad ex.*, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española*, nº 876, Enero-Febrero 2014, pp. 91-104, en p. 98; D. ORDÓÑEZ, “La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en la violación del Derecho europeo de la competencia”, *Gac. Jur. UE*, 19, 2011, pp. 11-28, en especial pp. 22-24 (donde se refiere a lo que denomina la “saga de las gasolineras”).

¹⁴ Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1426-1427.

¹⁵ Vid. M. GRÜNBERGER, “Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen”, en *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 135-223, en pp. 209-210; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht...*, p. 215.

tantum (rebuttable presumption)– favorece las *follow-on suits* y tiene tres consecuencias: la maximización de los efectos benéficos de la financiación de la acción pública, la economía de medios y la buena articulación del *public* y *private enforcement*¹⁶.

2ª) El *offensive collateral estoppel*; es decir, la doctrina jurisprudencial que el TS estadounidense estableció en *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, conforme a la cual, cumpliéndose determinados requisitos, el juez de una acción indemnizatoria por daños goza de una amplia discrecionalidad para impedirle al demandado que ha tenido plena y justa oportunidad de discutir en un juicio ciertas cuestiones que las vuelva a discutir en un procedimiento colateral posterior en el que él es también parte¹⁷.

2. En el Derecho antitrust europeo

10. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE constituye, además, el *último eslabón* en el proceso evolutivo encaminado a asegurar la *uniformidad del Derecho europeo de la competencia*¹⁸:

A) El caso Masterfoods

11. *Primer eslabón*: En efecto, los *principios de eficiencia, seguridad jurídica y cooperación leal* exigían una aplicación uniforme del Derecho de la competencia dentro de la UE; por tanto, las decisiones de la Comisión Europea debían ser respetadas por los Tribunales nacionales y por las ANC de los Estados miembros¹⁹. Fue la STJCE 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec., p. I-11412, la que recordó esta necesidad²⁰.

12. La STJCE 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec., p. I-11412, §§ 46 a 50, 53 y 55 a 57, declaró que, cuando las jurisdicciones nacionales se pronuncian sobre

¹⁶ Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2ª ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, pp. 636-637; C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine en matière de *private enforcement*”, *Concurrences*, nº 4, 2008, pp. 50-63, en especial pp. 54-55 y 62; L.A. SULLIVAN/W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*, St. Paul, Minn., West Group, 2000, pp. 962-963.

¹⁷ 439 U.S. 322, 99 S.Ct. 645 (1979). Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy...*, p. 637; L.A. SULLIVAN/W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust...*, p. 963.

¹⁸ Vid. M. GRÜNBERGER, “Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen”, en *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 135-223. En general, sobre el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión durante la vigencia del R. 17/62, *vid., ad ex.*, U. EHRICKE, “Die Bindungswirkungen von Negativtesten und Verwaltungsschreiben im Gemeinschaftsrecht”, *ZHR*, 158, 2, 1994, pp. 170-181; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 19-45.

¹⁹ Sobre los tres principios mencionados, *vid., ad ex.*, W. DURNER, “Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichten gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts”, *EuR*, 2004, pp. 547-574; J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions - Observations on article 9 of the Commission proposal of directive, June 2013”, *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 39, 2014, pp. 191-197, en especial pp. 191-192.

²⁰ Vid. W. BARTELS, “Kooperation zwischen EU-Kommission und nationalen Gerichten im europäischen Wettbewerbsverfahren: einige Anmerkungen zum Masterfoods-Urteil des EuGH”, *ZfRV*, 43, 3, 2002, pp. 83-94; C. BAUDENBACHER, “Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts durch nationale bzw. europäische Gerichte und die Kommission”, *European Law Reporter*, 2001, pp. 11-13; J. BORNKAMM, “Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH: Bindung der Zivilgerichte an Kommissionsentscheidungen: Lehren für das neue Kartellverfahren?”, *ZWeR*, 1, 1, 2003, pp. 73-86; P.V.F. BOS/J.A. MÖHLMANN, “Mastering Masterfoods: food for thought on staying civil damages litigation pending appeals before the European courts”, en *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, pp. 197-205; F. CASTILLO DE LA TORRE, “Decisiones de la Comisión Europea en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia Masterfoods”, *Gac. Jur.UE*, nº 213, 2001, pp. 29-44; I. EISENBERGER, “Wettbewerbsrechtliches Parallelverfahren vor nationalen Gerichten und der Kommission”, *Ecolex*, 2001, pp. 795-796; A. GEIGER, “EuGH: Nationale Gerichte durch Kommissionsentscheidungen gebunden”, *EuZW*, 2001, pp. 116-117; L. MALFERRARI, “Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbs und zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren”, *EuR*, 2001, pp. 605-616; M. MIRANDA/L. RITTER, “Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali”, *Foro it.*, 2001, IV, col. 209-214; M. NICOLELLA, “Le sursis à statuer du juge national au cours d’une procédure communautaire en annulation d’une décision de la Commission: une obligation de coopération loyale”, *Gazette du Palais*, 2001, I Jur., pp. 893-894; S. O’KEEFE, “First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of E.C. competition law”, *Eur.L.Rev.*, 2001, pp. 301-311; S. PREECE, “Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2001 pp. 281-288; T. SIMONS, “On the relation of competition cases before the Commission and before national courts: ECJ 14 December 2000, C-344/98, Masterfoods”, *The European Legal Forum*, 1, 3, 2000/01, pp. 199-200.

acuerdos o prácticas que son ya objeto de una decisión de la Comisión, ellas no pueden tomar decisiones que vayan contra la de la Comisión, incluso si esta última estaba en contradicción con la decisión dictada por una jurisdicción nacional de primera instancia. En efecto, como había observado el Tribunal de Justicia, una consecuencia derivada del *principio general de seguridad jurídica y del deber de cooperación* formulado por el art. 10 del Tratado de Roma era que los tribunales nacionales tenían que ejercer sus facultades, evitando cualquier riesgo significativo de conflicto, lo que, en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, suponía que la aplicación de sus normas se basa en una “obligación de sincera cooperación” entre los tribunales nacionales, por un lado, y la Comisión y los tribunales comunitarios, por otro (H.-G. KAMANN/C. HORSTKOTTE)²¹. Se resolvió así una cuestión importante relacionada con el reparto de las competencias para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE entre los órganos judiciales de los Estados miembros y las instituciones comunitarias –Comisión, TPI y TJCE–. Dichos artículos poseían *eficacia directa*; es decir, pueden ser invocados directamente por los particulares ante los tribunales de los Estados miembros, que, por consiguiente, comparten la competencia con la Comisión, al igual que las autoridades nacionales encargadas de salvaguardar la libre competencia (Bundeskartellamt, Autorité de la concurrence, CNMC, etc.). El Reglamento nº 17/62 establecía que las autoridades de los Estados miembros eran competentes hasta que la Comisión iniciase un procedimiento (art. 9.3 Reglamento nº 17/62). De este modo, se intentaba prevenir y evitar que se pudiesen dictar decisiones incompatibles sobre un mismo asunto. Sin embargo, la STJCE 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, 127/73, *Rec.*, p. 51, excluyó a los tribunales de la consideración de “autoridades nacionales” a estos efectos²². Quedaba, por lo tanto, a salvo la competencia de los tribunales estatales para resolver cuestiones de libre competencia comunitaria, que mantenían, pese a que la Comisión iniciase un procedimiento sobre los mismos hechos y por los mismos cargos. Con el *caso Masterfoods*, se puso en evidencia, por un lado, los inconvenientes de dicha solución y, por otro, se declaró el deber de los tribunales nacionales de valorar si lo más prudente no sería, en semejantes circunstancias, suspender el procedimiento, como hubieran tenido que hacer las autoridades nacionales de ese mismo Estado miembro.

13. El origen del litigio se hallaba en los siguientes hechos: HB Ice Cream Ltd. (que posteriormente se denominó Van den Bergh Foods Ltd.), el principal fabricante de helados en Irlanda, era una filial controlada al 100% por el grupo Unilever que suministraba a los minoristas de helados, de forma gratuita o a cambio de un alquiler simbólico, arcones congeladores de los que se reservaba la propiedad, con la condición de que se utilizasen exclusivamente para los helados fabricados por esta compañía (lo que se conoció como la *cláusula de exclusividad*). En 1989, Masterfoods Ltd. se introdujo en el mercado irlandés de helados. A partir de ese verano, gran número de detallistas a los que HB Ice había proporcionado arcones congeladores empezaron a conservar y a exponer en ellos los productos de Masterfoods. HB Ice le exigió a los minoristas el cumplimiento de la cláusula de exclusividad. En 1990, Masterfoods interpuso un recurso ante la High Court (Irlanda), solicitando que se declarara que la cláusula de exclusividad era nula con arreglo al Derecho interno y a los arts. 81 y 82 del Tratado. Por su parte, HB Ice interpuso otro recurso para que se prohibiera a Masterfoods que incitase a los detallistas a incumplir la cláusula de exclusividad. Ambas sociedades solicitaron una indemnización por daños y perjuicios. En 1992, la High Court desestimó el recurso de Masterfoods y le prohibió que incitara a los detallistas a conservar sus productos en arcones congeladores que pertenecieran a HB Ice. Pocos meses después, Masterfoods interpuso recurso ante la Supreme Court. Paralelamente a este contencioso, Masterfoods había denunciado, en 1991, a HB Ice ante la Comisión. En el pliego de cargos remitido, la Comisión

²¹ H.-G. KAMANN/C. HORSTKOTTE, “Kommission versus nationale Gerichte: Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren: das Masterfoods-Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung”, *WuW*, 51, 5, 2001, pp. 458-468.

²² *Vid.* L. DEFALQUE, “Compétence préjudicielle de la Cour de justice en matière d’ententes et de position dominante”, *Cah.dr.eur.*, 1975, pp. 68-78; I.S. FORRESTER, “Complement or Overlap? Jurisdiction of National and Community Bodies in Competition Matters after SABAM”, *C.M.L.Rev.*, 1974, pp. 171-182; T. HARTLEY, “Article 177 EEC: Appeals against an Order to Refer”, *Eur.L.Rev.*, 1975, pp. 48-50; R. KOVAR, “La procédure du renvoi préjudiciel en interprétation”, *Clunet*, 1976, pp. 203-208; V. MILUTINOVIĆ, “The ‘right to damages’ in a ‘system of parallel competences’: a fresh look at BRT v SABAM and its subsequent interpretation”, en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 341-376.

consideró que el sistema de distribución de HB Ice infringía los arts. 81 y 82 del Tratado. Después de varias entrevistas con la Comisión, HB Ice le notificó determinadas propuestas de modificación para lograr una exención individual en virtud del art. 81.3 TCE. Sin embargo, la Comisión estimó que las modificaciones no dieron los resultados esperados y le dirigió a HB Ice un nuevo pliego de cargos. Finalmente, la Dec.Com. 11 marzo 1998, *Van den Bergh Foods Limited*, DOL 246 de 4 septiembre 1998, declaró que la cláusula de exclusividad infringía los arts. 81 y 82 TCE y denegó la solicitud de exención con arreglo al art. 81.3 TCE. HB Ice interpuso ante el TPI un recurso que tenía por objeto que se anulase esta decisión.

Había, pues, dos recursos paralelos –uno ante la Supreme Court de Irlanda y otro ante el TPI– contra dos resoluciones –una judicial y otra administrativa– que se pronunciaban sobre un mismo asunto –la licitud de la cláusula de exclusividad– y resultaban incompatibles. En tales circunstancias, la Supreme Court decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE varias cuestiones prejudiciales. A su vez, el TPI suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia dictase sentencia en este asunto.

14. En su fallo, el Tribunal de Justicia tuvo en consideración los siguientes argumentos:

1º) Era preciso recordar los principios que regulan el reparto de competencia entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia. A la Comisión le correspondía el cometido de velar por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82 TCE: Le correspondía definir la orientación y ejecutar la política comunitaria en materia de competencia, tomar decisiones individuales, adoptar Reglamentos de exención y, a fin de cumplir eficazmente esta tarea, cuya ejecución implicaba necesariamente efectuar análisis complejos de carácter económico, está facultada para establecer un orden de prioridades entre las denuncias que se presenten ante ella. La Comisión dispone de competencia exclusiva para adoptar las decisiones de aplicación del art. 81.3 TCE y, en cambio, comparte su competencia para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado con los órganos jurisdiccionales nacionales. Estas disposiciones producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. Por tanto, éstos siguen siendo competentes para aplicar lo dispuesto en los arts. 81.1 y 82 del Tratado aun después de que la Comisión haya incoado un procedimiento.

2º) Pese a este reparto de competencia, para cumplir la función que el Tratado le asigna, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional en aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado. Así la Comisión está facultada para adoptar, en todo momento, decisiones individuales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, aun cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional y la decisión que se proponga adoptar la Comisión sea contraria a la citada resolución judicial.

3º) Conforme al art. 10 TCE, los Estados miembros tienen el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de abstenerse de las que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado. Dicha obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, como ya declarara la STJCE 17 diciembre 1998, *Società italiana petroli SpA (IP) c. Borsana Srl*, C-2/97, *Rec.*, p. I-08597, § 26²³. Una decisión adoptada por la Comisión en aplicación de los arts. 81, apartados 1 ó 3, u 82 TCE es obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios. Ergo los tribunales nacionales deberían asegurar su eficacia. Para no vulnerar el *principio general de seguridad jurídica*, los órganos jurisdiccionales nacionales, al pronunciarse sobre acuerdos o prácticas que puedan ser todavía objeto de una decisión de la Comisión, deben evitar adoptar decisiones que sean incompatibles con la decisión que la Comisión se proponga tomar en cumplimiento de tales artículos del Tratado.

4º) Ahora bien éste no había sido el caso. Desgraciadamente una jurisdicción nacional se había pronunciado sobre una cuestión que había sido resuelta posteriormente por la Comisión. Ambas resolu-

²³ Vid. A. RIGAUX/M. PIETRI, *Europe*, 1999, Février, Comm. n° 47, pp. 7-8; E. SZYSZCZAK, “The Working Environment v. Internal Market”, *Eur.L.Rev.*, 1999, pp. 196-201.

ciones habían sido objeto de recurso. Por esto, se planteaba la necesidad de que el TJCE le indicara a la Supreme Court irlandesa lo que debía hacerse ante esta situación. El Tribunal de Justicia procedió en dos tiempos. Primero: Cuando los órganos jurisdiccionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha decisión, aun cuando ésta sea contraria a una resolución emanada de un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia. Sin embargo, en este caso, la decisión de la Comisión había sido objeto de recurso. Cabía, pues, cuestionarse qué autoridad cabe reconocerle a la resolución administrativa de una institución comunitaria en tales circunstancias. El Tribunal de Justicia recordó, a este respecto, que los actos de las instituciones comunitarias disfrutaban, en principio, de una presunción de legalidad, mientras no hayan sido anulados o revocados. Segundo: El Tribunal indica entonces cómo resolver el problema concreto que se había planteado. Para ello, señala, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la decisión de la Comisión. Según el Tribunal, dicha solución deriva de la obligación de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión y los órganos jurisdiccionales comunitarios.

B) El art. 16 R. 1/2003

15. *Segundo eslabón*: El Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 diciembre 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4 enero 2003, que regula las principales cuestiones de procedimiento del Derecho antitrust comunitario, dio un paso más con su art. 16, en el que dispuso que: “**Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia**. 1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado.

2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

16. Se contemplan, pues, *dos hipótesis*:

a) El conflicto entre una *decisión judicial nacional* y una *decisión previa o futura de la Comisión* (art. 16.1 R. 1/2003)

17. El art. 16.1 del R. 1/2003 prohíbe a los tribunales nacionales adoptar resoluciones incompatibles con las decisiones de la Comisión Europea (*Abweichungsverbot*): El principio rector de la norma es evitar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con las decisiones de la Comisión Europea²⁴. El art. 16.1 R. 1/2003 codifica, por tanto, la jurisprudencia *Masterfoods* que antes hemos analizado²⁵. Así lo ha entendido la jurisprudencia (caso, *ad ex.*, de la sentencia LG Mainz 15 enero 2004)²⁶.

²⁴ *Vid.*, *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 323-328; G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht: Konturen eines europäischen Kartellrechts?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 115.

²⁵ *Vid.*, *ad ex.*, C.D. CLAUSSEN, “Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund”, *JZ*, 61, 4, 2006, pp. 157-165, en p. 163; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 22-28, 50-51 y 327.

²⁶ *NJW-RR*, 2004, p. 478, en p. 479.

18. Ahora bien, el alcance del art. 16.1 del R. 1/2003 puede ser de difícil encaje en la práctica; ya que el tribunal nacional debe de evitar contradicciones tanto en la valoración legal (*Tatbestandswirkung*, *Rechtsauffassung*) como en los hechos (*Feststellungswirkung*, *Tatsachenwürdigung*)²⁷. Dicho con otros términos, según la opinión dominante la decisión de la Comisión tiene un *efecto vinculante* que recae sobre el órgano judicial nacional (*Bindungswirkung*)²⁸. El *efecto vinculante* se circunscribe a las constataciones que haya en la decisión de la Comisión acerca de la compatibilidad de una conducta con los arts. 101 y 102 TFUE²⁹. En la práctica, esto supone, *grosso modo*, que el juez ya no está autorizado ni obligado a verificar por sí mismo la compatibilidad o incompatibilidad de un comportamiento con los [actuales] arts. 101 y 102 TFUE; aunque conserve su derecho a interponer una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)³⁰. Como ha recordado la mejor doctrina, este recorte de las facultades judiciales está justificado, en definitiva, por un principio general de seguridad jurídica³¹. No supone, en absoluto, una violación del derecho a un *proceso equitativo* proclamado por el art. 6 del CEDH³².

19. Desde el punto de vista de su ámbito material de aplicación (*Sachlicher Anwendungsreich*), un presupuesto del art. 16.1 R. 1/2003 es que *la conducta empresarial* que tenga que apreciar el juez en un proceso civil sea *la misma* sobre la que la Comisión haya resuelto (*identischer Sachverhalt*), sin que sea suficiente, a estos efectos, con que se trate de una conducta semejante o parangonable³³. Esta norma, por tanto, puede implicar una valoración por parte del juez nacional similar a la que debe de realizar en casos de litispendencia internacional –*id est*, la *triple identidad procesal* (*partes, petitum y causa petendi*)–³⁴. Así, *ad ex.*, la jurisprudencia inglesa ha sostenido que la decisión de

²⁷ Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 47-50 y 327; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen im deutschen Kartellzivilprozess*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2006, p. 152; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 75-106; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht: Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis*, München, Boorberg, 2004, p. 96.

²⁸ Vid., *ad ex.*, sentencia LG Mainz 15 enero 2004, *NJW-RR*, 2004, p. 478, 479; resolución OLG Düsseldorf 10 junio 2005, *WuW/E DE R*, 1610, § 30; sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06, § 66. En este sentido también, *ad ex.*, G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche nach der 7. GWB-Novelle”, *WuW*, 2005, pp. 878-888, en p. 882; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte”, *ZWeR*, 1, 3, 2003, pp. 233-254, en p. 248; S. HOSSENFELDER/M. LUTZ, “Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag”, *WuW*, 2003, pp. 118-129, en p. 123; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung”, *GRUR*, 105, 12, 2003, pp. 1019-1025, en p. 1023; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 96. En contra de la opinión dominante, *ad ex.*, T. BRUNN, *Die EG-Kartellverfahrensverordnung 1/2003 und ihre Auswirkungen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen und die Entzugsverfahren der Vertikal-GVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, p. 165; K. PIJETLOVIC, “Reform of EC-Antitrust Enforcement: Criticism of the New System is Highly Exaggerated”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 25, 6, 2004, pp. 356-369, en p. 359.

²⁹ Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 43, 46, 47 y 327.

³⁰ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 44 y 327.

³¹ Vid. W. BARTELS, *Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren: das Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 171-172; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 37-39 y 327; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 911 y 913-914.

³² Excede del propósito de este trabajo, analizar una cuestión ya históricamente superada: la de si el *efecto vinculante* de las decisiones de la Comisión es contrario a un principio general del Derecho europeo (el principio de la división de poderes y de la independencia del poder judicial [*der Grundsatz der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit*]). Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 39-42 y 327; A. GEIGER, “EuGH: Nationale Gerichte...”, p. 117; F. MONTAG/A. ROSENFELD, “A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”, *ZWeR*, 1, 2, 2003, pp. 107-135, en p. 131; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 114-122; F. RITTNER, “Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG”, *EuZW*, 2000, p. 129; E. STEINDORFF, “Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren”, *ZHR*, 162, 1998, pp. 290-317, en p. 314-315.

³³ Vid., *ad ex.*, J. BORNKAMM, “Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH...”, p. 84; J. BORNKAMM/M. BECKER, “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts: Einflussmöglichkeiten der Kommission”, *ZWeR*, 3, 3, 2005, pp. 213-226, en p. 220; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 51-55 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs”, *JZ*, 56, 8, 2001, pp. 365-374, en p. 372; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 81-86; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248.

³⁴ Vid. arts. 29 y 33 R. 1215/2012. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Editorial Comares, 2014, pp. 273-282.

la Comisión únicamente tiene autoridad sobre el juez nacional, cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos en los dos procedimientos (ante la Comisión y ante el tribunal del Estado miembro)³⁵. En relación a los hechos, debemos resaltar que el art. 16.1 del R. 1/2003 no exige al demandante de su *obligación de probar los hechos*. Sin perjuicio de esto, un juez nacional tampoco podrá rechazar la demanda por falta de pruebas sobre los hechos. Ante la duda, el tribunal nacional podrá acudir al *procedimiento prejudicial* regulado por el art. 267 TFUE.

20. Otro presupuesto de aplicación es que haya una *decisión* en el sentido del art. 16.1 R. 1/2003; es decir, una decisión de la Comisión Europea que se pronuncie sobre la compatibilidad de una conducta empresarial con los arts. 101 y 102 TFUE³⁶. Éste es el caso de las decisiones sobre constatación y cese de la infracción (art. 7 R. 1/2003), las declaraciones de inaplicabilidad (art. 10 R. 1/2003) y las retiradas individualizadas de exenciones (art. 29.1 R. 1/2003)³⁷. Por el contrario, las medidas cautelares (art. 8 R. 1/2003), los compromisos (art. 9 R. 1/2003), los Reglamentos de exención por categoría, los Informes y las Comunicaciones y Líneas Directrices de la Comisión están fuera del ámbito material de aplicación del art. 16.1 R. 1/2003³⁸. *Ejemplo:* La resolución OLG Düsseldorf 10 junio 2005, *WuW/E DE*

³⁵ House of Lords, *Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others v Crehan*, Session 2005-06, [2006] UKHL 38. *Vid.* A. ANDREANGELI, “The enforcement of Article 81 EC before national courts after the House of Lord’s decisión in *Inntrepreneur Pub Co Ltd v. Crehan*”, *Eur.L.Rev.*, 32, 2, 2007, pp. 260-270.

³⁶ *Vid.* D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 55 y 327.

³⁷ *Vid.* A. VON BOGDANDY, “Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht: zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 81 III EG und des WTO-Rechts”, *EuZW*, 12, 12, 2001, pp. 357-365, en p. 359; J. BORNKAMM/M. BECKER, “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots...”, p. 222; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 56-57, 61-65, 68-70, 72-73 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform...”, p. 373; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen...*, pp. 181 y 191-192; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248; S. HOSSENFELDER/M. LUTZ, “Die neue Durchführungsverordnung...”, pp. 122-123; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 136-137 y 152-161; W. JAEGER, *Die Auswirkungen der neuen Durchführungsverordnung zu Art. 81 und 82 EG*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 198, 2004, pp. 35 y 42; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand”, *GRUR*, 108, 1, 2006, pp. 27-33, en p. 30; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots...”, p. 1023; K. SCHMIDT, “Umdenken im Kartellverfahrensrecht”, *BB*, 58, 24, 2003, pp. 1237-1245, en p. 1242; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 95; F. SCHÖLER, *Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, p. 135; J. SCHWARZE/A. WEITBRECHT, *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens: Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 226; M. SCHWEDA, “Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission”, *WuW*, 54, 11, 2004, pp. 1133-1144, en p. 1140.

³⁸ *Vid.* M. BARON, “Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme: Ein Scheinproblem”, *WuW*, 56, 4, 2006, pp. 358-365, en pp. 358 y 361; W. BARTELS, *Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren...*, pp. 163, 177 y 179; A. BARTOSCH, “Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?”, *WuW*, 5, 2000, pp. 462-473, en pp. 466-467; R. BECHTOLD, “Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungs-Entwurf der Kommission zur Umsetzung des Weissbuchs”, *BB*, 56, 48, 2000, pp. 2425-2431, en p. 2427; *Id.*, “Maßstäbe der ‘Selbstverwaltung’ nach Art. 81 Abs. 3 EG”, *WuW*, 2003, p. 343; F. BIEN, “Systemwechsel im Europäischen Kartellrecht: zum Entwurf der EU-Kommission für eine Verordnung zur Durchführung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag”, *DB*, 53, 46, 2000, pp. 2309-2312, en p. 2310; T. BRUNN, *Die EG-Kartellverfahrensverordnung...*, p. 37; E. BUEREN, “Der ‘new economic approach’ der Kommission für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen”, *WRP*, 50, 5, 2004, pp. 567-575, en p. 568; A. DERINGER, “Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)”, *EuZW*, 1, 2000, pp. 5-11, en p. 7; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 57-61, 65-68, 70-73 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform...”, pp. 373-374; J. GRÖNING, “Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62”, *WRP*, 47, 2, 2001, pp. 83-89, en p. 85; J.P. GRUBER, “Verpflichtungszusagen im europäischen Kartellrecht”, *EWS*, 16, 7, 2005, pp. 310-315, en p. 313; J. HAMER, “Die Rolle des nationalen Richters im Rahmen der Kartell-Durchführungsverordnung 1/2003/EG, Tagung der Europäischen Rechtsakademie Trier am 8. Und 9.5.2003”, *EWS*, 2003, pp. 415-419, en p. 418; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 247; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 137-152; F. KOENIGS, “Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht?”, *DB*, 56, 14, 2003, pp. 755-759, en p. 756; F. MONTAG/A. ROSENFELD, “A solution to the problems?...”, p. 132; P. POHLMANN, “Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission: Entgegnung zu Schweda, *WuW* 2004, S. 1133 ff.”, *WuW*, 55, 10, 2005, pp. 1005-1009; K. PUKALL, “Neue EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für Vertriebsbedingungen”, *NJW*, n° 19, 2000, pp. 1375-1379, en p. 1379; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots...”, p. 1023; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 58; F. SCHÖLER, *Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts...*, pp. 124 y 141; J. TEMPLE LANG, “Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal aspects of a new kind of Competition Decision”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2003, pp. 347-356, en p. 350; A. WAGNER, “Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht: Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik”, *WRP*, 49, 12, 2003, pp. 1369-1389, en pp. 1369-1380.

R, 1610, proclamó que: “Una vinculación jurídica con respecto a una decisión de la Comisión se deriva sólo después de que la Comisión haya iniciado un concreto procedimiento. Ella no vale para las exteriorizaciones de la opinión de la Comisión sin relación con un caso concreto”³⁹.

21. La casuística que el art. 16.1 R. 1/2003 ha originado es muy variada. Veamos algunos ejemplos representativos de los principales problemas que ha suscitado en la práctica:

1º) El TJUE ha aprovechado la sentencia *Otis* para precisar el alcance del art. 16 R. 1/2003. La sentencia se refiere precisamente a una acción de daños y perjuicios *follow-on* planteada ante la jurisdicción civil belga por la propia Comisión Europea contra Otis y otros, reclamando daños y perjuicios por la subida de precios causada por el *cártel de los ascensores* en el que participaba Otis y fue sancionado por la Comisión en el año 2009⁴⁰. La sentencia *Otis* aclara que el art. 16 R. 1/2003 se refiere a la infracción sustancial y que el tribunal nacional decidirá libremente sobre la causalidad y sobre la existencia del daño. Continúa el Tribunal, resaltando que *aun cuando la Comisión se haya visto inducida a determinar en su decisión los efectos concretos de la infracción, corresponde siempre al juez nacional determinar individualizadamente el daño ocasionado a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización*⁴¹.

2º) Asimismo, la *High Court* del Reino Unido en la sentencia *Board na Mona* ha establecido que aportar pruebas relativas a una infracción paralela en un mercado diferente o sobre el efecto que la infracción establecida por la Comisión Europea en un mercado distinto del mercado geográfico definido en la decisión de la Comisión Europea es posible dentro de lo establecido por el art. 16 R. 1/2003⁴².

3º) Por otra parte, los tribunales holandeses, en procedimiento iniciado contra diversas empresas miembros del *cartel de la parafina*, han establecido que el procedimiento puede continuar; aunque las demandadas hayan apelado contra la decisión de la Comisión ante el TJUE. Así, el *Rechtbank* (Corte de distrito) de La Haya ha resaltado que no es posible una resolución contradictoria; ya que los aspectos objeto de la acción *follow-on* no se plantean en la apelación ante los Tribunales Europeos⁴³.

³⁹ El texto original dice así: “*Eine rechtliche Bindung im Hinblick auf eine Kommissionsentscheidung ergibt sich nur dann, wenn die Kommission ein konkretes Verfahren eingeleitet hat. Sie gilt nicht für Meinungsäußerungen der Kommission ohne Bezug auf einen konkreten Fall*”.

⁴⁰ STJUE, 6 noviembre 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV y otros*, C-199/11. Vid. H. ANDERSSON, “The Otis Ruling - Allowing the Commission to Take the Elevator to the Next Level”, *G.C.L.R.*, 6, 3, 2013, pp. 111-114; A. ANDREANGELI, “Private enforcement of the EU competition rules: the Commission wishes to ‘Practise what it Preaches’. But Can it Do So? Comment on Otis”, *Eur.L.Rev.*, n° 5, 2014, pp. 717-734; P. ARHEL, “Activité des juridictions de l’Union européenne en droit de la concurrence (juin 2012)”, *Petites affiches. La Loi/Le Quotidien juridique*, 2012, n° 161-162, pp. 13-15; M. BOTTA, “Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis”, *C.M.L.Rev.*, 2013, pp. 1105-1117; D. CANAPA/P. HAGER, “Right of the European Union to claim compensation before a national court against the member of a cartel: Case C-199/11, *Europese Gemeenschap v. OTIS NV and Others*, Judgment of 6 November 2012, not yet reported”, *M.J.*, 2013, pp. 113-119; L. COUTRON, “Concurrence et procès équitable: la Commission peut, elle aussi, demander réparation du préjudice causé par une entente qu’elle a constatée”, *Rev.trim.dr.eur.*, 2013, p. 316; N. DUNNE, “Leading by Example: Private Competition Enforcement by the European Commission”, *The Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 273-276; J. LANDBRECHT, “Verfahrens-/Kartellrecht: Vertretung der EU in Private Enforcement-Verfahren durch die Kommission”, *EuZW*, 2013, pp. 28-29; G. MUGUET-POULLENNEC, “La Commission, victime d’une infraction qu’elle a sanctionnée, peut demander à en être indemnisée”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2013, n° 34, pp. 79-82; E. PAULUS, “Grundrechtcharta und Private Enforcement: Ist die Stellung der Europäischen Kommission als ‘Entscheidungsbehörde’ in Kartellrechtssachen mit jener des Klägers im nachfolgenden Zivilprozess unter dem Blickwinkel eines fairen Verfahrens vereinbar?”, *ÖZK*, 2012, pp. 231-235; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1428-1429; B. RAUE, “Richter und Kläger? Die Doppelrolle der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts”, *WRP*, 2013, pp. 147-153; L. ROBERT, “Le contentieux indemnitaire de la concurrence à l’épreuve du procès équitable”, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 79, 2013, pp. 47-51; C. ROBIN, “Préjudice causé à l’Union européenne par l’entente dans les ascenseurs”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2013, n° 34, p. 37; M. SAMPOL PUCURULL, “De justicias justas y abogados de la Unión: Problemas de la fusión de la aplicación pública y privada del derecho a la competencia, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, asunto Otis, C-199/11”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 48, 2013, pp. 103-124; A. VALLERY, “Otis: Can the Commission be a Victim in Addition to Actions as a Police Officer, a Prosecutor and a Judge?”, *J.E.C.L. & Pract.*, 4, 3, 2013, pp. 232-236.

⁴¹ STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11, § 66.

⁴² High Court, *Board na Mona Horticulture Limited and Board Na Mona plc BPI and others* 2012 EWHC 3346.

⁴³ Corte de Distrito de La Haya, 1 mayo 2013, C 09//414499/HAZA 12-293. CE, 1 Octubre 2008, COMP/39181, *Candle Waxes*.

Jurisprudencia como ésta ha incidido en una cuestión mucho más amplia y enormemente compleja –los *presupuestos del efecto vinculante del art. 16.1 R. 1/2003*–, sobre la que la mejor doctrina ha debatido y reducido a unas pocas ideas fundamentales: Primera: El efecto vinculante del art. 16.1/2003 está ligado a la presunción de validez de la decisión de la Comisión (*die Vermutung der Gültigkeit von Kommissionsentscheidungen*); por tanto, la *eficacia jurídica de la decisión* de la Comisión es un presupuesto no escrito (*ungeschriebene Voraussetzung*) para el inicio del efecto vinculante⁴⁴. Segunda: La vinculación del art. 16.1 R. 1/2003 se produce independientemente de si la decisión de la Comisión es *definitiva* o ha sido *cuestionada en un recurso de anulación ante el TJUE* (art. 263 TFUE)⁴⁵. Tercera: En principio, la *legalidad de la decisión* de la Comisión (*Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung*) no constituye ningún presupuesto para el inicio del efecto vinculante del art. 16.1 R. 1/2003⁴⁶.

4º) Por último, en la sentencia del LG Dortmund 1 de abril de 2004, relativa a otra acción *follow-on* iniciada contra diversos miembros del *cartel de las vitaminas*, el LG empleó las conclusiones de la decisión sancionadora de la Comisión Europea en relación a la infracción. El tribunal continuó recordando que el cálculo del daño se debe de realizar conforme a lo establecido por el § 287 de la *Zivilprozessordnung* (el Código de Procedimiento Civil), que permite al juez estimar el daño, cuando no sea posible cuantificar de forma exacta el daño y cuando la valoración basada sobre todos los hechos disponibles determine que el daño ha sido causado⁴⁷.

b) El conflicto entre una decisión administrativa nacional y una decisión previa de la Comisión (art. 16.2 R. 1/2003)

22. El *supuesto de hecho* es la adopción por las ANC de decisiones en aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, cuando la Comisión haya resuelto previamente sobre los mismos hechos. La *consecuencia jurídica* es la imposibilidad de que las ANC dicten una decisión administrativa incompatible con la anterior (= *primacía de las decisiones de la Comisión*). El Considerando 22, *in fine*, del R. 1/2003 establece que: “Las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado”. Cabe concluir, por tanto, que el art. 16.2 R. 1/2003 contempla un supuesto-tipo: que la Comisión considere inaplicables los arts. 101 y 102 TFUE en un caso concreto; mientras que las ANC quieran imponer sanciones a los mismos hechos en virtud de esas mismas disposiciones jurídicas. Ahora bien, como se ha apuntado, las ANC no deberían adoptar ninguna decisión, cuando ya exista una decisión de la Comisión de inaplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, se refiera a los mismos hechos e incluya en su ámbito de aplicación al territorio del Estado al que pertenezcan tales ANC⁴⁸. Dicho proceder iría contra el principio *non bis in idem*⁴⁹.

⁴⁴ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 76 y 328; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 225.

⁴⁵ Vid. G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche...”, p. 882; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 76-78 y 328; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 185-190.

⁴⁶ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 78-79 y 328.

⁴⁷ Landgericht Dortmund, 1 abril 2004, 13 O 55, Vitamine.

⁴⁸ Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1129.

⁴⁹ Sobre el principio *non bis in idem*, vid. I. BAUDISCH, “Die Sanktionierung von grenzüberschreitenden Kartellsachverhalten: die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zum Grundsatz ‘ne bis in idem’ im europäischen und internationalen Wettbewerbsverfahren (SGL Carbon AG vs. Kommission, EuGH vom 10.5.2007, C-328/05P)”, *ELR*, nº 6, 2007, pp. 216-223; ID., *Die Rechtsstellung des Unternehmens in grenzüberschreitenden Kartellverfahren: zur Tragweite des Grundsatzes ‘ne bis in idem’ im EG-Kartellsanktionsrecht*, Köln, 2009; M. BENEDETTI, “Il principio ne bis in idem nella materia anti-trust: il commento”, *Giornale di diritto amministrativo*, XIII, 3, 2007, pp. 287-295; B. VAN BOCKEL, “The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance”, *ERA-Forum*, 13, 3, 2012, pp. 325-347; M. BÖSE, “Der Grundsatz ‘ne bis in idem’ im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und Art. 54 SDÜ”, *EWS*, 18, 5, 2007, pp. 202-210; S. BONI, “Précisions sur la délimitation des compétences de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence au sein du ‘REC’ et sur l’application du principe ne bis in idem: CJUE, 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. aff. C-17/10”, *Rev.aff.eur.*, 19, 1, 2012, pp. 183-190; J.H.J. BOURGEOIS, “Ne bis in idem and enforcement of EEA competition rules”, en *Economic law and justice in times of globalisation = Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung: Festschrift für Carl Baudenbacher*, Baden-Baden, 2007, pp. 313-318; S. BRAMMER, “Ne bis in idem im europäischen Kartellrecht: neue Einsichten zu einem alten Grundsatz”, *EuZW*, 24, 16,

IV. Análisis del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE

23. Tercer eslabón: La Directiva 2014/104/UE regula exclusivamente el *efecto vinculante de las decisiones nacionales* y no las de la Comisión Europea⁵⁰. Como hemos visto, el art. 16.1 del R. 1/2003 prohíbe a los tribunales nacionales adoptar resoluciones incompatibles con las decisiones de la Comisión Europea. Por tanto, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE equipara a las ANC del Estado en el que se plantee la acción de daños con la Comisión Europea en relación a los efectos de sus decisiones ante los tribunales nacionales. Dicho con otros términos, el art. 9 de la Directiva de daños por violación de las normas de competencia añadiría un *nuevo límite* a la *independencia del poder judicial*⁵¹. En efecto, esta norma amplía la competencia de las ANC en ciertos supuestos en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción. Se trata de una competencia paralela que afecta, por un lado, al ámbito administrativo y sancionador y, por el otro, al ámbito civil.

24. Ahora bien, el art. 9 de la Directiva de daños por infracción de las reglas de la competencia es sólo un *clon imperfecto* del art. 16.1 del R. 1/2003. En efecto, el ámbito del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, como ha observado acertadamente J. RIFFAULT-SILK, es, por un lado, más estricto y, por otro, mayor que el art. 16.1 del R. 1/2003⁵². Su ámbito es más estricto; puesto que la decisión administra-

2013, pp. 617-622; A.-L. CALVO CARAVACA/M.P. CANEDO ARRILLAGA, “*Non bis in idem* en Derecho antitrust”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 54/1, Enero-Junio 2006, pp. 11-39; L. CLÉMENT-WILZ, “Le principe non bis in idem en droit européen de la concurrence”, en *Le principe ne bis in idem*, Limal, 2012, pp. 107-121; F. COLAPINTO, “Ne bis in idem e sanzioni per intese restrittive della concorrenza”, *DPCE*, II, 2012, pp. 790-794; G. DANNECKER, “Der Grundsatz ‘ne bis in idem’ im deutschen und europäischen Kartellrecht”, en W. WEISS (Hrsg.), *Die Rechtsstellung Betroffener im modernisierten EU-Kartellverfahren: Vorträge des 1. Speyerer Kartellrechtsforums*, Baden-Baden, 2010, pp. 115-134; W. DEVROE, “How general should general principles be? Ne bis in idem in EU competition law”, en *General principles of EU law and European private law*, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 401-442; T. EILMANSBERGER, “‘Ne bis in idem’ und kartellrechtliche Drittstaatssanktionen. Zugleich Besprechung des EuG-Urteils vom 9.7.2003 – Rs. T-224/00 Archer Daniels Midland Company (ADM)”, *EWS*, 15, 2, 2004, pp. 49-55; G. DI FEDERICO, “EU competition law and the principle of ne bis in idem”, *European Public Law*, 17, 2, 2011, pp. 241-260; L. FRÉDÉRIC/G. ACCARDO, “Ne bis in idem, part ‘bis’”, *World Compet.*, 34, 1, 2011, pp. 97-112; W. FRENZ, “Ne bis in idem im Kartellrecht”, *EWS*, 25, 3, 2014, pp. 129-132; C. GAUER/E. PAULIS, “Le règlement n° 1/2003 et le principe du *ne bis in idem*”, *Concurrences*, n° 1, 2005, pp. 32-40; G. GAULARD, “Le principe non bis in idem en droit de la concurrence de l’Union”, *Cah.dr.eur.*, 49, 3, 2013, pp. 703-781; F.A. IMMENGA/A. JÜTTNER, “Geltung und Grenzen des Grundsatzes ne bis in idem im europäischen Kartellrecht: die EuGH-Entscheidung SLG Carbon”, *ZWeR*, 4, 4, 2006, pp. 400-411; A. KLEES, “Der Grundsatz ne bis in idem und seine Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN)”, *WuW*, 56, 12, 2006, pp. 1222-1230; N. KRUCK, *Der Grundsatz ne bis in idem im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Frankfurt am Main, 2009; T. KUCK, “Die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem im europäischen Kartellrecht und seine Anwendung in internationalen Kartellverfahren”, *WuW*, 7-8, 2002, pp. 689-698; T. LIEBAU, “*Ne bis in idem*” in Europa: zugleich ein Beitrag zum Kartellsanktionenrecht in der EU und zur Anrechnung drittsstaatlicher Kartellsanktionen, Wien, 2005; M. MESSINA, “The operation of ne bis in idem in the application of European Union competition law rules across the European Union: recent developments in the light of the Toshiba case”, *ERA-Forum*, 13, 2, 2012, pp. 163-171; H. MOCK, “Ne bis in idem: une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu’à Strasbourg (arrêt C-436/04 de la Cour de justice des Communautés européennes, du 9 mars 2005, Leopold Henri Van Esbroeck)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 17, 67, 2006, pp. 635-645; B. MÜLLER/E. MÜLLER, “Ne bis in idem: Geldbußen und Kriminalstrafen für Submissionskartelle”, *wbl*, 28, 2, 2014, pp. 61-70; R. NAZZINI, “Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2, 2, 2014, pp. 270-304; M. PETR, “The ne bis in idem principle in competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 392-400; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1129-1135; M.F. PORTINCASA, “Il principio ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario”, *Il diritto dell’Unione europea*, XII, 1, 2007, pp. 91-121; U. SOLTÉSZ/J. MARQUIER, “Hält ‘doppelt bestraft’ wirklich besser? Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden”, *EuZW*, 17, 4, 2006, pp. 102-107; E. VERGNANO, “Competenze parallele e ne bis in idem: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust”, *DPCE*, III, 2005, pp. 1429-1447; R. WERDNIK, “Aktuelle Entwicklungen im europäischen Kartellrecht zu ne bis in idem”, *RdW*, 30, 12, 2012, pp. 717-719; W.P.J. WILS, “The principle of the ne bis in idem in EC antitrust enforcement”, *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 131-148; A. YOMERE, *Die Problematik der Mehrfachanktionierung von Unternehmen im EG-Kartellrecht*, Baden-Baden, Zürich, 2010; A. ZURIMENDI ISLA, “El concurso de normas en el derecho antitrust y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia”, *Gac.Jur.UE*, n° 244, 2006, pp. 77-83.

⁵⁰ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 191-197; E.N. TRULI, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules: the binding effect of decisions adopted by national competition authorities”, *ECJ*, 5, 3, 2009, pp. 795-821.

⁵¹ Vid., en general, H.-J. PAPIER, “Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken”, *NJW*, 2001, pp. 1089-1160.

⁵² Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 192-193.

tiva (o de la jurisdicción jerárquicamente superior) tiene que ser *firme* para que tenga efecto vinculante ante los tribunales nacionales. Pero, al mismo tiempo, su ámbito es mayor; puesto que: 1º) El efecto vinculante de las decisiones administrativas que ponen fin a una infracción concurrencial no sólo alcanza a las que aplican el Derecho antitrust europeo (arts. 101 y 102 TFUE), sino también a las que aplican la legislación nacional del Estado miembro. 2º) El efecto vinculante de las decisiones administrativas en materia de libre competencia no sólo se predica de las resoluciones del propio Estado miembro, sino también de las resoluciones finales de los demás Estados miembros de la UE. Asimismo ambas normas persiguen un objetivo común, que es la eficacia del Derecho antitrust en Europa. Ahora bien, el art. 16.1 del R. 1/2003 se centra en la aplicación coherente del Derecho antitrust europeo y, por su parte, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE busca mejorar la eficacia del Derecho antitrust en el ámbito civil, lo que permitirá alcanzar la eficacia del Derecho antitrust tanto en el ámbito administrativo como en el civil.

1. Resoluciones de la ANC del Estado miembro

25. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE sigue precisamente el ejemplo del art. 16 del Reglamento 1/2003, aplicándolo a *private enforcement*. El objetivo del art. 9 es mejorar la seguridad jurídica, eficacia y eficiencia procesal de las demandas de reparación de daños por incumplimiento de las normas de competencia. En efecto, permitir a una empresa infractora volver a plantear las mismas cuestiones ante la jurisdicción civil que las planteadas en el procedimiento sancionador es ineficiente, aumenta costes del proceso judicial y, por supuesto, perjudica a la seguridad jurídica. Tal y como indica el Considerando 34, la Comisión Europea debe velar por la aplicación coherente del Derecho de la competencia de la UE, orientando a las ANC y evitando incoherencias en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, aumentando la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y así mejorar el funcionamiento del Mercado interior para las empresas y consumidores. Para cumplir con este objetivo, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE establece que la constatación del incumplimiento de la norma antitrust en resoluciones firmes de una ANC no podrá volver a ser objeto de litigio. Se considerará que la *constatación de la infracción* ha sido establecida de modo *irrefutable* en relación a las acciones de daños iniciadas en el Estado miembro de la ANC que haya realizado dicha constatación.

26. Tal como ha subrayado la doctrina (*ad ex.*, J. RIFFAULT-SILK), la existencia de una *presunción* en una acción civil por daños, consistente en considerar que el hecho ilícito (= la infracción anticompetitiva) ha sido acreditado (por una decisión administrativa anterior que así lo declara o por una sentencia de un tribunal jerárquicamente superior a la ANC), tiene *dos importantes consecuencias*: sobre la competencia del juez civil y sobre los derechos de defensa de los demandados en la acción civil⁵³.

27. Desde un punto de vista teórico, la anterior afirmación significa lo siguiente:

1º) Que el tribunal civil (o, en su caso, mercantil) del Estado de origen de la decisión administrativa (Estado *a quo*) no podrá cuestionar los *hechos ilícitos* declarados por ella –como, *ad ex.*, que hubo un cartel⁵⁴: a) Su competencia se ve, pues, limitada: no puede conocer de hechos que previamente han sido vistos por una autoridad administrativa (= se limita la capacidad de juzgar del órgano judicial ordinario). b) Dicho con otros términos, no se trata de que el tribunal civil (o mercantil) no pueda suscitar de oficio la cuestión de si, en efecto, hubo o no tales hechos ilícitos anticoncurrenciales, sino que no podrá conocer de ellos y deberá darlos por supuestos; aunque el demandado del proceso civil los impugne ante él (= el límite de su ámbito jurisdiccional es independiente del régimen de impugnación [de oficio

⁵³ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 193-195.

⁵⁴ Vid., en general, S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichem Recht: Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin, Nomos, 1997; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *Die Verwaltung*, 1984, pp. 169-195; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Erlangen, Palm & Enke, 1956; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1965; M. RANDAK, “Bindungswirkungen von Verwaltungsakten”, *JuS*, 1992, pp. 33-39.

/ a instancia de parte] de los hechos constatados por la decisión firme administrativa [o la sentencia del tribunal administrativo jerárquicamente superior]).

2º) Que el tribunal ordinario ante el que se plantea una demanda por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del Derecho antitrust deberá velar por el *respeto de los derechos de defensa* de los demandados en el procedimiento administrativo previo (o en el proceso ante el tribunal administrativo jerárquicamente superior).

El control *a posteriori* de los derechos de defensa del demandado en la acción civil es el *precio a pagar* para que se justifique o admita la presunción de verdad de los hechos que se encuentran en la base de la demanda civil⁵⁵. Entre otros, se consideran *derechos de defensa* la notificación de la apertura de un procedimiento sancionador por infracción de normas de competencia con tiempo suficiente para preparar el alegato correspondiente, el acceso al expediente, la efectiva posibilidad de discutir los hechos constitutivos de la infracción (*der Grundsatz des rechtlichen Gehörs*) conforme al *principio de igualdad de armas* de las partes (*fair trial*) y la posibilidad de recurrir la decisión final del procedimiento público sancionador ante una instancia independiente e imparcial (*der Grundsatz der Überprüfbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung vor einer unabhängigen und unparteilichen Instanz*)⁵⁶.

28. En realidad, ambos asuntos son reconducibles a una sola cuestión: *cuál es el ámbito o alcance de la vinculación*. Parafraseando una sentencia del Tribunal de apelación inglés, podríamos decir que la cuestión crucial se encuentra en averiguar el ámbito de la decisión de la ANC y es a esa cuestión a la que debemos dirigirnos ahora⁵⁷.

A) El alcance de la vinculación

29. Según el art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE, la empresa demandada en la acción civil no puede debatir ante el juez ordinario la decisión de la ANC en la que se basa la demanda. En particular, no puede litigar sobre *los hechos y la calificación jurídica* (desde el punto de vista del Derecho antitrust) que llevaron a dicha autoridad a razonar y concluir que hubo un comportamiento anticompetitivo⁵⁸.

30. Ahora bien, el texto de este artículo de la Directiva puede resultar más complejo de lo inicialmente previsto; ya que no queda claro el *alcance de la vinculación*. En principio, el Considerando 34 indica que los efectos de la constatación se refieren a la *naturaleza de la infracción*, su *alcance material, personal, temporal y territorial*. No aclara si esto incluye, *ad ex.*, otros aspectos de la infracción como, *ad ex.*, la subida de precio provocada por un cartel (el sobrecoste). Además, el hecho de que se trate como *irrefutable* la constatación puede ser *contrario a una interpretación amplia* que abarque otros aspectos distintos del alcance material, personal, temporal y territorial⁵⁹. Asimismo se trata de una modificación frente al art. 16.1. R. 1/2003; ya que el alcance del art. 16.1 del R. 1/2003 obliga al tribunal nacional a no adoptar una decisión contraria a la decisión de la Comisión Europea (*obligación negativa*); mientras que el art. 9 de la Directiva establece que el tribunal nacional está completamente vinculado a la decisión de la Comisión Europea (*obligación positiva*)⁶⁰.

⁵⁵ Vid. J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", pp. 193-194.

⁵⁶ Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Kommission sowie deutscher und mitgliedstaatlicher Kartellbehörden und Gerichte im deutschen Zivilprozess*, Köln, Heymann, 2010, p. 301; J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", p. 194.

⁵⁷ Vid. CAT, 5 julio 2012, *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited*, Case Number: 1178/5/7/11, § 35 (disponible en catribunal.org.uk a 20 abril 2015): "*The crucial question lies in ascertaining the ambit of the OFT Decision, and it is to that question we now turn*". Sobre este caso, vid. K. DIETZEL/S. WISKING/M. HERRON, "Nearing the End of the Line in Cardiff Bus", *Competition Law Journal*, 11, 4, 2012, pp. 289-303; M. ISRAEL/N. DIMOPOULOS/M. WALTON, "United Kingdom: Private Antitrust Litigation", *The European Antitrust Review*, 2014, pp. 306-312, en particular pp. 310 y 312.

⁵⁸ Vid. J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", p. 193.

⁵⁹ J. DREXL ET AL. "European Commission-White Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper series N° 09-07, p. 6.

⁶⁰ Vid. D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 91.

31. En nuestra opinión, el art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE responde a las siguientes ideas:

32. 1ª) El *alcance material* se refiere, en principio, al *mismo acuerdo, decisión o práctica sancionados* por la decisión de la ANC o, interpuesto recurso, por la resolución de los órganos judiciales administrativos del Estado miembro: el tribunal civil debe verificar si la ANC efectivamente constató que los *hechos* en los que se basa la acción civil constituyen una *infracción* desde el punto de vista del Derecho antitrust (*ad ex.*, que las empresas demandadas fijaron precios / se repartieron los mercados y, por tanto, concluyeron un cartel prohibido por el art. 101 TFUE)⁶¹.

33. Tanto los tribunales de la UE como los tribunales de los Estados miembros subordinan el efecto vinculante de las decisiones administrativas sobre competencia al hecho de que los hechos ilícitos sancionados integren aquella parte de la decisión (o, en su caso, sentencia) que tenga el carácter de *ratio decidendi* y no meramente un valor marginal o de *obiter dictum*⁶². *Ejemplo 1*: STPI 12 octubre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Comisión*, T-474/04, *Rec.*, p. II- 04225, § 73: “[...] la aplicación de la jurisprudencia citada [...] presupone que la infracción comprobada figure al menos en la parte dispositiva de la decisión y que ésta se dirija a la empresa en cuestión, para que pueda impugnarla ante los tribunales. En efecto, procede recordar a este respecto que, tal como la propia Comisión ha alegado, cualquiera que fuese la motivación que fundamenta una decisión, tan sólo su parte dispositiva puede producir efectos jurídicos y, por tanto, lesivos. Por el contrario, las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación. La motivación solamente puede ser sometida al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto (auto del Tribunal de Justicia de 28 de enero 2004, Países Bajos/Comisión, C-164/02, *Rec.* p. I-1177, apartado 21; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, *Rec.* p. II-913, apartado 186), y si, más particularmente, esta motivación puede alterar la naturaleza de lo decidido en la parte dispositiva del acto en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, *Rec.* p. II-4825, apartados 67 y 68)”⁶³. *Ejemplo 2*: Visto que el *efecto vinculante* supone un límite a las facultades de los tribunales nacionales para aplicar directamente el Derecho de la UE (en particular, los arts. 101 y 102 TFUE), la doctrina alemana viene sosteniendo una *interpretación restrictiva* (*eine restriktive Auslegung*) del art. 16.1 R. 1/2003, que se apoye en el tenor literal de la decisión y, en concreto, en su parte dispositiva: cualquier consideración que no guarde relación directa con la *ratio iuris* carecería de eficacia vinculante para los tribunales nacionales⁶⁴. No es extraño, por tanto, que la sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06, rechazase expresamente el efecto vinculante de unas afirmaciones de una decisión de la Comisión Europea que, en realidad, eran *obiter dicta*; puesto que no guardaban relación directa con la fundamentación jurídica que permitió a la Comisión resolver el fondo del asunto⁶⁵. *Ejemplo 3*: A la luz del art. 480 CPC, la Corte de casación francesa ha declarado que la autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar más que respecto a lo que ha constituido el objeto de una sentencia y ha sido resuelto en su parte dispositiva (“*l’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet d’un jugement et a été tranché dans son dispositif*”) (Cass. ass. plén., 13 marzo 2009, nº 08-16.033, *Bull. ass. plén.*, nº 3)⁶⁶.

⁶¹ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 194.

⁶² Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 194.

⁶³ Comentada por É. BARBIER DE LA SERRE, “Secret professionnel, présomption d’innocence et protection juridictionnelle effective”, *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 14, 2008, pp. 93-95; P. CARDONNEL, “La présomption d’innocence s’oppose à la publication d’informations relatives à la participation à un cartel d’une entreprise dont la Commission n’a pas formellement établi la responsabilité dans le dispositif d’une décision mettant fin à une procédure d’infraction”, *Concurrences*, nº 1, 2008, pp. 165-166; L. TERMINIELLO, “Trasparenza, segretezza e presunzione d’innocenza”, *DPCE*, 2008, pp. 244-249; B.A. WALTER, “Was ist ein ‘Berufsgeheimnis’?, oder: Der ‘gute Ruf’ als Begrenzung von gemeinschaftsrechtlicher Transparenz”, *European Law Reporter*, 2008, pp. 9-13; B.W. WEGENER, “Von hinten durch die Brust ins Auge - Das EuG stärkt den Ehrschutz und die Unschuldsvermutung in der EU- Kartellaufsicht - in dogmatisch abenteuerlicher Art und Weise”, *EuR*, 2008, pp. 716-720.

⁶⁴ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 45-46.

⁶⁵ Sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06.

⁶⁶ Comentada por C. BRENNER/N. FRICERO (DIR.), *La nouvelle procédure d’appel*, 2ª ed., Paris, Éditions Lamy, 2011, p. 148;

34. Un problema improbable –pero no imposible– es el que pudiéramos denominar de las *pseudofollow-on actions* (= falsas acciones de seguimiento) o, si se prefiere, de las *criptofollow-on actions* (= acciones de seguimiento con base en hechos ocultos). Se trataría de aquéllos supuestos en que el demandante interpone una acción civil de recuperación de daños por infracción de las normas de competencia en virtud de una decisión administrativa de condena anterior, en la que no se constatan de manera clara y precisa cuáles son los hechos que le permitieron concluir al órgano administrativo que efectivamente se produjo un ilícito anticoncurrencial. En realidad, no estaríamos en presencia de una *follow-on action*, sino de una auténtica acción *stand alone* y como tal debe ser tratada. Así, *ad ex.*, la sentencia de la Court of Appeal 1 julio 2009, *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd* [2009] EWCA Civ 647, declaró que no era tarea de la Corte establecer la responsabilidad, sino del nexo de causalidad y del *quantum* después de haber identificado los hechos (constitutivos) de la infracción⁶⁷.

35. 2ª) La Directiva tampoco aclara cuál es el *alcance subjetivo*: si se refiere sólo a la empresa o a las empresas que hayan sido sancionadas en el procedimiento administrativo o si alcanza también a otras empresas que hayan podido participar en la conducta o sean mencionadas en la decisión administrativa sancionadora, pero que finalmente no pudieron ser sancionadas (*ad ex.*, porque no se pasó de los indicios de prueba a las pruebas concluyentes o porque su conducta ilícita y consiguiente responsabilidad había prescrito). Cabe entender que el efecto vinculante de la decisión final sólo alcanzará en un tribunal ordinario a una empresa que haya sido destinataria de dicha decisión; es decir no podrá ser *sujeto pasivo* de una *follow-on action* más que la empresa que haya sido destinataria y, por consiguiente, *sujeto pasivo* también del procedimiento administrativo previo. Existe una buena razón para ello: sólo el sujeto destinatario de la decisión administrativa sancionadora ha podido ejercer efectivamente sus *derechos de defensa* en el transcurso del procedimiento administrativo y, en caso de que no hayan sido respetados, sólo él estará legitimado para interponer un recurso contra la decisión final basado en la lesión de los derechos de defensa. Dicho con otros términos, la existencia de una decisión sancionadora debe ser interpretada constitucionalmente: no hay tal, si no se respetaron los derechos de defensa o, dicho con otros términos, la empresa que no pudo ejercer su derecho de defensa se beneficia de la *presunción de inocencia*.

36. El Derecho comparado puede arrojar más luz a la hora de determinar el alcance subjetivo⁶⁸. *Ejemplo 1*: En *Iberian UK Ltd v BPB industries*, el Juez Laddie declaró que: “A decision of the EU Commission addressed to a particular undertaking to the effect that the undertaking has committed breaches of Article 82, was binding on the undertaking, and could be relied on by third parties in national courts, so that the relevant undertaking could not deny that it had committed the infringements found by the Commission to have occurred” (High Court of Justice, Chancery Division, *Iberian UK Ltd v BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd*, 1 enero 1996 [1997] ICR 164, [1996] 2 CMLR 601, [1997] EuLR 1)⁶⁹. Los hechos que originaron este caso son los siguientes: La empresa Iberian UK importó en Gran Bretaña láminas de yeso procedentes de España que eran más baratas que las de BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd, los dos mayores productores del Reino Unido. Como respuesta a la agresiva política comercial de estas últimas (fuertes descuentos a los minoristas que les compraran en exclusiva), las denunció ante la Comisión Europea por abuso de posición dominante (actual art. 102 TFUE). Condenadas por la Comisión y desestimados sus recursos ante el TPI y el TJCE, Iberian UK interpuso ante los tribunales británicos una acción civil por daños. Se planteó así ante éstos la cuestión de si la parte en un procedimiento nacional podía apoyarse en los hechos y cuestiones constatados por la Comisión, el TPI y el TJCE. *Ejemplo 2*: En el caso *Pergan*, la Comisión desestimó la solicitud de omitir determinados pasajes de la versión final publicada de una decisión por la que se declaraba una infracción del (actual) art. 101 TFUE. La cuestión central que se discutía

D. , 2010, p. 169, con nota de N. FRICERO; *Revue Trimestrielle Droit civil*, 2009, p. 366, con nota de R. PERROT; *JCP* 2009. II. 10077, con nota de Y.-M. SERINET.

⁶⁷ Sobre este caso, *vid.*, más adelante, epígrafe V, 2.

⁶⁸ *Vid.* J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 194-195.

⁶⁹ *Vid.* C. MITROPOULOS, “The English High Court’s judgment in *Iberia U.K. Ltd v (1) BPB Industries Plc and (2) British Gypsum Ltd*”, *Competition Policy Newsletter*, 2, 2, 1996, pp. 28-29.

era la de si la Comisión podía divulgar información que afectaba a la demandante mediante la publicación de una decisión no dirigida a ella. En concreto, Pergan pretendía la anulación de la decisión del consejero auditor que, en el marco de un procedimiento de aplicación de normas comunitarias de competencia, desestimó su solicitud de que se suprimiesen de la versión destinada a la publicación de una decisión, de la que no era destinataria y en la que se declaraba y se sancionaba una infracción de dichas normas, aquellos apartados de su motivación en los que se afirmaba su participación en la infracción durante un período amparado por la prescripción. El TPI se apoyó en la *presunción de inocencia* y el *secreto profesional* para dar la razón a la empresa recurrente frente a la Comisión (STPI 12 octubre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Comisión*, T-474/04, *Rec.*, p. II-04225, §§ 38 a 40 y 74 a 78)⁷⁰. *Ejemplo*

⁷⁰ Los fundamentos jurídicos más importantes del caso Pergan son los siguientes: “74. Pues bien, en el caso de autos, resulta de cuanto antecede que, *con independencia de la cuestión de si procedía o no que la Comisión hiciese constar en la motivación de la Decisión peróxidos una infracción imputable a la demandante, ésta carecía de legitimación activa para impugnar esa Decisión, al no figurar dicha apreciación en la parte dispositiva. Por lo tanto, un recurso* presentado por la demandante contra la Decisión peróxidos dirigido al control por parte del Tribunal de Primera Instancia del fundamento de las informaciones controvertidas *hubiese sido inadmisibile*, en cualquier caso, aunque se hubiese interpuesto en el plazo previsto por el artículo 230 CE, párrafo quinto (véase, en este sentido, la sentencia *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, citada en el apartado 52 supra, apartado 150). / 75. Además, tal como alega la demandante, el alcance de la facultad de la Comisión para adoptar y publicar decisiones, sobre la base del Reglamento n° 17, y el alcance de la protección del secreto profesional deben interpretarse a la luz de los principios generales y de los derechos fundamentales que forman parte integrante del orden jurídico comunitario y, en particular, del principio de presunción de inocencia –tal como se reafirma en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1)– que se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que pueden llevar a la imposición de multas o multas coercitivas (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, *Rec. p.* I-4287, apartado 150; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, *JFE Engineering y otros/Comisión*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, *Rec. p.* II-2501, apartado 178, y *Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión*, citada en el apartado 72 supra, apartados 104 y 105). / 76. Procede observar, además, que la *presunción de inocencia implica que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Se opone por lo tanto a toda declaración formal e incluso a toda alusión a la responsabilidad de una persona acusada de una infracción determinada en una resolución que ponga fin a las actuaciones, sin que esa persona haya podido contar con todas las garantías inherentes al ejercicio del derecho de defensa* en un procedimiento que siga su curso normal y que concluya con una resolución sobre la procedencia de la imputación (sentencia *Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión*, citada en el apartado 72 supra, apartado 106). Por otra parte, la culpabilidad de una persona acusada de una infracción sólo está definitivamente declarada cuando la decisión que aprecia dicha infracción ha adquirido firmeza, lo cual implica, bien la falta de interposición de recurso contra dicha decisión por la persona afectada en los plazos previstos en el artículo 230 CE, párrafo quinto, bien, una vez interpuesto dicho recurso, la conclusión definitiva del procedimiento contencioso, en particular, mediante una resolución judicial que confirme la legalidad de dicha decisión. / 77. Por consiguiente, no pueden considerarse legalmente declaradas aquellas apreciaciones que no pudieron ser impugnadas ante los tribunales comunitarios por la persona inculpada, a pesar de que ésta refute su fundamento. En efecto, el hecho de privar a dichas apreciaciones de todo control jurisdiccional y, por tanto, de una posible corrección por parte del juez comunitario en caso de ilegalidad de aquéllas, viola manifiestamente el principio de presunción de inocencia. Cualquier otra interpretación llevaría a infringir el sistema de reparto de funciones y el equilibrio institucional entre los poderes administrativo y judicial, desde el momento en que, en caso de impugnación, corresponde únicamente a este último resolver definitivamente sobre la existencia de elementos suficientes que permitan determinar la responsabilidad de una empresa por la infracción de las normas de competencia. / 78. El Tribunal de Primera Instancia considera, además, que *en la medida en que las apreciaciones de la Comisión relativas a una infracción cometida por una empresa pueden eludir la aplicación del principio de presunción de inocencia, éstas deben, en principio, ser consideradas confidenciales para el público y, por consiguiente, están amparadas, por su propia naturaleza, por el secreto profesional*. Este principio se deriva, en particular, de la necesidad de respetar la reputación y la dignidad de la persona en cuestión en tanto que la misma no ha sido condenada definitivamente (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, *BASF/Comisión*, T-15/02, *Rec. p.* II-497, apartado 604). El carácter confidencial de tales elementos se confirma por el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 1049/2001, según el cual se protegen las informaciones cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad de la persona. Por último, el carácter confidencial de estas informaciones no puede depender de que tengan o no carácter probatorio, y en qué medida, en el marco de un litigio nacional” (las cursivas son nuestras). Sobre el caso Pergan, vid. É. BARBIER DE LA SERRE, “Secret professionnel, présomption d’innocence et protection juridictionnelle effective”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 14, 2008, pp. 93-95; P. CARDONNEL, “La présomption d’innocence s’oppose à la publication d’informations relatives à la participation à un cartel d’une entreprise dont la Commission n’a pas formellement établi la responsabilité dans le dispositif d’une décision mettant fin à une procédure d’infraction”, *Concurrences*, n° 1, 2008, pp. 165-166; L. TERMINIELLO, “Trasparenza, segretezza e presunzione d’innocenza”, *DPCE*, 2008, pp. 244-249; B.A. WALTER, “Was ist ein ‘Berufsgeheimnis’?, oder: Der ‘gute Ruf’ als Begrenzung von gemeinschaftsrechtlicher Transparenz”, *European Law Reporter*, 2008, pp. 9-13; B.W. WEGENER, “Von hinten durch die Brust ins Auge - Das EuG stärkt den Ehrschutz und die Unschuldsvermutung in der EU- Kartellaufsicht - in dogmatisch abenteuerlicher Art und Weise”, *EuR*, 2008, pp. 716-720.

3: La sentencia KG Berlin 1 octubre 2009, Az. 2 U 10/03 Kart, anuló la sentencia del Tribunal regional (LG Berlin 23 mayo 2003 - 102 O 129/02), y reconoció el derecho a indemnización de un demandado del proceso civil, que figuraba en una decisión de condena por la que la ANC alemana (el *Bundeskartellamt*) imponía multas a los participantes en un cartel y nombraba al demandado, aunque no en la parte dispositiva de su resolución: destinatario de la resolución administrativa había sido sólo el director (común) a las cuatro compañías implicadas⁷¹. *Ejemplo 4*: El § 33.4 de la Ley de Defensa de la Competencia Alemana (en adelante, GWB) prevé expresamente que la vinculación sólo se aplique a los sujetos a los que se dirige la decisión sancionadora⁷². De esta forma, *ad ex.*, puede que la vinculación respecto a hechos establecidos con respecto a la sociedad matriz de un grupo no se extienda a sus filiales.

Por tanto, aunque la Directiva no lo prevea expresamente, la vinculación no debería ir más allá del sujeto de la decisión sancionadora.

37. 3ª) El *alcance temporal y territorial* será el mismo que el recogido en la decisión. Así se determinará la duración y mercado afectado por la conducta. De esta forma, el demandante o perjudicado tendrá que acreditar en la acción civil que había actuado en el mercado afectado en el periodo de duración de la conducta, *ad ex.*, comprando productos con un sobreprecio originado por el cartel. El ámbito territorial coincidirá con la jurisdicción de la ANC que haya adoptado la decisión sancionadora.

38. 4ª) Por otra parte, aunque se limite la vinculación al alcance material, personal, temporal y territorial de la conducta, será probable que los tribunales consideren *otros aspectos* recogidos en la decisión sancionadora como, *ad ex.*, el grado de afectación de un mercado, por lo menos como un *principio de prueba* (*Anscheinsbeweis*). *Ejemplo*: En 1996, la sociedad francesa Central Parts denunció ante la Comisión Europea a JCB Service Ltd, sociedad holding de Derecho inglés, acusándola de dirigir un grupo de sociedades que rehusó venderle maquinaria, infringiendo el [actual] art. 101 TFUE. Las instituciones comunitarias, en efecto, condenaron al grupo británico y a sus concesionarios de Reino Unido, Irlanda, Francia e Italia (Déc. Comm. CE n° C(2000) 3887, 21 diciembre 2000, COMP.F.1/35.918 – *JCB*, confirmada por sentencia TPI 13 enero 2004, T-67/01, y sentencia TJCE 21 septiembre 2006, C-167/04 P). Central Parts interpuso una acción de indemnización ante el Tribunal de comercio de Orleans en 2004. Tras varias peripecias procesales, la Corte de Apelación de París señaló lo siguiente: Primero: La *relación entre la infracción anticompetitiva y la falta civil generadora de la obligación de reparar*. En opinión del Tribunal, en virtud del art. 16 R. 1/2003, “las infracciones a la legislación comunitaria constituyen faltas civiles según el Derecho civil”; bien entendido que esta regla –que se justifica por la supremacía del Derecho de la UE sobre la legislación de los Estados miembros– no es extrapolable al ámbito nacional, donde las decisiones de la ANC no pueden vincular a los tribunales, dada la independencia del poder judicial, aunque, de ordinario, tengán de ellas “la mayor consideración”. Por otra parte, el hecho de que no existiera una condena previa de las filiales de JCB Service, no impide a la jurisdicción nacional apreciar en virtud de los elementos que le fueron sometidos que dichas filiales participaron en un cartel, un hecho ilícito que fue posible; porque una de las empresas del grupo tomó una decisión que las otras ejecutaron. Esto –añade el Tribunal de apelación– justificaría que se les condenara a pagar solidariamente el perjuicio sufrido por Central Parts. Efectivamente, las empresas filiales no negaron su participación en los hechos. Segundo: El *vínculo entre la falta y el daño*. Con gran rapidez y pragmatismo, el Tribunal de apelación concluyó que evidentemente la negativa de la red comercial tejida por el grupo británico JCB a venderle maquinaria a Central Parts no pudo más que causarle gastos necesarios para hacerse con ella de cualquier otra manera (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 junio 2013, n° RG: 12/04441, *JC Bamford [JCB]*)⁷³.

⁷¹ Vid. sentencia KG Berlin, 1 octubre 2009 – 2 U 10/03 Kart – *Transportbeton*, WuW/E DE-R 2773. Sobre este mismo caso, sentencia BGH 8 junio 2010 - KZR 45/09.

⁷² Correctamente, en aplicación del § 33.4 GWB, sentencia LG Köln, 17 enero 2013, 88 O 1/11, FJ 196. Vid. E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595.

⁷³ Vid. S. CHOLET, “Influence limitée de la procédure de concurrence sur l’action indemnitaire”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 37, Octubre 2013, pp. 33-34.

39. 5ª) Por último, aunque se limite la vinculación al alcance material, personal, temporal y territorial de la conducta, la empresa infractora no podrá cuestionar *aspectos adicionales* de la decisión sancionadora, una vez sea firme⁷⁴.

B) La existencia de dolo o culpa

40. Construidas a imagen y semejanza del Derecho antitrust estadounidense, las acciones de seguimiento (*follow-on suits*) requieren, *grosso modo*, que se acrediten tres extremos: la existencia de una infracción de las reglas de competencia (*the fault*), un daño (*existence of harm*) y el nexo de causalidad entre el ilícito anticoncurrencial y el daño causado a quien interpone la demanda de compensación (*the link of causation between the fault and the harm*)⁷⁵. Ahora bien, en los sistemas jurídicos europeo-continental la responsabilidad extracontractual o aquiliana exigía, de ordinario, que hubiese culpa (dolo o negligencia): *punitur quia peccatum est*⁷⁶. Cabe, pues, preguntarse si ésta debe ser también acreditada para que el juez estime la demanda de compensación de daños. El problema, que es de la mayor enjundia teórica, ha sido resuelto, sin embargo, con gran pragmatismo por algunos de los Estados europeos. *Ejemplo 1*: En Francia, la culpa se presume de manera irrefutable tan pronto se prueba el acto ilícito⁷⁷. *Ejemplo 2*: En Alemania, el derecho a la compensación (§ 33.3, primera frase, GWB) requiere que haya habido dolo o negligencia en la comisión de la infracción (*Schuldprinzip*)⁷⁸; sin embargo, la doctrina alemana llega a la misma conclusión que la francesa a este respecto, si bien con un pensamiento más elaborado. En efecto, aunque es un tema no exento de polémica, los autores alemanes emplean toda una batería de argumentos: Primero: La exigencia de culpa ni se refiere al hecho del daño ni a su alcance. Segundo: El incumplimiento del Derecho antitrust europeo no exige este requisito de culpa. Tercero: Aun así, este hipotético requisito de culpa se cumple normalmente en caso de una infracción de las normas de competencia. Cuarto: por último, en la práctica, no suele plantearse un *error de derecho no imputable* (*nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum*) en el caso de las conductas anticompetitivas más graves (*hardcore cartels*)⁷⁹.

Por último, en España no se hace del tema una cuestión, sino que se considera que “[p]or lo que respecta a la culpa del demandado, hay que tener en cuenta que la simple comisión de una conducta ilícita contraria a las normas de competencia, encierra normalmente un comportamiento doloso por sus agentes”⁸⁰.

En definitiva, parece que el Derecho europeo de la competencia ha experimentado —o está a punto de hacerlo— la misma evolución de los sistemas jurídicos europeos de *civil law*, que parcialmente han pasado de la regla “no hay responsabilidad sin culpa” a la regla “que todo daño quede reparado”⁸¹.

⁷⁴ Para el supuesto de que haya un procedimiento nacional iniciado que aún no ha dado origen a una resolución sobre el fondo o la decisión recaída aún no sea firme, *vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas...”, pp. 197-198.

⁷⁵ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). *Vid.* E.T. SULLIVAN/J.L. HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 3ª ed., New York, San Francisco, Matthew Bender & Co., Inc., 1998, p. 38.

⁷⁶ *Vid.*, *ad ex.*, P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 1976; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, pp. 217-251; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19ème siècle: damnum iniuria et culpa datum*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2009.

⁷⁷ *Vid.* C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 54.

⁷⁸ *Vid.*, *ad ex.*, V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch...”, en especial p. 1072.

⁷⁹ *Vid.* V. EMMERICH, “Neue Grenzen der Deliktshaftung für Marktmissbrauch?”, *AG*, 2001, pp. 520-527, en especial pp. 526-527; *Id.*, “§ 33 Unterlassungsanspruch...”, p. 1072; T. LETTL, “Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Art. 81 EG”, *ZHR*, 167, 2003, pp. 473-493, en especial pp. 484-485; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, pp. 566-567 y 595; W.-H. ROTH, “Zivilrechtliche Durchsetzung des europäischen Kartellrechts: nationales Zivil- und Zivilprozessrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts”, en *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln, RWS-Verlag Kommunikationsforum, 2004, pp. 815-837, en especial p. 830; H. WEYER, “Gemeinschaftsrechtliches Verbot und nationale Zivilrechtsfolgen: eine Untersuchung am Beispiel der Artikel 81, 82 EG-Vertrag”, *ZEuP*, n° 3, 1999, pp. 424-468, en especial pp. 428-429; W. WURMNEST, “Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot”, *RIW*, 2003, pp. 896-900, en especial p. 898.

⁸⁰ *Vid.* E. OLMEDO PERALTA, “La reclamación de daños sufridos por los consumidores...”, p. 184.

⁸¹ *Vid.* M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, p. 219. Entre la literatura especializada, *ad ex.*, P. AKMAN, “The role of intent in the EU case law on abuse of dominance”, *Eur.L.Rev.*, 39, 3, 2014, pp. 316-337; R.A. CASS/K.N. HYLTON, “Antitrust intent”, *Southern California Law Review*, 74, 3, 2001, pp. 657-745; M. LAO, “Reclaiming a role for intent evidence in monopolization analysis”, *American University Law Review*, 54, 1, 2004, pp. 151-213.

2. Resoluciones de las ANC de otros Estados miembros

41. En virtud del art. 9.2. de la Directiva 2014/104/UE, las constataciones realizadas por las ANC de otros Estados miembros en resoluciones firmes deberán considerarse, al menos, como un *principio de prueba* de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia ante los tribunales de otros Estados miembros, pudiendo estos valorarla junto con otras pruebas que presenten las partes.

42. Este apartado ha provocado, durante su desarrollo legislativo, una gran controversia. Hasta tal punto ha sido esto así que su alcance se ha limitado en comparación con la propuesta inicial de la Comisión Europea de 11 junio 2013, que planteaba la vinculación por igual de las resoluciones firmes nacionales o de otros Estados miembros⁸². Como ha recordado C. PRIETO, la Comisión sostuvo que no existe ninguna razón para que una decisión definitiva que constata una infracción de los arts. 101 y 102 TFUE no sea aceptada en todo Estado miembro como una prueba irrefutable, dado que las decisiones de las ANC pueden ser objeto de control jurisdiccional, y es la solución más acorde con la coherencia jurídica y la economía de procedimientos (= evitar que adopten una decisión en una demanda de reparación por daños que iría contra otra con la que el demandado haya agotado todos los recursos)⁸³. Es más, existe una poderosa razón –como ha apuntado L. IDOT– a favor del reconocimiento de las decisiones procedentes de otros Estados miembros de la UE en caso de violación de los arts. 101 y 102 TFUE: la propia lógica europea –el *principio del reconocimiento mutuo*– que conduce a inclinarse por el marco geográfico más amplio posible, visto que, en el caso extremo de que una ANC extranjera adoptase una decisión contraria a los principios del Derecho europeo, cabría la posibilidad de que la Comisión interviniese en virtud del art. 11.6 del R. 1/2003⁸⁴. Esta opción podría haber provocado situaciones de *forum shopping*; ya que los demandantes hubieran podido utilizar la decisión de un Estado miembro ante cualquier tribunal europeo⁸⁵. Sin perjuicio de esto, el alcance actual del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE se refiere al *principio de prueba* o *Anscheinsbeweis* como un mínimo indispensable. Los Estados miembros siempre podrán optar por darle mayor valor o peso a las resoluciones de las autoridades nacionales de otros Estados miembros, como ya se realiza en algunos de ellos, tales como Alemania, que se describen a continuación.

3. El nexo causal entre comportamiento y daño

43. No hay indemnización sin daño. Tampoco hay indemnización sin nexo causal entre el comportamiento y el daño; es decir, el evento dañoso o, simplemente, el daño debe haber sido provocado por el hecho ilícito y no ser el resultado de otra causa. Como recuerda la sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, n° 2305, en el *caso Nigriello*, “el nexo causal es elemento estructural del ilícito”⁸⁶. En consecuencia, para otorgar la reparación por daños, el tribunal civil tiene que verificar que la conducta anticompetitiva ilícita ha causado un daño a la víctima que ha interpuesto la acción judicial⁸⁷. En principio, nadie discute que el daño deba ser “directo, real y determinado” (*direct, actual and certain*)⁸⁸. Tampoco se discute que la verificación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito

⁸² El punto de vista de la Comisión puede consultarse en Livre blanc, “Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante”, abril 2008, página web de la Comisión, Doc. COM (2013) 404 final.

⁸³ Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 54.

⁸⁴ Vid. L. IDOT, “Sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles: Rapport de synthèse”, *Concurrences*, n° 2, 2007, pp. 91-98, en p. 94.

⁸⁵ F. CANTOS/E. CARRERA/P. GONZALO, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado; la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita”, *Gac.Jur.UE*, 21 noviembre 2013.

⁸⁶ Sobre este caso, *vid.* epígrafe V, 5.

⁸⁷ Según la Corte de casación italiana, “*il giudice potrà desumere l’esistenza del nesso causale [...] anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall’assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l’intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo*”.

⁸⁸ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 195.

(proclamado por la decisión administrativa que se pretende hacer valer) escapa al ámbito de aplicación del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Lo que se debate es otra cuestión: si esta norma incide, de alguna manera, en la prueba de la existencia del mencionado nexo causal; es decir, si existe alguna presunción que pueda inferirse de la decisión administrativa en la que se basa la *follow-on action*, si es *iuris tantum* o *iuris et de iure* o si, por el contrario, no existe ninguna presunción, la víctima es libre de aportar cualesquiera clase de pruebas haya a su alcance y el juez es libre de valorarlas.

44. Para despejar esta cuestión, debieran distinguirse *dos hipótesis*:

1ª) Que la decisión administrativa de la ANC (o, en su caso, la sentencia del tribunal administrativo jerárquicamente superior) proclame que hubo un *abuso de posición dominante* (art. 102 TFUE) o que hubo un acuerdo colusorio que tuvo por *efecto* alterar la competencia en el interior del Mercado, afectando al comercio intracomunitario (art. 101.1 TFUE): En ambos casos, habrá una presunción *iuris et de iure* a favor de la existencia del daño causado por el hecho ilícito. Otra cosa es que el demandante deba probar que, en concreto, él se encuentra dentro del círculo de víctimas causado por la conducta anticompetitiva. Pero ésta es otra cuestión.

2ª) Que la decisión administrativa o contencioso-administrativa en que se base la acción de indemnización por daños se limite a señalar que hubo una entente que meramente tuvo por *objeto* falsear la competencia en el Mercado interior y afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE (art. 101.1 TFUE)⁸⁹. ¿Cabría pensar que toda entente que tiene sólo “por objeto” alterar la competencia causa

⁸⁹ Sobre la distinción entre “objeto” y “efecto” de un acuerdo colusorio, *vid., ad ex.*, D. BAILEY, “Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU”, *C.M.L.Rev.*, 49, 2, 2012, pp. 559-599; C. BENATTI, “Infrazioni per oggetto e infrazioni per effetto in materia di concorrenza”, *R. d. agr.*, LXXXVIII, 4, 2009, parte II, pp. 325-335; V. CERULLI IRELLI, “Article 81(1) EC: some remarks on the notion of restriction of competition”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 20, 2, 2009, pp. 287-306; J. COSTAS COMESAÑA, “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 30, 2009-2010, pp. 167-182; V. EMMERICH/D. ZIMMER, “Art. 101 Abs. 1 AEUV”, en IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1 (EU), ParteTeil 1 (*Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*), 5ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2012, pp. 147-310, en pp. 231-237; D. FIEBIG, “Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in der jüngeren Anwendungspraxis von Kommission und europäischen Gerichten”, *WuW*, 5, 2015, pp. 462-479; W. FRENZ, “Bezweckung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Gebietsabgrenzungen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 41-44; A. FUCHS, “Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG”, *ZWeR*, 5, 4, 2007, pp. 369-393; D.M.B. GÉRARD, “The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?”, en J.H.J. BOURGEOIS/D.F. WAELBROECK (ÉDS.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-41; J. GOYDER, “Cet obscur objet: object restrictions in vertical agreements”, *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 4, 2011, pp. 327-339; C. GRAHAM, “Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on Allianz Hungária”, *Eur.L.Rev.*, 38, 4, 2013, pp. 542-551 (también en *European Current Law Year Book*, 2013, pp. 1141-1150); J. HERTFELDER, “Die ‘bewirkte Wettbewerbsbeschränkung’ in Artikel 101 Absatz 1 AEUV und der more economic Approach”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 281-291; L. IDOT, “Prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes sur la notion d’‘accord ayant un objet anticoncurrentiel’: CJCE, 20 novembre 2008, aff. C-209/07, Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers Meats Ltd”, *Revue des contrats*, 1, 2009, pp. 113-116; ID., “La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d’‘objet anticoncurrentiel’: CJUE, 1re ch., 14 mars 2013, n° C-32/11, Allianz Hungária Biztosító”, *Revue des contrats*, 3, 2013, pp. 955-959; R. INDERST, “Überlegungen zu Nachwirkungen von Kartellen”, en *Schwerpunkte des Kartellrechts 2012: Referate des 40. FIW-Seminars*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 240, 2012, pp. 77-90; R. INDERST/Z. JAKUBOVIC, “Nachwirkungen von Kartellen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 5-17; A. JONES, “The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFEU: the case of hardcore restraints”, *Antitrust Bull.*, 55, 4, 2010, pp. 783-818; L. KÄIS, “Regulating EU information exchange: no further restrictions by object but enough room for safe harbours”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 352-358; J. KILLICK/P. BERGHE, “Applying a by object test to patent settlements is very different from the rule of reason”, *Concurrences*, n° 2, 2014, pp. 21-24; T. KUHN, “Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 AEUV”, *ZWeR*, 12, 2, 2014, pp. 143-168; C. LEMAIRE, “Object vs. effect after the modernisation of EU have changed?”, en *New frontiers of antitrust 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 163-182; E.M.H. LOOZEN, “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08))”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 4, 2010, pp. 146-150; ID., “The workings of Article 101 TFEU in case of an agreement that aims to limit parallel trade (GlaxoSmithKline Services (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P))”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 9, 2010, pp. 349-353; C.I. NAGY, “The distinction between anti-competitive object and effect after Allianz: the end of coherence in competition analysis?”, *World Compet.*, 36, 4, 2013, pp. 541-564; A. ORTEGA GONZÁLEZ, “Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia case, a surprising judgment or a simple clarification?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 9, 2013, pp. 457-465; J. PAFFARINI, “L’irrelevanza del grado di significatività della restrizione prodotta dall’accordo avente un oggetto anticoncorrenziale ai fini dell’applicazione della normativa comunitaria antitrust”, *DPCE*, II, 2013, pp. 708-712;

efectivamente un daño? Quizá sea excesivo. Pero sostener lo contrario sería ingenuo. Por eso, en nuestra opinión, una solución equilibrada a este problema sería la de considerar que la resolución administrativa origen de la acción por responsabilidad civil extracontractual permite suponer, con posibilidad de prueba en contrario por el demandado, que se produjo un daño. Mientras que la primera hipótesis –como hemos visto– estaría cubierta por una presunción *iuris et de iure* favorable a las víctimas; la segunda hipótesis sólo estaría respaldada por una presunción *iuris tantum*. Nos parece una solución prudente que fue seguida por la sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, nº 2305, en el caso *Nigriello*: De un hecho ilícito anticoncurrencial (el intercambio de información entre compañías aseguradoras rivales), el tribunal de apelación de Nápoles infirió *in re ipsa* que se había producido un daño que justificaba la interposición de una demanda de indemnización por daños (la pérdida de la posibilidad de obtener una póliza en mejores condiciones, si el mercado no hubiera sido alterado por una conducta anticompetitiva)⁹⁰. Por el contrario, la Corte de casación sostuvo que, si bien es cierto que el nexo de

C. PRIETO, “La généralisation de l’analyse fondée sur les effets (ententes et abus de position dominante)”, *Petites affiches*, 396, 239, 2007, pp. 8-23; A. SVETLICINI, “‘Objective justifications’ of ‘restrictions by object’ in Pierre Fabre: a more economic approach to Article 101(1) TFEU? (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS vs. Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’économie, de l’industrie et de l’emploi, ECJ, (Third Chamber), judgment of 13 October 2011, C-439/09)”, *ELR*, nº 11, 2011, pp. 348-353; C. VILMART, “Restrictions de concurrence par objet: la Cour de Paris invite la Cour de justice à la règle de raison”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, nº 49, 2009, pp. 3-7; D.F. WAELBROECK/D. SLATER, “The scope of object vs. effect under Article 101 TFEU”, en J.H.J. BOURGEOIS/D.F. WAELBROECK (EDS.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 131-157; P. WILHELM/E. PROVOST, “La Cour de justice précise la notion d’objet contenue dans l’article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 41, 2009, pp. 45-49; C. WOLF, “Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Urteil ‘Groupement des cartes bancaires’”, *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 78-85.

⁹⁰ Según la Corte de casación italiana, con su actitud, el Tribunal de apelación de Nápoles llegó casi a avalar una “tesis aberrante”: al no limitarse a considerar los elementos de prueba “*esclusivamente ed acriticamente sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l’aberrante tesi che il danno sia in re ipsa. Tesi tanto più insostenibile se si tiene conto del fatto che il provvedimento antitrust in questione (e le pronunzie dei giudici amministrativi che lo hanno confermato) si limita all’accertamento dell’illiceità dello scambio di informazioni, ponendo in termini di mera potenzialità l’alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l’aumento dei prezzi praticati al consumatore finale*”. Por otra parte, el intercambio de información sensible –que era el tema espinoso que se hallaba en el origen del caso– ha sido ya estudiado por nutrida y profunda doctrina. *Vid.*, *ad ex.*, V. AURICCHIO, “Contacts between competitors: developments under Italian competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 4, 2010, pp. 167-173; G. BELOTTI/E. GAMBARARA, “La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto antitrust con particolare riferimento allo scambio e all’acquisto di informazioni tramite società terze”, *Dir.comunit.scambi int.*, L, 3, 2011, pp. 523-540; M. BENNETT/P. COLLINS, “The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly”, *ECJ*, 6, 2, 2010, pp. 311-337; T. BJÖRKROTH, “Exchange of information and collusion: do consumer switching costs matter?”, *ECJ*, 6, 1, 2010, pp. 179-196; A.D. BLATTMANN, *Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: eine kartellrechtliche Beurteilung*, Baden-Baden, Nomos, 2012; A. CAPOBIANCO, “Information exchange under EC competition law”, *C.M.L.Rev.*, 41, 5, 2004, pp. 1247-1276; J. COSTAS COMESAÑA, “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 30, 2009-2010, pp. 167-182; G. DAVID/U. SCHLISSNER, “Reach joint authorization scenarios: when does competition law limit information exchange?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 1, 2015, pp. 30-38; M. DREHER/J. HOFFMANN, “Kartellrechtsverstöße durch Informationsaustausch? Die neue kartellrechtliche Praxis und Rechtsprechung zum Informationsaustausch”, *WuW*, 61, 12, 2011, pp. 1163-1164 y 1181-1196; M. DREHER/J. KÖRNER, “Die einseitige Offenlegung von Informationen gegenüber einem konkurrierenden Lizenzvertragspartner: die kartellrechtliche Beurteilung nach Art. 101 AEUV”, *WuW*, 63, 2, 2013, pp. 104-116; U. EDELMANN, “Der Informationsaustausch zwischen Mitbewerbern: ein kartellrechtlicher Problemaufriss aus Anlass der Entscheidungen des EuG T-587/08 und T-588/08”, *wbl*, 27, 12, 2013, pp. 665-673; A. FRIGNANI, “Lo scambio di informazioni nella comunicazione della Commissione sugli accordi di cooperazione orizzontale”, en E.A. RAFFAELLI (Ed.), *Antitrust between EU law and national law: X Conference: 17-18 May 2012, Casa dei Carraresi, Treviso. Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea between EU law and national law*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 449-470; S. GAMBUTO, “Lo scambio di informazioni nella giurisprudenza antitrust e nella prassi decisionale delle autorità nazionali della concorrenza europee e della Commissione: per una critica del caso IAMA in ottica comparata”, *Dir.commun. int.*, 26.3, 2012, pp. 519-538; S. GRASSANI, “Oligopolies and ‘pure’ information exchanges in the EU: new crops are growing on the soils plowed by ‘UK tractors’?”, *International antitrust law & policy*, Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute, 2008, pp. 675-750; C. GRYNFÖGEL, “De quelques variations sur le même thème: l’échange d’informations et le droit de la concurrence”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 3, 2008, pp. 221-227; ID., “Essai de théorisation pour une question singulière: l’échange d’informations en droit européen de la concurrence”, en N. DE GROVE-VALDEYRON/M. BLANQUET/V. DUSSART (EDS.), *Mélanges en l’honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 295-309; J. HAINZ/R. BENDITZ, “Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen: der Teufel steckt im Detail”, *EuZW*, 23, 18, 2012, pp. 686-690; J. HERRLINGER, “Benchmarking, Informationsaustausch und die Grenzen des Kartellverbots”, en *Schwerpunkte des Kartellrechts 2007/2008: Referate des XXXV. und des XXXVI. FIW-Seminars*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 226, 2009, pp. 59-69; L. IDOT, “Précisions de la Cour de justice sur les échanges d’informations entre concurrents: CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, aff. C8/08”, *Revue des contrats*, 4, 2009, pp. 1401-1405; L. KAIS, “Regulating EU information exchange: no further

causalidad entre ilícito y daño puede basarse en presunciones y probabilidades, la presunción derivada de la decisión administrativa que confirma la infracción es susceptible de refutación y que, por tanto, el juez está obligado a motivar su decisión, vistas las pruebas en contra que haya aportado el demandado⁹¹. *Ejemplo*: Siguiendo la estela de la anterior sentencia, la Corte di Cassazione italiana proclamó en otro caso que el asegurado que reclama la indemnización de los daños tiene el derecho de servirse de la presunción de que la prima haya sido superior a lo debido por efecto del comportamiento colusivo; mientras que la compañía aseguradora demandada por el resarcimiento del daño tiene reconocida la facultad de suministrar la prueba contraria a la mencionada presunción de responsabilidad en lo que se refiere a la existencia del nexo causal entre el ilícito concurrencial y el daño y a la entidad del daño mismo⁹². Es la

restrictions by object but enough room for safe harbours”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 352-358; J. KARENFORT, “Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: kompetitiv oder konspirativ?”, *WuW*, 58, 11, 2008, pp. 1152 y 1154-1166; G.P. KYPRIANIDES, “Critically evaluate treatment of information exchange in TFEU Article 101 cases”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 9, 2012, pp. 406-412; B. LASSERRE, “Several strokes of black and a palette of grays: competitor agreements through the eyes of an enforcement agency”, en B.E. HAWK (ED.), *International Antitrust Law & Policy. 2013*, Huntington, N.Y., 2014, pp. 49-67; T. LETTL, “Informationsaustausch über die Preisgestaltung als vertikale Wettbewerbsbeschränkung”, *WRP*, 59, 10, 2013, pp. 1272-1279; F. LÉVÊQUE, “Échanges d’informations: faut-il bâillonner tous les oligopoles? la jurisprudence John Deere vue par un économiste”, *Concurrence*, n° 3, 2006, pp. 33-39; A. MÖHLENKAMP, “Informationsaustausch als Wettbewerbsbeschränkung: Kriterien und Beweislast”, en *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft: 50 Jahre FIW, 1960 bis 2010: Festschrift*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 234, 2010, pp. 209-228; P. NIHOUL, “Asnef: la licéité d’accords bancaires visant à partager des informations financières sur des candidats emprunteurs”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2, 2008, pp. 310-316; O. ODUDU, “Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion”, *ECJ*, 7, 2, 2011, pp. 205-242; N. PETIT, “Accords d’échange d’informations et fédérations d’entreprises: grands principes d’analyse en droit de la concurrence”, en P. LAMBRECHT/C. GHEUR (Dir.), *Les fédérations d’entreprises et les règles de concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 51-68; G. PISCHEL/S. HAUSNER, “Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklung”, *EuZW*, 24, 13, 2013, pp. 498-502; A. POZDŃAKOVA, “Information exchange agreements between liner shipping companies under EC competition law”, en *Competition and regulation in shipping and shipping related industries*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 26-42; V.H.S.E. ROBERTSON, “A counterfactual on information sharing: the Commission’s horizontal guidelines 2011 applied to the leading cases”, *World Compet.*, 36, 4, 2013, pp. 459-488; F. ROSATI, “Echanges d’informations et autres comportements coordonnés: Pour une théorie de l’entente”, *Concurrences*, n° 4, 2008, pp. 27-30; D. SCHROEDER, “Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern”, *WuW*, 59, 7/8, 2009, pp. 716 y 718-727; F. VENAYRE, “Echanges d’informations: les jurisprudences française et communautaire. À l’aune des prédictions théoriques”, *Revue d’économie industrielle*, n° 108, 2004, pp. 91-112; CHRISTINE VILMART/CHRISTIAN VILMART, “Les échanges d’information selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 4, 2011, pp. 26-33; F. WAGNER-VON PAPP, “Who is’t that can inform me? The exchange of identifying and non-identifying information”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 28, 4, 2007, pp. 264-270; ID., “Information exchange agreements”, en I. LIANOS/D. GERADIN (EDS.), *Handbook of European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, Elgar, 2013, pp. 130-173; F. WIEMER, “Informationsaustausch im Vertikalverhältnis: Berichtspflichten des Vertragshändlers im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und HGB”, *WuW*, 59, 7/8, 2009, pp. 717 y 750-760; P. WILHELM, “Lignes directrices de la Commission de 2011: paragraphes concernant les échanges d’informations”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 29, 2011, pp. 141-145; H. WOLLMANN, “Category Management, Private Labels und Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern”, *Ecolex*, 22, 1, 2011, pp. 51-54.

⁹¹ El texto original de la sentencia dice así: “*Quanto, poi, al nesso causale, il giudice potrà accertarne l’esistenza (anche ciò è stato già chiarito) in termini probabilistici o presuntivi, ma – questo è il punto nodale rispetto al quale la critica formulata nel ricorso si manifesta fondata – dovrà consentire all’assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall’intesa illecita.*”

Si intende con questo dire che il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall’assicuratore per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che questi fatti, insieme con l’intesa illecita abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno.

Accertamenti e valutazioni che il giudice può svolgere attraverso tutti gli strumenti offertigli dal rito, non escluso l’espletamento della consulenza tecnica, ma che nella specie non risultano affatto svolti”.

⁹² Sentenza della Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674, comentada por A. PALMIERI, “L’illecito antitrust e l’aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l’Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile”, *Foro it.*, 2011, n° 10, Parte I, p. 2685. El texto original de esta sentencia dice así: “[...] l’assicurato che agisca in risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento collusivo e che la misura dell’aumento (e quindi l’entità del danno da lui subito) non sia inferiore al livello medio del 20%: sia per effetto degli accertamenti compiuti dall’Autorità garante; sia in virtù del principio per cui, quando il fatto dannoso sia imputabile a più soggetti e non si possa ricostruire la misura in cui ognuno di essi abbia concorso a cagionare il danno, le colpe – quindi l’apporto causale di ognuno – si presumono uguali [...] [L]a già riconosciuta facoltà della compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento del danno, di fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità in ordine alla sussistenza del nesso causale fra l’illecito concorrenziale e il danno ed all’entità del danno medesimo, non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo [...]”.

solución que, en definitiva, ha adoptado el art. 17.2 de la Directiva 2014/104/UE, cuando dispone que: “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción”.

4. La existencia del daño

45. Una vez constatado que hubo un hecho ilícito –consistente en la violación de los arts. 101 o 102 TFUE o, en su caso, de las disposiciones análogas de las legislaciones nacionales de los Estados miembros– y la existencia, además, de un nexo de causalidad entre dicha infracción normativa y el daño causado al mercado afectado, la acción de indemnización por daños sólo podrá ser estimada, si el tribunal verifica en qué medida existe un daño que afecte concretamente a la (supuesta o potencial) víctima que interpone la correspondiente demanda⁹³. “La prueba del daño [...]–en palabras de A. TROTTA– necesariamente asume un valor decisivo en el sucesivo juicio resarcitorio promovido en sede civil, ya que cabe esperar que el juez ciertamente no pueda reconocer el derecho al resarcimiento de un daño que, en efecto, el actor no sea haya sido capaz de probar que ha sufrido (o que no haya conseguido circunscribir adecuadamente a los fines de su cuantificación)”⁹⁴. Como observa atinadamente, entre otros, J. RIFFAULT-SILK, la existencia de una conducta ilícita no disminuye la carga de la prueba de que ha habido un *daño personal, directo y cierto*⁹⁵.

46. La cuestión excede del ámbito de aplicación del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. En ocasiones, encuentra repuesta en algunos otros de sus preceptos. Así ha ocurrido con la *passing-on defense*. Según el art. 13 (“**Defensa basada en la repercusión de sobrecostes**”) de la Directiva, “[l]os Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros”⁹⁶. *Ejemplo*: Con anterioridad a la Directiva, en Francia, ya

⁹³ Vid. F. MASMI-DAZI, “Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels? Enjeux et perspectives de la directive adoptée le 10 novembre 2014 par le Conseil de l’UE”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 42, 2015, pp. 104-107.

⁹⁴ Vid. A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 365.

⁹⁵ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 196.

⁹⁶ Sobre la *passing-on defense*, *vid.*, *ad ex.*, C. ANDRELANG, “Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence”, *World Compet.*, 30, 4, 2007, pp. 573-593; M. BÄCHLI, “Die Passing-on Defense”, *SchwJZ*, 103, 15, 2007, pp. 365-374; R.J. VAN DEN BERGH, “Violations of the cartel prohibition, actions for damages by indirect buyers and the passing-on defence: judgment of the German Bundesgerichtshof of 28 June 2011”, *ZeUP*, 21, 1, 2013, pp. 147-164; H. BERGMANN/L. FIEDLER, “Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on Defense: private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland”, *BB*, 67, 4, 2012, pp. 206-210; R. VON BÜREN, “Zur Zulässigkeit der ‘passing-on defense’ in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren nach schweizerischem Recht”, *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; E. BÜYÜKSAGIS, “Standing and passing-on in the new EU Directive on antitrust damages actions”, *SZW/RSDA*, 87, 1, 2015, pp. 18-30; F.W. BULST, “Passing-on”, en J. BASEDOW/J.P. TERHECHTE/L. TICHÝ (Eds.), *Private enforcement of competition law*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 67-82; J. DITTRICH, “Der Passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells”, *GRUR*, 111, 2, 2009, pp. 123-128; A. FUCHS, “Ausschluss oder Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung? Plädoyer für eine differenzierte Beurteilung der Passing-on defense bei Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen”, *ZWeR*, 9, 2, 2011, pp. 192-217; P.M. GARRIDO PÉREZ, “El sistema passing-on: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en A. FONT I RIBAS/B. VILÁ COSTA/L. CABALLOL I ANGELATS, *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 45-81; M. HARTMANN-RÜPPEL/P. LUDEWIG, “Entscheidung für die Passing-On-Defence im deutschen Recht: zur ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *ZWeR*, 10, 1, 2012, pp. 90-105; E.P. HENNEBERRY, “Private enforcement in EC competition law: the passing on defence and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups”, *ERA-Forum*, n° 1, 2006, pp. 15-26; F. HOSEINIAN, “Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background”, *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; H.-G. KAMANN/S. OHLHOFF, “Gesamtgläubigerschaft als Lösung des Passing-on-Problems? Neues zu Schadensersatzansprüchen von Abnehmern eines Kartells: KG, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart und 2 U 17/03 Kart, Transportbeton”, *ZWeR*, 8, 3, 2010, pp. 303-320; T.S. MÜLLER, *Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht: besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts*, Zürich, Dike, 2008; S. PARLAK, “Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing-on defence be rejected now the indirect purchaser has standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?”, *World Compet.*, 33, 1, 2010, pp.

la sentencia Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, *Ajinomoto Eurolysine v. Doux aliments Bretagne e a.*, 15 junio 2010, nº 09-15816, observó que los jueces deben caracterizar la existencia de un *vínculo de causalidad* entre el hecho generador de responsabilidad y la pérdida de una oportunidad, *que no debe ser hipotético*.⁹⁷ En aquel caso, la Cour de cassation consideró que la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 10 junio 2009, contra la que se interpuso el recurso, estaba equivocada, al considerar que el perjuicio de unas sociedades francesas (las sociedades Doux) estaba constituido por la pérdida de la oportunidad de conservar la competitividad de sus productos. En primer lugar, se había constatado que el mercado de los precios de la lisina había estado sometido a fluctuaciones erráticas. Cabía inferir, por tanto, que el vínculo de causalidad entre el alza de los precios susceptible de haber sido provocado por la sociedad Ajinomoto Eurolysine (una de las empresas condenadas por el *cartel de las vitaminas*) y la pérdida o el mantenimiento de competitividad de los productos de las sociedades Doux parecía puramente hipotético. En segundo lugar, el tribunal de apelación se había abstenido de explicar cómo era posible que los productos de las sociedades demandantes de indemnización (las sociedades Doux) hubieran sufrido una pérdida de competitividad frente a sus competidores, dado que se encontraban en la misma situación que ellas en el mercado, y que éstos se hubieran podido beneficiar de costes de aprovisionamiento más bajos. En definitiva, la Corte de casación francesa rechazó que de la decisión de infracción pudiera inducirse ninguna presunción de causación del daño o inversión de carga de la prueba⁹⁸.

5. Cuestiones procedimentales

47. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE no va acompañado de normas que regulen las cuestiones procedimentales que puede suscitar, en la práctica, su aplicación (o su indebida inaplicación).

48. En nuestra opinión, no se trata de un “olvido” del legislador europeo –o, si se prefiere la expresión técnica, de una *laguna legal*–, sino de un “silencio intencionado” que obedece a dos razones: En primer lugar, el respeto a la *autonomía procedimental de los Estados miembros*. A los efectos del Derecho antitrust europeo, lo que le interesa a la UE es que cualquier víctima de un cartel o de una empresa que haya abusado de su posición dominante en el Mercado interior europeo pueda acogerse a una decisión administrativa final previa e interponer una *follow-on action* basada en ella, con independencia de que sea una decisión administrativa de la ANC propia o de otro Estado miembro de la UE. Cómo disponga esto cada legislador nacional es algo que le resulta indiferente a la UE, siempre que el mencionado resultado esté garantizado. En segundo lugar, una muestra de *pragmatismo europeo*. Aun-

31-53; C. PETRUCCI, “The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 1, 2008, pp. 33-42; S. POLSTER/A.-Z. STEINER, “Zur Passing-on defense im österreichischen Kartellschadenersatzrecht”, *ÖZK*, nº 2, 2014, pp. 43-48; M. REICH, “Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen”, *WuW*, 58, 10, 2008, pp. 1044 y 1046-1054; A. RINNE/C. GORDON, “Damages actions: the interplay between the passing-on defence and indirect purchase compensation”, *Competition Law Insight*, 7, 7, 2008, pp. 3-4; A. RÖHLING, “Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, en *Festschrift für Ulrich Huber: zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 1116-1131; T. SCHREIBER, “Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und ‘Passing-on-Defence’: zwei Seiten einer Medaille?”, *WuW*, 64, 4, 2014, p. 355; M.W.A. SONNBERGER, “Die kartellrechtliche ‘passing-on defense’ als Zurechnungsfrage: eine Differenzierung nach der wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit?”, *wbl*, 29, 3, 2015, pp. 129-138; M. STRAND, “Indirect purchasers, passing-on and the new Directive on competition law damages”, *ECJ*, 10, 2, 2014, pp. 361-386; W. THÖNI, “Zulässigkeit des Einwands der Schadensabwälzung (sog ‘passing-on defence’) bei Verstößen gegen das Kartellverbot?”, en *Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Waldemar Jud*, Wien, Linde, 2012, pp. 699-721; P. WHELAN, “Something of a burden: is the passing-on defence appropriate?”, *Competition Law Insight*, 7, 9, 2008, pp. 5-7.

⁹⁷ Vid. D. 2010, p. 2781, comentada por Y. UTZSCHNEIDER y H. PARMENTIER.

⁹⁸ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 195-196. Para otras sentencias francesas de *follow-on actions* en las que se debate sobre la falta de prueba del daño, *vid., ad ex.*, sentencia Tribunal de Commerce de Nanterre 11 mayo 2006, nº 2004F02643, *Arkopharma c. Roche and Hoffmann La Roche*, comentada por M. DEBROUX, “A French commercial court dismisses a private action claiming compensation for damages caused by antitrust violation, on the basis of a broad interpretation of the passing on defence (Vitamins cartel)”, 11 May 2006, *e-Competitions*, nº 12129, www.concurrences.com; sentencia Tribunal de Commerce de Paris 26 enero 2007, nº 2003/04804, *Laboratoires Juva c. Hoffman La Roche*, comentada por E. KLEIMAN/A. SZEKELY, “A French Court refuses to grant damages to alleged victim of the vitamin cartels (Juva/Hoffmann La Roche)”, 26 January 2007, *e-Competitions*, nº 13385, www.concurrences.com; sentencia Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 mayo 2012, *Coopérative Le Gouessant et Sofral c. Ajinomoto Eurolysine*, nº 11-18.495.

que las regulaciones procedimentales puedan discrepar de un Estado de la UE a otro, en todos ellos está reconocida la regla *Lex Fori Regit Processum*. En el Derecho español, está recogida en el art. 3 LEC. Su texto afirma lo siguiente: “Ámbito territorial de las normas procesales civiles. Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”⁹⁹. A la luz de esta regla, podrán resolverse sin demasiada dificultad algunas de las cuestiones prácticas que han preocupado a la doctrina como, *ad ex.*, el acceso (y, en su caso, traducción o autenticidad) de las decisiones finales adoptadas por las ANC de otros Estados miembros de la UE, cuyo efecto vinculante se alegue como prueba, o la posibilidad de interposición de recurso de apelación o, en su caso, de casación, sea de oficio o a instancia de parte, en el caso de que el tribunal civil (o mercantil) ignore el carácter vinculante de la decisión administrativa final sobre la que se funda una *follow-on action* de indemnización de daños por infracción de las reglas de competencia¹⁰⁰.

49. Una cuestión poco probable, pero posible, que puede plantearse es la de si el régimen jurídico dispuesto por el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE es *imperativo* o meramente *dispositivo*. En este último caso, un juez podría dejar de aplicar la norma legal de transposición de dicho artículo y una víctima podría interponer siempre una acción de reparación de daños *stand alone*; aunque existiera una decisión administrativa firme de condena. En nuestra opinión, habría que distinguir dos perspectivas:

1ª) *Desde el punto de vista del juez*, éste no podría dejar de aplicar la norma de transposición del art. 9 de la Directiva de daños antitrust. Este precepto crea una obligación absolutamente imperativa: existiendo una decisión administrativa final (de la ANC de su mismo Estado o de otro Estado miembro de la UE), no puede permitir, en principio, que se discutan ante él, de nuevo, los mismos hechos. La *ratio* de esta interpretación es múltiple: En primer lugar, nada hay en la redacción del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE que permita sostener que es Derecho dispositivo (= Derecho aplicable para interpretar la voluntad de las partes o sólo en defecto de ésta) (*criterio literal*). En segundo lugar, la seguridad jurídica y la uniformidad de interpretación y aplicación del Derecho antitrust europeo –objetivos perseguidos por la mencionada norma– peligrarían, si se dejara a la postres que fuera el órgano judicial quien decidiera si la aplica o no (*criterio teleológico*).

No obstante, *la solución propuesta tiene que ser matizada por dos razones*. Primera: Según el art. 9.1 de la Directiva de daños antitrust, la constatación de la infracción del Derecho de la competencia por la ANC del propio Estado miembro será *irrefutable* (presunción *iuris et de iure*). Por el contrario, según el art. 9.2 de esta Directiva, la constatación de la infracción del Derecho de la competencia por la ANC de otro Estado miembro de la UE puede ser *irrefutable* (si se sigue el modelo alemán, que veremos a continuación) o ser *refutable* (si se sigue el modelo italiano, que también veremos a continuación). Dicho con otros términos, si el legislador nacional opta por considerar las resoluciones administrativas de otros Estados de la UE como meros principios de prueba o, a lo sumo, como una presunción *iuris tantum*, cabrá la posibilidad de que hechos contemplados en ellas vuelvan a ser discutidos de nuevo, ahora en sede judicial. Segunda: Como toda presunción, su aplicación práctica requiere que se alegue, admita y pruebe el hecho que le sirve de base (que se dictó una resolución administrativa firme de condena) para que pueda conectarse con una consecuencia jurídica (que, en principio, los hechos proclamados por aquella como ilícitos en un procedimiento en el que se respetaron los derechos de defensa no pueden volver a discutirse)¹⁰¹. Sería poco probable (especialmente por los medios de comunicación actuales) que no se alegase, admitiese o pudiese probarse el hecho-base de la presunción (que hay una condena [administrativa] anterior por una ANC en la UE, cualquiera que sea el Estado miembro), pero, si ocurriese y no se corrigieran por el legislador estatal los *principios de justicia rogada y dispositivo*, bien pudiera suceder que se siguiese adelante con una acción *stand alone* en vez de una acción *follow-on*.

⁹⁹ Sobre esta regla, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 743 y ss.

¹⁰⁰ *Vid.* J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 196-197.

¹⁰¹ *Vid.*, en general, P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La prueba por presunciones*, Granada, Comares, 2007.

2ª) Desde el punto de vista del demandante de la compensación por daños, cabría preguntarse si éste tiene un *derecho a elegir* el procedimiento judicial que quiera para constatar y resarcirse de los daños causados por prácticas anticompetitivas¹⁰². Con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, los tribunales ingleses han reconocido ampliamente este derecho de elección procesal a las presuntas víctimas de daños antitrust: “*The right to bring a follow-on claim before the Tribunal does not affect the right of a party to bring the sort of proceedings in court that were already possible, so a party which considers itself to have been the victim of anti-competitive behaviour, and to have suffered loss as a result, has a choice: it may bring ordinary proceedings in the High Court [...], or, if a relevant regulator has held there to have been an infringement, it may bring proceedings in the Tribunal. If it proceeds in court, it can allege, and must prove, whatever infringements it wishes to rely on as having caused loss. If a regulator has found there to have been an infringement, before or during the course of the proceedings, it will have the benefit of section 58 under which it can rely on the regulator’s findings of fact. On the other hand, it may proceed in the Tribunal, in which case it is limited to the infringements found by the regulator, but the question of infringement is concluded by the regulator’s decision, leaving only the issues of causation and quantification of loss to be decided by the Tribunal*”¹⁰³. Sin embargo, una vez sea aplicable esta Directiva, no podrán volver a discutirse los hechos ilícitos proclamados por una resolución administrativa firme de la ANC de un Estado miembro ya existente (salvo con las limitaciones que permite el art. 9.2 de la Directiva de daños): si la víctima quiere obtener una indemnización, pero no quiere servirse de una acción *follow-on*, tendrá necesariamente que alegar la existencia de comportamientos antitrust y basarse en hechos distintos de los que utilizó la ANC en su resolución¹⁰⁴.

V. Panorama de Derecho comparado

50. El silencio del Derecho antitrust europeo acerca del efecto vinculante de las resoluciones administrativas sobre competencia ante la jurisdicción ordinaria ha permitido, antes de la implantación en los ordenamientos nacionales del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, que los Estados miembros de la UE hayan dado respuestas muy variadas a esta cuestión¹⁰⁵. En primer lugar, un grupo de Estados (*ad ex.*, Alemania, Austria, Grecia, Hungría, República Checa, Reino Unido) dispone, a través de su legislación o de su jurisprudencia, que las decisiones de la ANC obligan al juez civil. En segundo lugar, otro grupo de Estados (*ad ex.*, Dinamarca, Italia, Polonia) disponen que las resoluciones de la ANC no obligan, *stricto sensu*, a sus tribunales civiles, pero sí condicionarían la actividad de éstos; puesto que la existencia de una decisión final previa crearía una presunción *iuris tantum* de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Por último, un tercer grupo de Estados (Bélgica, España, Francia) no se pronunciaría formalmente al respecto, lo que, en principio, apoyaría la tesis según la cual la resolución de la ANC no obliga al juez; aunque, de hecho, sean poco frecuentes las decisiones judiciales que se apartan claramente de lo que antes hayan decidido las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la libre competencia.

51. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, por tanto, obliga a colmar una laguna legal en aquellos Estados miembros que no tengan una norma específica para este supuesto y, además, uniforme, dentro de unos límites, a aquellos ordenamientos jurídicos que, bien por vía legal o jurisprudencial, daban respuesta a esta cuestión. Veamos a continuación, con algo más de detalle, cuál es la situación de los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros de la UE inmediatamente antes de la transposición del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE y qué supondrá la mencionada disposición para cada uno de ellos.

¹⁰² Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 196.

¹⁰³ Vid. sentencia UK Court of Appeal 19 enero 2011, *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v English Welsh and Scottish Railway Ltd*, [2011] EWCA Civ 2, § 8.

¹⁰⁴ Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 197.

¹⁰⁵ Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1429.

1. Alemania

52. En Alemania, el § 33.4 GWB prevé la vinculación legal no sólo a las decisiones de la Comisión Europea sobre competencia o del *Bundeskartellamt*, sino también a las decisiones de las ANC de otros Estados miembros¹⁰⁶. En efecto, el tenor literal del § 33.4 GWB dispone que: “En aquellos casos en los que, debido a una infracción de una norma de esta Ley o de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE, se reclame una compensación por daños y perjuicios, el Tribunal estará vinculado a la constatación de la infracción en la forma determinada por la decisión firme de la autoridad de competencia, de la Comisión Europea o de la autoridad de competencia o tribunal que actúe de tal forma en otro Estado miembro de la UE. Lo mismo se aplicará a aquellas constataciones en sentencias judiciales firmes derivadas de una apelación de las decisiones según la primera frase. De acuerdo con el art. 16.1.4 del R. 1/2003, esta obligación resulta aplicable sin perjuicio de los derechos y obligaciones establecidos por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”¹⁰⁷.

53. No será necesario, por tanto, adaptar la actual normativa alemana al art. 9 de la Directiva 2014/104/UE¹⁰⁸. Del régimen jurídico dispuesto por el § 33.4 GWB, interesa destacar las siguientes ideas:

54. 1ª) El *efecto vinculante* (*Bindungswirkung*), a los efectos del § 33.4 GWB, se corresponde, *lato sensu*, con unos efectos de hecho (*Tatbestandswirkung*)¹⁰⁹. Se limita a la infracción del Derecho antitrust

¹⁰⁶ Vid. J. BORNKAMM, *Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der Verordnung Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle*, Bonn, Schriftenreihe Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 139, 2003; S. BROSS, “Zur Bindung der Zivilgerichte an Verwaltungsentscheidungen”, *VerwArch*, 78, 1987, pp. 91-112; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, Köln, 2010; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess: die Effektivierung der Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB”, *ZWeR*, 6, 4, 2008, pp. 325-347; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1085-1091; R. ENDELL, “Die Bindungswirkung von Verweisungsbeschlüssen und der Begriff der ‘objektiven Willkür’”, *DRiZ*, 2003, pp. 133-135; F.O. FISCHER, “Zur Bindungswirkung rechtswidriger Verweisungsbeschlüsse im Zivilprozeß gemäß § 281 II 5 ZPO”, *NJW*, 1993, pp. 2417-2421; ID., “Willkürliche Verweisungsbeschlüsse - Aktuelle Rechtsprechung zur Bindungswirkung”, *MDR*, 2002, pp. 1401-1405; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung des Urteils”, en *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, pp. 317-351; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen im deutschen Kartellzivilprozess*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2006; R. HEMPEL, “Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht”, *WuW*, 2, 2005, pp. 137-146; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’ als Grundlage der Verbindlichkeit von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten”, *BayVBl.*, 1982, pp. 225-230; A. KOLLMANN, “Zur Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *DÖV*, 1990, pp. 189-196; G. LÜKE, “Die Bindungswirkung im Zivilprozess”, *JuS*, 2000, pp. 1042-1046; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand”, *GRUR*, 108, 1, 2006, pp. 27-33; D. SCHROEDER, *Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden, 1989; D.J. ZIMMER/H. LOGEMANN, “Unterliegen ‘Altfälle’ der verschärften Schadensersatzhaftung nach § 33 GWB? Die versteckte Rückwirkung im Kartellprivatrecht”, *WuW*, 10, 2006, pp. 982-990.

¹⁰⁷ El texto original en alemán es el siguiente: “Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Entsprechend Artikel 16 Absatz 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union”.

¹⁰⁸ Vid. E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595, nota 95.

¹⁰⁹ Vid. S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, p. 85; G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche...”, p. 882; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 159-163, 166-174 y 331; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung...”, pp. 328-329; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, *NVwZ*, 1983, pp. 185-192, en pp. 188-189; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung...”, pp. 317 y 337; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen...*, p. 141; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 223-225; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung...”, pp. 170, 177, 186 y 187; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters...*, p. 59; P. KIRCHHOF, “Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Strafverfahren”, *NJW*, 1985, pp. 2977-2985, en p. 2983; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, p. 230; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 41-42 y 171; W. LÖWER, “Funktion und Begriff

constatada en la parte dispositiva de la decisión administrativa¹¹⁰. En su caso, la parte dispositiva puede ser concretada, refiriéndose a los motivos que sirven de apoyo a la decisión, lo que permite distinguir la *ratio decidendi* de las consideraciones tangenciales o marginales (los *obiter dicta*)¹¹¹. El efecto vinculante abarca la constatación total de la infracción anticompetitiva declarada, según el supuesto, por la Comisión Europea o la ANC; es decir, significa que el tribunal civil está obligado a asumir, como propias, tanto la verificación de las cuestiones jurídicas como la demostración de las cuestiones fácticas, que ya realizó anteriormente la Comisión Europea o la ANC (o el tribunal administrativo jerárquicamente superior)¹¹².

Para que se produzca el *efecto vinculante*, es necesario que el ámbito material de aplicación de la resolución administrativa (*Sachlicher Anwendungsbereich*) —es decir, la conducta antitrust sancionada— sea la misma que se encuentre en el origen del litigio civil para obtener la indemnización por los daños y perjuicios causados por el ilícito anticompetitivo: los tribunales alemanes sólo estarán vinculados por la decisión de la ANC, cuando la misma conducta antitrust sea objeto tanto del procedimiento administrativo sancionador (*public enforcement*) como del procedimiento judicial indemnizatorio (*private enforcement*)¹¹³.

El § 33.4 GWB es aplicable a cualquier acción civil en la que se plantee la comisión de un ilícito antitrust como una cuestión previa (*Vorfrage*) de la que dependa el cumplimiento de una obligación contractual (acciones contractuales [*Vertragsklagen*]) o la indemnización de un daño causado (*Gewinnabschöpfungsklagen*)¹¹⁴. Considerada una norma que favorece a las víctimas de un cartel o de un abuso de posición dominante, cabe interpretar que cabría admitir la ampliación de su ámbito de aplicación por analogía¹¹⁵.

55. 2ª) El § 33.4 GWB regula el *efecto vinculante* de las *decisiones de la ANC alemana* (el *Bundeskartellamt* y las *Landeskartellbehörden*) y de la *Comisión Europea*, siguiendo las huellas del art. 16.1 R. 1/2003¹¹⁶. Mediante el *efecto vinculante* regulado por el § 33.4 GWB, a los tribunales ale-

des Verwaltungsaktes”, *JuS*, 1980, pp. 805-810, en p. 806; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, *NJW*, 1983, pp. 1993-1998, en p. 1997; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 30; F. OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, *JuS*, 1979, pp. 681-687, en p. 683; M. RANDAK, “Bindungswirkungen...”, p. 35; K. SCHMIDT, “Kartellrecht im Schiedsverfahren: Neuorientierung durch VO 1/2003 und 7. GWB-Novelle?”, *BB*, 2006, pp. 1397-1405, en p. 1402; M. SCHÜTT, “Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle”, *WuW*, 11, 2004, pp. 1124-1133, en p. 1131; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 71, 73-74, 130, 189 y 303.

¹¹⁰ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 161-164, 173-174 y 331; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung...”, p. 317.

¹¹¹ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, p. 331; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung...”, pp. 328-329; F. KNÖPFLER, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, pp. 227 y 229-230; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 129-131.

¹¹² Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, p. 331; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1087 y 1089-1090; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595.

¹¹³ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 174-176 y 331; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, p. 219. Sobre el “objeto” del procedimiento sancionador, vid. M. FOERSTER, “Streitgegenstand und Rechtskraft in Verfahren des GWB”, *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 85-89.

¹¹⁴ Vid. J. BASEDOW, “Perspektiven des Kartelldeliktsrechts”, *ZWeR*, 4, 3, 2006, pp. 294-305, en pp. 302-303; U. BÖGE/K. OST, “Up and Running, or is it? Private enforcement: the Situation in Germany and Policy Perspectives”, *Eur. Compet. L. Rev.*, 27, 2006, pp. 197-205, en p. 197; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 187-192 y 331; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1088-1089; J. HARTOG/B. NOACK, “Die 7. GWB-Novelle”, *WRP*, 2005, pp. 1396-1407, en p. 1405; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht...*, pp. 184, 200, 216 y 232; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 218-219; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 29; J. KESSLER, “Private Enforcement: Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes”, *WRP*, 52, 9, 2006, pp. 1061-1070, en pp. 1061-1062; G. WEIDENBACH/M. SALLER, “Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen: Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte”, *BB*, 63, 20, 2008, pp. 1020-1026, en p. 1021.

¹¹⁵ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 192-195 y 331; A. FRITZSCHE, “Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des quasi-negatorischen Beseitigungsanspruchs”, *WRP*, 52, 1, 2006, pp. 42-54, en pp. 43-44 y 49; K. SCHMIDT, *Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, Bürgerliches Recht: Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Heymann, 1977, p. 339.

¹¹⁶ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 174 y 330; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1087-1088; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 216-217.

manes se les ha retirado la competencia para controlar con independencia los hechos correspondientes a los arts. 101 y 102 TFUE (y sus homólogos de la GWB) ya juzgados por la ANC alemana y por la Comisión Europea¹¹⁷.

Objeto, en su origen, de una animada polémica doctrinal, hoy se considera que el *efecto vinculante* (*Bindungswirkung*) es compatible con el *principio de separación de poderes y de independencia del poder judicial* (*der Grundsatz der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit des Richters*)¹¹⁸. Es cierto que el *efecto vinculante* supone una intromisión en la facultad de los tribunales de aplicar directamente el Derecho de la UE, que, sin embargo, estaría legitimada por el principio de seguridad jurídica (*der Grundsatz der Rechtssicherheit*)¹¹⁹.

56. 3ª) En relación a la vinculación a las *decisiones de las ANC de otros Estados miembros*, se ha planteado que podría ser inconstitucional por no respetar el principio de acceso a la justicia o *tutela judicial efectiva* recogido en el art. 103 de la *Grundgesetz* (que equivale al art. 24.1 de la Constitución española de 1978) y en el art. 6.1 CEDH¹²⁰. Ahora bien, se trata de una polémica históricamente superada: la doctrina coincide en que esta dificultad se puede superar, si se interpreta el § 33.4 GWB conforme a la *Grundgesetz* y, por consiguiente, se permite a las partes alegar y probar la violación de su derecho a una tutela judicial efectiva en un procedimiento seguido ante una ANC de otro Estado miembro. En efecto, el § 33.4. GWB permite que las decisiones de las ANC de otros Estados miembros se reconozcan, en principio, automáticamente¹²¹. Este reconocimiento será posible cuando la decisión no nacional cumpla con los siguientes requisitos: a) *firmeza* de acuerdo con la norma procesal del Estado de origen (*Wirksamkeit der anzuerkennenden Entscheidung*); b) cumplimiento del *orden público internacional europeo y alemán* (*der ordre public-Vorbehalt*); c) cumplimiento de las normas de jurisdicción internacionales (*Jurisdiktion der ausländischen Wettbewerbsbehörde*); d) la competencia de la ANC extranjera haya sido establecida conforme a las normas de competencia internacional del R. 1/2003 (*Zuständigkeit der ausländischen Wettbewerbsbehörde*)¹²².

¹¹⁷ Vid. J. BORNKAMM/M. BECKER, "Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots...", pp. 213 y 219; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 153-157 y 330; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 217 y 226-227; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 94-95.

¹¹⁸ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 157-159 y 330; T. LÜBBIG/M. LE BELL, "Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen", *WRP*, 52, 10, 2006, pp. 1209-1216, en p. 1212; M. MEYER, "Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...", p. 29; H.-J. PAPIER, "Die richterliche Unabhängigkeit...", pp. 1089-1090.

¹¹⁹ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 330-331.

¹²⁰ Vid. V. EMMERICH, "§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht", p. 1088.

¹²¹ Vid. J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 237-256.

¹²² Vid. R. BECHTOLD, "Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle", *DB*, 5, 2004, pp. 235-241, en p. 240; M. BECKER, "Kartelldeliktsrecht: Paragr. 826 BGB als 'Zuständigkeitshebel' im Anwendungsbereich der EuGVO?", *EWS*, 19, 6, 2008, pp. 228-234, en pp. 228, 230 y 231; G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, "Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche...", p. 883; M. BÖSE, "Der Grundsatz 'ne bis in idem' im Wettbewerbsrecht...", p. 202; I. BRINKER, "Germany", en *Die Modernisierung des EG-Kartellrechts: erste Erfahrungen mit der VO 1/2003 / The modernisation of European competition law: initial experiences with Regulation 1/2003 / La modernisation des règles communautaires antitrust: premières expériences avec le règlement no 1/2003*, Baden-Baden, Wien, Nomos, Facultas.WUV, 2008, pp. 105-119, en p. 113; F.W. BULST, "Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht: Die Entscheidung des LG Dortmund vom 1.4.2004, EWS 2004, 434", *EWS*, 15, 9, 2004, pp. 403-410, en pp. 403-408; H. BUNGERT, "Inlandsbezug und Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Produkthaftungsurteile: Reflexionen im Gefolge des BGH-Urteils vom 4. Juni 1992, ZIP 1992, 1256", *ZIP*, 11, 1993, pp. 815-824, en p. 815; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 293-308 y 334; C.-M. HAPPE, *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten*, p. 67; R. HEMPEL, "Private Follow-on-Klagen...", p. 144; H. KÖHLER, "Kartellverbot und Schadensersatz", *GRUR*, 106, 2, 2004, pp. 99-103, en p. 100; K. KÖNIG, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, pp. 44-51, 83, 84, 90 y 92; T. KÖRBER, "Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court : Anmerkungen zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts", *ZWeR*, 2, 4, 2004, pp. 591-603; T. LETTL, "Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB...", en p. 476; G. MÄSCH, "Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot: 'Courage' und die Folgen", *EuR*, 38, 5, 2003, pp. 825-846, en p. 842; D. MARTINY, "Die Zukunft des europäischen Ordre public im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", en *Privatrecht in Europa: Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 523-548, en p. 537; M. MEYER, "Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...", p. 32; S. MICHAELS, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht...*, p. 100; F. OSSENBÜHL, "Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik", *DVBl.*, 1967, pp. 401-408, en p. 402; H.-J. PAPIER/B.-D. OLSCHESKI, "Vollziehung ausländischer Verwaltungsakte", *DVBl.*, 1976, pp. 45-482, en pp.

Cuestión distinta es que la vinculación del tribunal civil alemán por la decisión de la ANC de otro Estado miembro de la UE sólo será posible cuando ésta aplique el *Derecho antitrust europeo* y no su propia legislación nacional interna: la razón de esta limitación material se encuentra en el propio tenor literal del § 33.4. GWB, conforme al cual la vinculación se reduce a las decisiones que constatan una infracción “de esta Ley” (“dieses Gesetzes”) –es decir, de la GWB– o contra los arts. 101 y 102 TFUE¹²³.

57. 4ª) Constituye un *presupuesto del efecto vinculante*, el que la resolución o la sentencia administrativas sean “firmes”: Como señala la mejor doctrina alemana, el presupuesto fundamental para el efecto vinculante del § 33.4 GWB es la validez (*Wirksamkeit*) y la firmeza (*Bestandskraft*) de la decisión administrativa en materia antitrust¹²⁴. Sin la firmeza, no se les reconoce el efecto de “cosa juzgada”, como puso de relieve, *ad ex.*, la sentencia OGH 3 mayo 2006, *cartel del cemento*¹²⁵. Por el contrario, dicho efecto obliga a los tribunales civiles con independencia de la legalidad de la resolución administrativa antitrust (*Rechtmässigkeit*) (= es el tribunal administrativo jerárquico superior quien debe juzgar la legalidad de la decisión adoptada por la ANC y no, en su caso, los tribunales civiles, que, una vez firme, están obligados a acatarla y extraer de ello las consecuencias necesarias para la reparación de los eventuales daños)¹²⁶.

Cuestión distinta es que no toda decisión administrativa en materia antitrust tiene cabida en el § 33.4 GWB. A imagen y semejanza de lo expuesto a propósito del art. 16.1 R. 1/2003, el *efecto vinculante* en el sentido del § 33.4 GWB está reservado a *ciertas clases de decisiones administrativas*: decisiones prohibitivas (*Untersagungsentscheidungen*), decisiones sobre la retirada de la ventaja de una exención por categoría (*Entscheidungen über den Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellungsverordnung*) y decisiones de imposición de multas (*Bußgeldentscheidungen*)¹²⁷. Por el contrario, carecen del *efecto vinculante* del § 33.4 GWB otras clases de decisiones administrativas en materia antitrust como, *ad ex.*, Comunicaciones (*Mitteilungen*) o Informes (*Berichte*) de las ANC, medidas provisionales (*einstweilige Maßnahmen*) o compromisos (*Verpflichtungszusagen*)¹²⁸.

477-478; N. REICH, “The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?”, *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66, en p. 38; M. RENFERT, *Über die Europäisierung der Ordre public Klausel*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, pp. 149-153; A. SCHEFFLER, “Das intertemporale Kartellrecht”, *WRP*, 53, 2, 2007, pp. 163-169, en p. 166; K. SCHMIDT, “‘Privatisierung’ des Europakartellrechts: Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003”, *ZEuP*, 12, 4, 2004, pp. 881-886, en p. 884; M. SCHÜTT, “Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle”, pp. 1131-1132; W.P.J. WILS, “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages”, *World Compet.*, 32, 1, 2009, pp. 3-26, en p. 17.

¹²³ Vid. J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, p. 238.

¹²⁴ Vid. J. BERKEMANN, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.7. 1985 – III ZR 62/84”, *DVBl.*, 1986, pp. 183-184, en p. 184; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 165-166, 204-208 y 331; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, pp. 186, 190 y 191; C. GRÖPL, “‘Geburt’ und ‘Sterben’ von Verwaltungsakten. Teil 1: Die ‘Geburt’ von Verwaltungsakten”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1995, pp. 904-908, en p. 906; J. HARTOG/B. NOACK, “Die 7. GWB-Novelle”, pp. 1404-1405; F. HAUEISEN, “Verwaltungsgerichtliches Urteil und Verwaltungsakt”, *NJW*, 1959, pp. 697-702, en p. 699; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 39 y 62; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, pp. 228-229; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 1996; M. RANDAK, “Bindungswirkungen...”, p. 35; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 205 y 219-221.

¹²⁵ Vid. G. CERUTTI, “Point de vue: vers une application harmonisée du droit européen de la concurrence par les juges nationaux”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 11, abril-junio 2007, p. 167.

¹²⁶ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 208-210 y 331; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 189; P. KIRCHHOF, “Der bestandskräftige Steuerbescheid...”, p. 2983; W. LÖWER, “Funktion und Begriff des Verwaltungsaktes”, p. 806; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 1997; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 46-66; F. OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, p. 683.

¹²⁷ Vid. G.-K. DE BRONETT, “Der Entzug des Vorteils der Anwendung einer Gruppenfreistellung durch nationale Behörden”, *WuW*, 9, 1999, pp. 825-832, en p. 831; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 176-178, 181-185 y 331; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 225-226; E. WAGNER/M. KLEINE/I. LIEBACH, “Kartellrechtliche Schadensersatzklagen: Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch”, *EWS*, 19, 8, 2008, pp. 305-318, en p. 314.

¹²⁸ Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 178-181, 185-186 y 331; R. HEMPEL, “Private Follow-on-Klagen...”, p. 142; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 31.

58. 5ª) Asimismo se considera que el *riesgo* de que se lesionen los *derechos de defensa* es *muy reducido*, dado que las ANC trabajan de forma coordinada y cooperan entre ellas, siguiendo las reglas establecidas por la Red Europea de Competencia¹²⁹.

59. 6ª) Por último, el tribunal alemán, en caso de duda, podrá acudir al TJUE en virtud del art. 267 TFUE y plantear una cuestión prejudicial¹³⁰.

2. Reino Unido

60. Las acciones por daños que se basen en una decisión sancionadora previa de la *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT) o la Comisión Europea en las que sólo se deba determinar la causalidad y el alcance del daño deberán plantearse ante el *Competition Appeal Tribunal* (en adelante, CAT)¹³¹. El resto de acciones se iniciarán en la jurisdicción ordinaria, en concreto en la *Chancery Division* de la *High Court*. El CAT deberá respetar la decisión sancionadora previa tal y como establece la s. 47ª (9) *Competition Act* (en adelante, CA).

61. La vinculación de la jurisdicción ordinaria se deriva de la s. 58 A (2) CA. Para que la vinculación de los tribunales ordinarios sea posible, la decisión de la OFT, CAT o de la Comisión deberá ser firme, tal y como establece s. 58A CA. A diferencia del sistema alemán, los tribunales ingleses no están obligados a respetar las decisiones de una ANC de otros Estados Miembros. De acuerdo con s. 47A (5) CA, la acción de daños es admisible ante el CAT en el momento que la OFT, el propio CAT o la Comisión constaten una infracción del art 101 o 102 TFUE en una decisión firme. Antes de la firmeza, la demanda puede ser autorizada por la OFT. La vinculación abarca la constatación de la infracción, como el art. 16 R 1/2003 y el art. 33.4 GWB, y sólo frente a aquellos sujetos que hayan tenido suficientes posibilidades de defenderse en el procedimiento administrativo¹³². En la sentencia *Enron*, cuyo origen se encuentra en una decisión del regulador ferroviario (ORR) contra English Welsh & Scottish Railway (EWS) por abuso de posición dominante y precios discriminatorios, la *Court of Appeal* ha definido el alcance exacto de s. 47.9 CA, estableciendo que el CAT no puede ir más allá de la constatación de la infracción en el sentido estricto y, por tanto, no puede pronunciarse sobre los hechos incluidos en la decisión sancionadora: “Court’s task is not to establish liability but to deal with causation & quantum after having identified the findings of infringement. The role of the tribunal is limited to the determination of loss which results from a finding of infringement by a regulator. The tribunal is not therefore concerned with the correctness of that finding but only with whether it has been made. Any challenge to the finding of infringement has to be resolved on an appeal to the tribunal under Article 46 of CA 1998; not in proceedings under 47 A. The tribunal is, for those purposes, bound by the finding which the regulator has made. His function is to do no more than to identify the findings of infringement in the decision [...]”¹³³.

¹²⁹ Vid. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*, DOUE C 101, 27 abril 2004, pp. 43–53.

¹³⁰ Vid. V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1090-1091; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 62-63, 118-120 y 231-234; J. KOCH, “Kartellrechtsentscheidungen des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?”, *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719, en pp. 711 y 713.

¹³¹ Vid. K. DIETZEL/K. GEEURICKX, “Action on damages: a look at the new Directive and its impact in England and Wales”, *Competition Law Insight*, 14, 1, 2015, pp. 8-10; A. KAUBISCH/H.M. SAGMEISTER, “Kartellrechtliche Follow-On-Klagen in England: das House of Lords zur Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Europäischen Kommission”, *GRUR Int.*, 56, 11, 2007, pp. 890-893; B.J. RODGER, “Why not court? A study of follow-on actions in the UK”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 1, 1, 2013, pp. 104-131.

¹³² G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz...*, p. 141.

¹³³ Judgment Court of Appeal 1 julio 2009, *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd* [2009] EWCA Civ 647. Vid. también *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd (ECSL)* [2011] EWCA Civ 2. Sobre las vicisitudes de este caso, vid. T. WOODGATE/I. FILIPPI, “The decision that binds: follow-on actions for competition damages after Enron”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 2012, pp. 175-178.

62. De acuerdo con ambos tribunales, la vinculación sólo se refiere a las empresas sancionadas por la decisión de la ANC. En muchos casos, esto incluirá a las matrices en una estructura societaria compleja¹³⁴. No obstante, en *Emerson Electric Co and others v Morgan Crucible Company plc and*

¹³⁴ Sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia a los grupos de sociedades, *vid.* L. ABERLE, *Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Köln, Heymann, 2013; L. ABERLE/P.M. HOLLE, "Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 117-136; J. ALFARO ÁGUILA-REAL/P. LIÑÁN, "Crítica de la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales", *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, 2012, pp. 229-250; F. AMATO/F. LIBERATORE/A. DELLA NEGRA, "La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?", *Contratto e impresa. Europa*, XIX, 1, 2014, pp. 334-346; L. ARCELIN-LÉCUYER, "Imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe: réception de la jurisprudence communautaire par l'Autorité de la concurrence", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 27, 2011, pp. 26-28; G. BAUER/J. ANWEILER, "EuG, Verneinung der Haftung einer Muttergesellschaft für Kartellrechtsverletzungen ihrer 100%igen Tochtergesellschaft: EuG 27.10.2010, Rs T-24/05, Alliance One International ua/Kommission", *ÖZK*, n° 2, 2011, pp. 71-75; P. BEHRENS, "Parental liability for subsidiary's infringements of Article 101 TFEU: an analysis of recent case-law", en *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 455-463; M. BERETTA/P.M. FERRARI, "La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate", *Contratto e impresa. Europa*, XV, 1, 2010, pp. 352-362; H. BLASK, *Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fussball: eine rechtsvergleichende Analyse der Bewertung im US-amerikanischen, englischen, deutschen und europäischen Kartellrecht*, Köln, Heymann, 2005; U. BLAUROCK, "Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff", en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2014, pp. 107-119; S. BONI, "Dans quelle mesure et dans quelles conditions une société mère peut-elle profiter de l'issue favorable du recours introduit par sa filiale? CJUE, 22 janvier 2013, Commission/Tomkins, aff. C-286/11 P", *Rev.aff.eur.*, 20, 1, 2013, pp. 131-138; W. BOSCH, "Haftung für kartellrechtswidriges Handeln der Tochtergesellschaft: neue Rechtslage nach dem Urteil in der Rechtssache Elf Aquitaine/Kommission?", *ZWeR*, 10, 3, 2012, pp. 368-379; *Id.*, "Verantwortung der Konzernobergesellschaft im Kartellrecht", *ZHR*, 177, 2/3, 2013, pp. 454-474; A. BROWN/M. SCHONBERG, "Widening the net: the General Court extends the principle of successor liability in EU competition law", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 1, 2013, pp. 1-5; C. BÜRGER, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht", *WuW*, 61, 2, 2011, pp. 110-111 y 130-140; M. BUNTSHECK, *Das "Konzernprivileg" im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag. Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof unter besonderer Berücksichtigung der Beziehung zwischen Gemeinschaftsunternehmen und ihren Müttern*, Baden-Baden, Nomos, 2002; R. EISSLER, "Danone: die ewigen Sünden einer Muttergesellschaft (Groupe Danone vs. Kommission, EuG vom 25. Oktober, T-38/02)", *ELR*, n° 11, 2006, pp. 452-460; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, "L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive", *R. soc.*, 59, 5, 2014, pp. 1060-1123; C.E. GRUNDMEIER, *Rechtspflicht zur Compliance im Konzern*, Köln, Heymann, 2011; S.S. HACKEL, *Konzerndimensionales Kartellrecht: Grundsatzfragen der Zurechnung und Haftung bei Bußgeldbescheiden gegen verbundene Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 2012; F. HOFFMANN, "Jointly and severally liable: the Court of Justice of the European Union clarifies the foundations of parental liability in the Portielje case", *Competition Law Insight*, 12, 12, 2013, pp. 13-14; P. HUGHES, "Competition law enforcement and corporate group liability: adjusting the veil", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 2, 2014, pp. 68-87; C. HUMMER, "Kartellrechtliche Haftung von Muttergesellschaften", *Ecolex*, 21, 1, 2010, pp. 64-67; S.F. JANKA, "Parent liability and claims for recovery between joint and several debtors according to EU antitrust law", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 12, 2014, pp. 594-600; A. KARST, "Kartellrechtscompliance im Konzern", *WuW*, 62, 2, 2012, pp. 121 y 150-156; K. KECSMAR, "Le droit de la concurrence à l'épreuve des structures sociétales obscures: état des lieux et réflexions", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 33, 2012, pp. 95-99; M. KELLERBAUER, "Die Einordnung der Rechtsprechung der EU-Gerichte zur gemeinschaftlichen Haftung für Kartellbußen in Konzernen in das Recht der EU und der EMRK", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1173-1184; C. KERSTING, "Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1156-1173; R. KLIEBISCH, "Outsourcing eines Kartellrechtsverstößes: Nachhaftung für ausgegliederte Verstöße gegen das europäische Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsunternehmens", *WRP*, 58, 3, 2012, pp. 295-303; *Id.*, *Das Gemeinschaftsunternehmen im Kartell- und Konzernrecht*, Jena, 2014; M. KLING, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen", *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 506-518; *Id.*, "Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen: Konzernprivileg und Haftungszurechnung", *ZWeR*, 9, 2, 2011, pp. 169-191; J. KOCH, "Der kartellrechtliche Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund", *ZHR*, 171, 4, 2007, pp. 554-580; J. KOCH/R. HARNOS, "Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 171-188; H. KÖHLER, "EU-Kartellgeldbußen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft: gesamtschuldnerische Haftung und Ausgleich im Innenverhältnis", *WRP*, 57, 3, 2011, pp. 277-287; J. KOKOTT/D. DITTERT, "Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte", *WuW*, 62, 7/8, 2012, pp. 660 y 670-683; H.-G. KOPPENSTEINER, "Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. September 2009, Akzo Nobel u. a./Kommission, Rs. C-97/08 P", *GPR*, 7, 2, 2010, pp. 92-94; *Id.*, "Gesellschafts- und Kartellrecht", *wbl*, 25, 6, 2011, pp. 285-294; A. KRENZER, "Présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles", *Revue Lamy de la concurrence*, 15, 2008, pp. 111-113; L. LA ROCCA, "The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary", *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 2, 2011, pp. 68-76; C. LAVOIE, "The 'copper fittings' judgments: focus on single continuous infringement and on parent-subsidiary relationship", *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 5, 2011, pp. 468-471; J. LEHNER, "Haftung für europarechtliche Kartell- und Wettbewerbsverstöße nach Umstrukturierung oder Unternehmensübertragung", *ÖZK*, n° 5, 2011, pp. 163-171; M.M. LEITÃO MARQUES, "As redes de

others, el CAT concluyó que sólo el sujeto formal de la decisión sancionadora puede ser demandado sobre la base de s. 47A CA, y esta sentencia ha sido confirmada por la *Court of Appeal*¹³⁵. Ambos tribunales consideraron inadmisibles que la decisión sancionadora pueda tener efecto sobre la filial que forma parte de la sociedad matriz sancionada por la Comisión Europea. La sentencia del CAT incide en que, en este caso, la decisión sancionadora de la Comisión no contiene hechos o indicios que puedan llevar a concluir que la filial haya participado en la conducta anticoncurrencial. De esta forma, la responsabilidad aguas arriba sí es posible y aguas abajo se limita; por lo que se reduce el atractivo para acciones poco vinculadas al Reino Unido provocado por la sentencia *Provimi*¹³⁶.

empresas: um desafio ao direito da concorrência”, en *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. doutor António de Sousa Franco*, vol. 3, Lisboa, Coimbra, 2006, pp. 177-191; B. LEUPOLD, “Effective enforcement of EU competition law gone too far? Recent case law on the presumption of parental liability”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 11, 2013, pp. 570-582; M. MAYER, “Kartellrecht: Haftung von Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens”, *Ecolex*, 22, 9, 2011, pp. 835-836; H.J. MEYER-LINDEMANN/C.G.Y. VON WARTENBURG/A. KAFETZOPOULOS, “Private equity investors are not immune to antitrust risks in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 8, 2014, pp. 367-368; R. MIKLÓS BABIRAD, “Case comment: Commission v. Tomkins”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 386-391; S.J. MOBLEY/D. MOURKAS/G. MURRAY, “Parent liability for joint venture parents: the Courts’ ‘El du Pont’ and ‘Dow Chemical’ judgments in conflict with optimal compliance incentives”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 10, 2014, pp. 499-508; A. MONTESA/A. GIVAJA, “When parents pay for their children’s wrongs: attribution of liability for EC antitrust infringements in parent-subsidiary scenarios”, *World Compet.*, 29, 4, 2006, pp. 555-574; F.M. MUCCIARELLI, “Accordi intra-gruppo e divieto d’intese anticoncorrenziali”, *G. comm.*, 34.2, 2007, parte I, pp. 195-207; O. ODUDU/D. BAILEY, “The single economic entity doctrine in EU competition law”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1721-1757; I. OEST, “EuGH bestätigt: Mütter haften für Kartellverstöße ihrer Töchter”, *BB*, 67, 20, 2012, p. 1229; M. OLAERTS/C. CAUFFMAN, “Química: further developing the rules on parent-company liability”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 431-440; P. OSTENDORF/A. GRÜN, “Die Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen Kartellrecht”, *WuW*, 9, 2008, pp. 950-961; A. PAPPALARDO, “L’imputabilità aux sociétés mères des violations de l’article 101 § 1er TFUE, par leurs filiales”, en *Scrutinizing internal and external dimensions of European law / Les dimensions internes et externes du droit européen à l’épreuve: liber amicorum Paul Demaret*, vol. II, Bruxelles, P.I.E. Lang, 2013, pp. 641-647; N.I. PAUER, *The single economic entity doctrine and corporate group responsibility in European antitrust law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014; V. PIRONON, “Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles: les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles”, *Petites affiches*, 400, 199, 2011, pp. 3-6; J.K. DE PREE/S.C.H. MOLIN, “Shareholder liability for joint venture infringements in the European Union”, *Fordham Int.L.J.*, 34, 3, 2011, pp. 431-451; A. RIESENKAMPFF, “Die Haftung im Konzern für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht”, en R.M. HILTY/J. DREXL/W. NORDEMANN (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb: Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, München, 2009, pp. 529-543; A. RIESENKAMPFF/U. KRAUTHAUSEN, “Liability of parent companies for antitrust violations of their subsidiaries”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 1, 2010, pp. 38-41; P. SANDER, “Das Konzernprivileg im europäischen und österreichischen Wettbewerbsrecht”, *ÖZK*, n° 1, 2008, pp. 20-27; A.-A. SKOCZYLA, *Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern: im schweizerischen und europäischen Recht*, Bern, 2011; A.-Z. STEINER, “Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV”, *ÖZK*, n° 3, 2013, pp. 83-88; G. DE STEFANO, “General Court rules on successor liability and apportionment of group liability in the gas insulated switchgear cartel”, *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 4, 2011, pp. 344-346; A. SVETLICINI, “Who is to blame? Liability of ‘economic units’ for infringements of EU competition law (Knauf Gips KG vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 1 July 2010, C-407/08 P)”, *ELR*, n° 2, 2011, pp. 52-56; Id., “Parental liability for the antitrust infringements of subsidiaries: a rebuttable presumption or probatio diabolica? (Arkema SA vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-520/09 P, and Elf Aquitaine SA vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-521/09 P)”, *ELR*, n° 10, 2011, pp. 288-292; J. TEMPLE LANG, “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?”, *Fordham Int.L.J.*, 37, 5, 2014, pp. 1481-1524; V. TERRIEN, “Droit de la concurrence: la présomption de responsabilité frappant les sociétés mères”, *J.D.E.*, 20, 185, 2012, pp. 1-7; S. THOMAS, “Guilty of a fault that one has not committed: the limits of the group-based sanction policy carried out by the Commission and the European courts in EU-antitrust law”, *J.E.C.L. & Pract.*, 3, 1, 2012, pp. 11-28; A. TSCHIRSCHKE, *Die Sanktionierung des Unternehmensverbundes: Bestandsaufnahme, Perspektiven und Europäisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2013; P. VOET VAN VORMIZEELE, “Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen”, *WuW*, 60, 10, 2010, pp. 988-989 y 1008-1019; T.C. WIESENACK/N.C. KLEIN, “Rechtspraktische Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbänden: eine Darstellung und Würdigung aktueller empirischer Daten, erhoben vor dem Hintergrund der Diskussion um den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsdurchgriff”, en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 5-72; G. WILHELM, “Durchgriffs-Haftung der Mutter aus Kartellverstoß der Tochter? zu 10.9.2009, C-97/08 p, Akzo Nobel”, *Ecolex*, 23, 5, 2012, p. 365; J. YUAN, *Gemeinschaftsunternehmen im europäischen, amerikanischen und chinesischen Kartellrecht*, Hamburg, 2012.

¹³⁵ Judgment Court of Appeal, 28 noviembre 2012, *Emerson Electric Co and others v Mersen UK Portslade Ltd* [2012] All ER (D) 341 (Nov), [2012] EWCA Civ 1559.

¹³⁶ *Vid. Provimi Ltd. v Roche Products Ltd. and other actions*, 6 junio 2003, [2003], EWHC 961 (Comm) [2003], 2 All ER (Comm) 683; F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, *European Business Organization Law*, 2003, pp. 623-650; J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, *CDT*, 2, 2, 2010, pp. 315-331.

3. Austria

63. En el caso de Austria, el § 37a (3) de la *KartG Schadenersatz wegen Wettbewerbsvertößen*, introducido por la KaWeRÄG 2012, en vigor desde 1 marzo 2013, establece la vinculación a las decisiones del *Kartellgericht* austríaco (Tribunal de Defensa de la Competencia que controla las decisiones que propone la ANC austríaca), de la Comisión Europea y de las ANC en el sentido del R. 1/2003, siguiendo el ejemplo del sistema alemán¹³⁷.

4. Francia

64. En Francia, es la jurisdicción ordinaria la que resuelve los litigios que suscita la aplicación privada del Derecho de la competencia¹³⁸. Para facilitar su tarea, el ordenamiento jurídico francés le permite a los jueces solicitar una opinión sobre las normas francesas y europeas reguladoras de los ilícitos concurrenciales (arts. L. 420-1, L. 420-2 y L. 420-5 del *Code de commerce* y arts. 101 y 102 TFUE) a su propia ANC (art. L. 462-3 del *Code de commerce*) y concentra estos tipos de contenciosos en algunos jueces especializados: ocho tribunales de gran instancia y ocho tribunales de comercio (Marsella, Burdeos, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, París, Rennes) (art. R. 420-3 del *Code de commerce*)¹³⁹. En la práctica, se observa que, mejor que solicitar la cooperación de la Comisión europea, estos jueces prefieren la interposición de una cuestión prejudicial con base en el art. 267 TFUE¹⁴⁰.

65. En Francia, las decisiones de la *Autorité de la Concurrence* no vinculan legalmente a los tribunales nacionales¹⁴¹. La ANC –se señala– no es más que un *tercero* frente al juez (Cass., ch. Comm., 15 octubre 1996, n° 94-21008, *Société des pompes funèbres générales*)¹⁴². No obstante, en la práctica, las decisiones sancionadoras gozan de gran valor probatorio ante los tribunales civiles¹⁴³. Cabe, pues, preguntarse por las razones de esta paradoja. En efecto, quienes defienden lo primero recuerdan el principio de independencia del juez. Quienes enfatizan lo segundo emplean tres argumentos: Primero: Es arduo rechazar la “simetría del alcance” (*symétrie de portée*) de las decisiones de la Comisión y del *Conseil de la concurrence* en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE¹⁴⁴. Segundo: Es difícil sostener que la independencia del poder judicial esté seriamente amenazada, visto que las decisiones del *Conseil de la concurrence* son susceptibles de recurso ante el propio poder judicial¹⁴⁵. Tercero: Reconocer

¹³⁷ El texto original dice así: “*Ein Zivilgericht ist an eine in einer rechtskräftigen Entscheidung des Kartellgerichts, der Kommission der Europäischen Union oder einer Wettbewerbsbehörde im Sinn der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 getroffene Feststellung, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden*”. Traducción por los autores: “Un Tribunal civil está vinculado a una decisión firme del Tribunal de Competencia, de la Comisión Europea o de otra Autoridad de Competencia en el sentido establecido por el Reglamento (CE) n° 1/2003 en relación a la constatación en la decisión sobre una violación del Derecho culpable y antijurídica realizada por una empresa”. Vid. D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 6; R. HOFFER/J. BARBIST, *Das neue Kartellrecht*, Wien, LexisNexis, 2013, p. 87; A. REIDLINGER/I. HARTUNG, *Das österreichische Kartellrecht: ein Handbuch für Praktiker*, Wien, Linde, 2014, pp. 244-254.

¹³⁸ Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1417-1420.

¹³⁹ Vid. D. BOSCO, “La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l’impasse”, *Concurrences*, n° 1, 2011, pp. 236-240; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1420-1421.

¹⁴⁰ Vid. Cass. com., 21 mayo 2006, *Bull. Civ.*, n° 141, p. 123.

¹⁴¹ Vid., *ad ex.*, Cass. com., 17 julio 2001, n° 99-17.251; T. com. Nanterre, 3° ch., 16 septiembre 1997, *SA Concurrence c/ Sony*; Cass. com., 17 julio 2001, n° 99-17.251; TGI Paris, 17 diciembre 2013, n° 10-03480; J. GRANGEON, *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l’Union européenne. Approche comparative. – Mémoire de master 2 recherche Droit européen des affaires / sous la direction du Professeur Éric Carpano*, Lyon, Équipe de Droit International, Européen et Comparé, (Les Mémoires de l’Équipe de Droit International, Européen et Comparé: n° 6), 2014, p. 54 (documento disponible en <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>); J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 193.

¹⁴² Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1429, nota 1720.

¹⁴³ Vid., *ad ex.*, Cass. com., 23 marzo 2010, n° 08-21768 y 08-20.427; D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 100; J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 193.

¹⁴⁴ Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 55.

¹⁴⁵ Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 55.

el efecto vinculante de las decisiones administrativas sobre competencia es favorecer el desarrollo del *private enforcement* –es decir, la indemnización de los daños anticompetitivos– y, por tanto, favorecer a las víctimas¹⁴⁶.

5. Italia

66. En el período 1990-2010, hubo en Italia 91 pronunciamientos de jueces civiles en materia antitrust a consecuencia de 69 acciones *stand alone* y 22 acciones *follow-on*¹⁴⁷. En Italia, las decisiones de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (en adelante, AGCM) no vinculan, en principio, a los tribunales nacionales¹⁴⁸. En efecto, hay dos buenas razones que permitirían llegar a esta conclusión:

1ª) El Derecho europeo prevé, *grosso modo*, que “cuando la Comisión haya verificado una infracción a los arts. 101 y 102 TFUE, las víctimas de tal infracción puedan utilizar la decisión de la Comisión como prueba vinculante en un proceso civil por daños [...]” (A. TROTTA)¹⁴⁹. La posición de la AGCM no es parangonable a la de la Comisión europea: falta en el ordenamiento italiano un mecanismo análogo al que permite asegurar la supremacía y uniformidad del Derecho europeo sobre y/o frente al Derecho nacional¹⁵⁰.

2ª) El art. 33.2 de la *Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* (*Gazzetta Ufficiale* del 13 ottobre 1990, n. 240) no se pronuncia sobre el valor que pueda tener una decisión administrativa o contencioso-administrativa condenatoria de un ilícito antitrust en un juicio civil posterior de nulidad o indemnización por daños causados por ese mismo ilícito antitrust. El *silencio del legislador italiano* a este respecto avala –como se ha observado– la tesis de la *competencia concurrente y autónoma del juicio civil* respecto a los poderes de verificación del ilícito anticompetitivo confiados a la AGCM (= *principio de independencia recíproca entre las valoraciones de carácter administrativo y las de los jueces civiles*)¹⁵¹.

67. No obstante, en la práctica, las decisiones sancionadoras gozan de gran valor probatorio ante los tribunales civiles¹⁵². Como observa algún autor (M. CARPAGNANO), “[d]e hecho, [...] la prudencia, el buen sentido y una clara indicación de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de casación sugieren al juez civil prestar una particular atención a las valoraciones realizadas por AGCM en los casos en los que ésta se haya ya pronunciado sobre la misma cuestión que está siendo sometida al examen del juez civil”¹⁵³. Sin duda, dicho con otros términos, los órganos judiciales no pueden permanecer insensibles ante un cúmulo de factores que favorecen el reconocimiento de una cierta *auctoritas* a las resoluciones administrativas sobre libre competencia: la especialización de la ANC, su mayor experiencia en la aplicación de las normas de competencia, las amplias facultades de que dispone y el peso de los estudios económicos en que se apoyan sus resoluciones¹⁵⁴. En sentido estricto, los procedimientos administrativos no tendrían un efecto vinculante (*binding effect*), pero sí el valor de una “prueba privilegiada” (*prova privilegiata*) de la existencia del ilícito (y, en ocasiones, de los efectos

¹⁴⁶ Vid. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014, en especial pp. 125-129, 340-408 y 571-600.

¹⁴⁷ Vid. M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia: la perspectiva italiana (1990-2010)”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO Y OTROS (DIR.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 81-102, concr. pp. 86-87.

¹⁴⁸ Vid., en general, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 118 y 148-154.

¹⁴⁹ A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 363.

¹⁵⁰ Sentenza della Corte di Cassazione, 13 febrero 2009, n° 3640, *Foro it.*, 2009, I, c. 1901.

¹⁵¹ Vid. respectivamente A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 363 y M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia...”, p. 88.

¹⁵² D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages...*, p. 100.

¹⁵³ M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia...”, p. 88.

¹⁵⁴ Vid. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione...*, p. 126.

de la conducta ilícita sobre el mercado), que beneficiaría al potencial demandante¹⁵⁵; puesto que, salvo que el demandado demuestre lo contrario, podrá dedicar su energía a demostrar los otros elementos constitutivos de la acción (*ad ex.*, la existencia de un daño vinculado causalmente a la conducta ilícita, su cuantificación, etc.)¹⁵⁶. Dicho con otros términos, frente a los hechos ilícitos y a sus efectos en el mercado, al demandado en el proceso civil por daños antitrust no le cabrá más posibilidad que alegar a este respecto hechos nuevos o valoraciones (generalmente explicaciones económicas) nuevas y rigurosas que desmientan las apreciaciones que ya se realizaron en el procedimiento administrativo y que no fueron tenidas en cuenta en el transcurso de éste: se trata, en última instancia, de una tarea laboriosa y difícil, casi condenada de antemano al fracaso¹⁵⁷. La sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, n° 2305, *Fondiaría SAI c. Nigriello*, constituye, quizá, la decisión más representativa de esta corriente jurisprudencial¹⁵⁸; aunque, desde luego, no es la única¹⁵⁹. *Ejemplo*: Entre 1994 y 2000, como consecuencia de una entente entre aseguradoras, las pólizas por responsabilidad civil de automóviles incrementaron su prima, en Italia, un 96'55% y, con respecto a la media europea, un 63%. Un automovilista italiano consiguió que se condenase a la compañía aseguradora de su vehículo (Allianz spa [anteriormente, Riunione Adriatica di Sicurtà spa]) al pago de los daños causados por la participación de ésta en un pacto colusorio que fue condenado por la AGCM (procedimiento AGCM de 28 julio 2000, n° 8546) y por el incremento de la prima de las pólizas que el cartel entre compañías aseguradoras de responsabilidad civil de automóviles causó¹⁶⁰. La aseguradora se defendió, afirmando que el incremento de las primas no se debió al cartel sancionado por la AGCM. La Corte di Cassazione italiana, que desestimó el recurso de la compañía aseguradora, le recordó, entre otros, dos factores que condicionaron claramente el resultado final: Primero: que “el papel de prueba privilegiada de las actas del procedimiento público realizado por la misma Autoridad Garante y después en sede de la justicia administrativa (entre otras, con relación a la existencia del comportamiento verificado o de la posición poseída en el mercado y de su eventual abuso [...]), aunque no excluye la facultad para la aseguradora de suministrar la prueba contraria [...], impide que puedan volver a discutirse precisamente los hechos constitutivos de la afirmación de la existencia de la violación de la normativa en materia de competencia, basándose en el mismo material probatorio o en las mismas argumentaciones ya desoídas en aquella sede [...]”¹⁶¹. Segundo: que “la anteriormente reconocida facultad de la compañía asegurado demandada en reparación del daño de suministrar la prueba contraria a la mencionada presunción de responsabilidad con respecto a la existencia del nexo causal entre el ilícito concurrencial y el daño y a la entidad del daño mismo no puede tener por objeto circunstancias atinentes a la situación general del mercado asegurador –como los costes que gravan a todas las empresas por causa de los fraudes, de las adaptaciones impuestas por las Directivas comunitarias, etc.– y, en particular, las mismas circunstancias o pruebas (o elementos de prueba) que la AGCM ha tenido ya presentes al formular su juicio y

¹⁵⁵ A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 364.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte di Cassazione, 13 febrero 2009, n° 3640, *Foro it.*, 2009, I, c. 1901. *Vid.* M. CARPAGNANO, “Vent’anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010”, *Concorrenza e Mercato*, 2011, pp. 283-304, en especial p. 292.

¹⁵⁷ A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 364.

¹⁵⁸ Comentada, *ad ex.*, por G. AFFERNI, “Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno”, *Danno e Responsabilità*, n° 7, 2007, pp. 764-769; G.A. BENACCHIO/M. CARPAGNANO, *L’azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2007, en especial pp. 38 y 41; M. CARPAGNANO, “Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement”, *Danno e Responsabilità*, n° 7, 2007, pp. 769-777.

¹⁵⁹ *Vid.*, *ad ex.*, Corte di Cassazione, 10 mayo 2011, n° 10211, *Foro it.*, 2011, I, c. 2675; Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674.

¹⁶⁰ Sentenza della Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674.

¹⁶¹ El texto original completo dice así: “*il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dalla stessa Autorità Garante e poi in sede di giustizia amministrativa (tra le altre, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, v. Cass., ord. 22 febbraio 2010, n. 4261), pur non precludendo la facoltà, per la assicuratrice, di fornire la prova contraria (per tutte, v. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305), impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (sulla fruibilità diretta, da parte dei singoli utenti o consumatori, delle relative decisioni, v., sia pure per profili anche in parte diversi, Cass. 5941/11 e 5942/11)”*.

que ha considerado irrelevantes a los fines de excluir la conexión entre los comportamientos colusivos y el incremento de las primas”¹⁶².

68. En todo caso, Italia tendrá que introducir el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE en su ordenamiento de forma expresa.

6. España

69. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE puede inicialmente no encajar de manera plena con el ordenamiento español. En efecto, las resoluciones administrativas siempre son revisables en la vía contenciosa y no vinculan, en principio, a los tribunales civiles. Además, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial protege la libertad del orden jurisdiccional, cuando dispone que: “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”. De lo que es fácil inferir, *a fortiori*, que, si no les vinculan otras resoluciones judiciales, menos les vincularán las administrativas. De ahí, que la *opinión dominante* en España haya defendido que no es posible otorgar carácter vinculante a una decisión administrativa frente a un órgano judicial. Si así fuera, se vería en peligro la independencia del poder judicial, que quedaría vinculado por una decisión del poder ejecutivo: ni las resoluciones de la ANC española (sea la CNMC o las autoridades autonómicas) ni las decisiones judiciales de lo contencioso-administrativo que resuelven los recursos interpuestos contra aquéllas vincularían, actualmente, a los jueces de lo mercantil¹⁶³. Cuestión distinta sería la posibilidad de que el juez aprovechara la resolución administrativa, valorando, junto con otras pruebas, esta última y, en especial, los análisis, estudios económicos y pruebas empleadas en el procedimiento administrativo¹⁶⁴.

70. No obstante, la STS 9 noviembre 2013 se ha pronunciado, entre otros extremos, a favor de la vinculación de los tribunales civiles a las resoluciones administrativas firmes en cuanto a los hechos¹⁶⁵. Se trataba de una demanda de daños planteada contra el cártel del azúcar en España. Se debatía

¹⁶² El texto original completo dice así: “*la già riconosciuta facoltà della compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento del danno, di fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità in ordine alla sussistenza del nesso causale fra l’illecito concorrenziale e il danno ed all’entità del danno medesimo, non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo - quanto ai costi gravanti su tutte le imprese a causa delle truffe, degli adeguamenti imposti dalle Direttive comunitarie, ecc. - ed in particolare le medesime circostanze e prove (o elementi di prova) che l’AGCM ha già tenuto presenti nel formulare il suo giudizio e che ha ritenuto irrilevanti al fine di escludere il collegamento fra i comportamenti collusivi e la lievitazione dei premi*”.

¹⁶³ *Vid.*, *ad ex.*, sobre esta polémica en la doctrina española, dentro de la línea mayoritaria, H. BROKELMANN, “Conflictos y soluciones en la administración paralela administrativa y judicial”, en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÒ I JUAN (COORD.), *La modernización del Derecho de la competencia*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2007, pp. 89-108, en especial p. 101; A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I, *Parte General: La competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2009, p. 616; I. COLOMER HERNÁNDEZ, “La tutela judicial de la defensa de la competencia”, en L. PAREJO ALFONSO/A. PALOMAR OLMEDA (DIR.), *Derecho de la competencia: Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 438-605, en especial pp. 462-463 y 502-503; C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *RCD*, nº 3, 2008, pp. 103-117, en especial p. 111; F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia...”, p. 100; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 503-543, en especial pp. 517-528, y p. 646; I. RODRÍGUEZ SASTRE, “Comentario a la disposición adicional primera de la LDC”, en M. ODRIÓZOLA (DIR.), *Derecho Español de la Competencia: Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1173-1205, en especial p. 1195. En la línea mayoritaria, se inscriben, *ad ex.*, la SAP Gerona 16 abril 2002, FJ 5; SAP Madrid 5 julio 2005, FJ 8; SAP Madrid 7 octubre 2005; SAP Madrid 19 noviembre 2005, FJ 5.

En contra, J. PÁSSAS/J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ED.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Madrid, Wolters Kluwer, 2008, pp. 249-278, en especial en p. 276; J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÓSTER/J. PÁSSAS OGALLAR, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, *RCD*, nº 1, 2008, pp. 249-278, en especial pp. 275-276. Posiblemente en esta línea, la STS 15 abril 2009, FJ 2; aunque es discutible, puesto que una sentencia dudosa no vale (*sentencia incerta non valet* [Digesto, 42, 1, 59, 2]).

¹⁶⁴ *Vid.* SAP Valladolid 9 octubre 2009, FJ 1.

¹⁶⁵ *Vid.* STS, 9 noviembre 2013 [ROJ 5819/2013](#) y [RTDC 15 abril 1999 426/98 Azúcar](#). *Vid.* también STS 8 junio 2012, [ROJ STS 5462/2012](#).

la trascendencia de la resolución de la ANC (en este caso, el extinto TDC), que había sido confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Por tanto, aunque en España no se disponga de una norma como la empleada en otros Estados miembros, la jurisprudencia (o, al menos, una jurisprudencia *in fieri*) ha confirmado la necesidad de respetar las resoluciones de otros órganos. En efecto, el art. 222.4 LECiv. establece el efecto de cosa juzgada en cuanto a la fijación de los hechos por un procedimiento sancionador administrativo. Precisamente la STS se pronuncia sobre una de las primeras acciones de seguimiento que se plantearon después de la resolución sancionadora del TDC de 1999: El procedimiento sancionador fue iniciado como consecuencia de la denuncia planteada por la asociación de fabricantes de galletas y otras empresas en 1996. Así, el demandado Ebro y otros fueron condenados por el TDC en 1999 al pago de una sanción de 8,74 millones de euros por infringir el artículo 101.1.a) TFUE y el artículo 1.1.a) LDC; ya que habían concertado los precios de venta del azúcar para usos industriales que era comprado por los demandantes de las acciones de daños posteriores. La resolución del TDC fue confirmada en las instancias superiores y por el TS en marzo de 2006¹⁶⁶. Un año después de dicha resolución, diversas empresas fabricantes de dulces y galletas iniciaron dos acciones de daños ante los tribunales de Valladolid y Madrid en las que se reclamaban los daños y perjuicios causados por el cartel. Estos tribunales concedieron indemnizaciones que alcanzaron los 5 millones de euros en total, que fueron confirmadas por las sentencias TS de 2012 y 2013 antes citadas¹⁶⁷.

71. En relación a la *vinculación de la jurisdicción civil a la resolución sancionadora* del TDC de 1999 por la que se confirma que los demandados habían concertado precios de forma ilícita y, por tanto, subido los precios del azúcar industrial y perjudicado al mercado afectado, la STS 9 noviembre 2013 recuerda la doctrina del TC respecto a estos extremos por la que: “*la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino que también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios. Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas*”¹⁶⁸. De esta forma, una apreciación distinta de los hechos sólo será posible, si se motiva. Continúa el TS, resaltando que la vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales tiene mayor sentido en un sistema basado en las acciones de seguimiento o *follow-on claims*, esto es precisamente el tipo de demandas para las que se ha redactado el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE.

72. El *escenario fáctico* sobre el que se dictaron las resoluciones del cartel del azúcar es el mismo aplicable a la mayoría de las acciones *follow-on*: *la existencia de una conducta ilícita* (= hechos fácticos + valoración jurídica por la ANC o jurisdicción contencioso-administrativa); puesto que, en la acción civil, se reclama la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cartel, cuya actuación fue objeto de la sentencia o resolución administrativa.

73. Por último, en esta sentencia, el TS distingue entre los *hechos fácticos y su valoración jurídica* por la ANC y *otros aspectos*. Con base en los *principios de seguridad jurídica y eficiencia*, es posible evitar que los tribunales civiles vuelvan a juzgar los mismos hechos. No obstante, el TS considera con acierto que las conclusiones del órgano administrativo (entonces, el TDC) en relación a *la causalidad y el cálculo del daño* pueden ser ignoradas, debido a la diferente naturaleza de ambos pro-

¹⁶⁶ STS 22 marzo 2006, R. 5688/2003.

¹⁶⁷ No se trata de las primeras acciones de seguimiento en España; aunque sí de las primeras derivadas de una infracción del art. 101 TFUE y 1 LDC. Las otras acciones se han basado en abusos de posición dominante y la infracción del art. 102 TFUE y 2 LDC, *vid.*, al respecto, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *G.C.L.R.*, 6, 4, 2013, pp. 167-208.

¹⁶⁸ STC 28 septiembre 2009, 192/2009.

cedimientos, siguiendo así la doctrina *Otis*. Es más, el TS recuerda que es la jurisdicción civil la única que puede determinar *quién ha sufrido el daño y en qué importe*, al analizar la defensa *passing-on*¹⁶⁹.

VI. Conclusión

74. La aplicación privada del Derecho antitrust es un elemento esencial para garantizar la eficacia necesaria del mismo. Por ello, las decisiones administrativas adoptadas por una ANC merecen ser respetadas y reconocidas en otros Estados miembros. A día de hoy, la CEDH, la Red de Competencia Europea y el mecanismo de cooperación y reparto de asuntos entre la Comisión y las ANC permiten garantizar unos mínimos comunes en todos los Estados miembros. Asimismo, las ANC y los tribunales ordinarios deben aplicar el Derecho antitrust europeo además del suyo propio cuando la conducta afecte el mercado intracomunitario y no le corresponda a la Comisión Europea decidir sobre una determinada conducta. Así, en ocasiones las ANC y los tribunales nacionales ya adoptan decisiones y sentencias cuyo alcance material puede ir más allá de las propias fronteras. Por otra parte, el Derecho Internacional Privado Europeo y, en concreto, el art. 6.3 Reglamento Roma II también permite a un tribunal civil optar por el Derecho del mercado afectado de otro Estado miembro o del suyo propio. En efecto, el Derecho antitrust no puede quedar circunscrito a las fronteras de un Estado, sino más bien al alcance geográfico de una conducta concreta y éste se determina según los efectos de la misma. Tampoco puede quedar circunscrito al ámbito administrativo; ya que tiene efectos en el ámbito civil, por lo que las normas civiles deben de ser adaptadas para garantizar la debida eficacia. De esta forma, limitar la vinculación a las decisiones de la ANC del Estado miembro en el que se plantee la acción civil implica limitar los efectos de una decisión sancionadora a las fronteras de un Estado miembro; aunque su alcance material sobrepase dichos límites. Esta situación restaría eficacia al Derecho antitrust. En caso de duda, el tribunal civil siempre podrá acudir a los Tribunales Europeos, tal y como establece el tercer apartado del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Posibles situaciones de *bad forum shopping* se pueden corregir por el Derecho Internacional Privado, que ya establece mecanismos que aseguran la competencia del tribunal más cercano al litigio y, en especial, la aplicación del Derecho más apropiado, el del mercado afectado. De hecho, el reconocimiento introducido en Alemania y Austria no han provocado *forum shopping* y las acciones *follow-on* que se están planteando en estos países tienen su origen en decisiones sancionadoras de la Comisión Europea o de sus propias ANC. Por último, el demandante y perjudicado también debe de poder confiar en el resultado de un procedimiento sancionador planteado ante otro Estado miembro. Por ello, consideramos que, en aras de garantizar una aplicación eficiente, resulta necesario que la jurisdicción civil pueda reconocer las decisiones de las ANC nacionales y las de otros Estados miembros, siempre y cuando la parte demandada no se hubiese encontrado en una situación de indefensión durante dicho procedimiento.

¹⁶⁹ No obstante, la CNMC ha incluido expresamente a diversos perjudicados en recientes resoluciones sancionadoras. *Vid., ad ex.*, CNMC 4 diciembre 2014, S/0453/12, *Rodamientos Ferroviarios*, en la que se menciona a RENFE como empresa perjudicada por el cártel o CNMC 15 enero 2015, S/0473/13, *Postes de Hormigón*, en la que se mencionan diversas empresas que han adquirido productos del cartel sancionado.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DECISIONS UNDER THE NEW SPANISH ACT ON INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 31.07.2015 / Aceptado: 13.08.2015

Resumen: En este trabajo se efectúa un primer análisis del nuevo régimen legal interno de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, introducido por la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y por el que sustituye la antigua regulación de 1881. Se abordan, en consecuencia, los principales cambios y novedades, tanto en el terreno de lo general (modernización del sistema y alineamiento con varios de los avances experimentados en el ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo), como en concretos sectores del reconocimiento, de la ejecución y del procedimiento de exequátur.

Palabras clave: reconocimiento, exequátur, régimen legal interno, cooperación judicial internacional.

Abstract: The Spanish Parliament has recently passed a new Act on International Judicial Cooperation in Civil Matters (Act 29/2015 of July 30), repealing the previous rules, dating from 1881. This paper analyzes the new regulation of the recognition and enforcement of foreign judicial decisions. It focuses on the main changes and innovations, not only in general terms (the system has been fully modernized and aligned with many of the advances already experienced in the field of European civil procedural law), but also in the specific scopes of recognition, enforcement and exequatur proceedings.

Key words: recognition, exequatur proceedings, enforcement, international judicial cooperation.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones generales. 1. La asunción legal de la distinción entre reconocimiento y ejecución. 2. Ámbito de aplicación del sistema. 3. En especial, el requisito de la firmeza de las resoluciones recaídas en procesos contenciosos. 4. La prohibición de revisión en cuanto al fondo. 5. La admisión de atribuciones parciales de eficacia. 6. La adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento. III. La regulación del reconocimiento. 1. Alcance general del reconocimiento. 2. El reconocimiento «automático». 3. El reconocimiento «incidental». A) Contexto y cauce procedimental. B) Efectos del reconocimiento incidental. 4. El reconocimiento a título principal. 5. La regla especial en materia de acciones colectivas. 6. La regla especial sobre resoluciones susceptibles de modificación. IV. El exequátur y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. 1. Necesidad generalizada del exequátur para obtener la ejecución. 2. Exequátur y ejecución. A) Posible acumulación. B) Desarrollo de la ejecución forzosa conforme a la LEC. El problema de la caducidad de la acción ejecutiva. 3. El procedimiento de exequátur. A) Competencia. B) Partes. C) Sustanciación y decisión. D) Régimen de recursos. E) Medidas cautelares. 4. Las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur. A) La resolución es contraria

al orden público [art. 46.1 a)]. B) Infracción de los derechos de defensa y rebeldía involuntaria [art. 46.1 b)]. C) Control de la competencia del tribunal de origen [art. 46.1 c)]. D) Inconciliabilidad de resoluciones [art. 46.1 d) y e)]. E) Litispendencia [art. 46.1 f)]. 5. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales. 6. Reconocimiento y ejecución de transacciones judiciales. 7. Ejecución de documentos públicos. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El 31 de julio de 2015 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC, en lo sucesivo). Aunque con quince años de retraso, se cumple con ello el mandato establecido en la Disposición Final Vigésima de la LEC y se dota así a nuestro ordenamiento de un sistema normativo básico y general para la litigación civil internacional, aplicable en defecto de tratados y de la abundante legislación sobre esta materia aprobada por la Unión Europea.

2. La LCJIC abarca diversas materias, que no siempre encajan en una noción estricta de «cooperación judicial internacional»: sí lo hacen, sin duda, las reglas sobre notificación de documentos u obtención de pruebas (arts. 5 a 32); no tanto, en cambio, las normas sobre prueba o información del derecho extranjero (arts. 33 a 36), las reglas sobre litispendencia y conexidad internacionales (arts. 37 a 40) o el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros (arts. 41 a 61). Sea como fuere, son todas materias en relación con las cuales era perentoria desde hace ya tiempo la necesidad de disponer de una regulación completa, coherente y adaptada a la realidad de los tiempos; y, además, era conveniente agruparlas en un texto normativo único, que fuera lo más comprensivo posible¹.

3. En las páginas que siguen me voy a centrar únicamente en el nuevo régimen para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras que –¡por fin!– acaba con la incomprensible vigencia de los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881 y, con ellos, de una regulación obsoleta cuya realidad práctica, de hecho, había quedado en manos de una jurisprudencia que, a la fuerza, había tenido que ser muy correctora.

4. La LCJIC aborda esta materia en su Título V, dedicado de forma específica a la eficacia de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos extranjeros, eficacia que incluye su reconocimiento, su ejecución –previo exequátur– y su inscripción en Registros públicos². En términos generales, la LCJIC transmite en este punto una clara influencia de los avances que ha experimentado el Derecho Procesal Civil Internacional y, de forma muy singular, de la normativa procedente de la Unión Europea: puede decirse, *grosso modo*, que la regulación de la eficacia de las resoluciones extranjeras en la LCJIC nos coloca en un punto medio entre el Reglamento 44/2001 (RB I, en adelante) –pues subsiste el procedimiento autónomo de exequátur como requisito previo para la ejecución de resoluciones y documentos públicos extranjeros– y el Reglamento 1215/2012 (RB I bis, en lo sucesivo) –porque también incorpora, como se verá, algunos de los avances y novedades de éste–.

¹ Sólo se echa en falta la regulación de la competencia judicial internacional para poder sostener que la LCJIC contiene el régimen jurídico general interno de la litigación civil internacional en nuestro ordenamiento. Esta última materia permanece en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque se ha visto igualmente «puesta al día» en fechas muy recientes, a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (BOE de 22 de julio): el antiguo artículo 22 ha sido sustituido por los nuevos artículos 22 a 22-nonies, que regulan con más detalle la competencia internacional de nuestros tribunales civiles y han aproximado su régimen jurídico aún más a las previsiones contenidas en el Reglamento UE 1215/2012.

² En la regulación de la inscripción de resoluciones y documentos públicos se aprecia claramente la influencia de la polémica doctrinal suscitada por la STS (Sala Primera) de 19 de junio de 2012 (núm. 998/2011, recurso 489/2007). Sin embargo, por la especial singularidad de esta materia, no será objeto de tratamiento específico en este trabajo.

II. Cuestiones generales

1. La asunción legal de la distinción entre reconocimiento y ejecución

5. Es de sobra sabido que la atribución de eficacia en un Estado a las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de otro está genéricamente supeditada a una suerte de «homologación» de aquéllas, que les permite desplegar sus efectos. Desde hace ya décadas la doctrina y muchos textos normativos³ distinguen dos modalidades diversas de homologación, el reconocimiento y el exequátur. Se entiende por «reconocimiento» la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar todos los efectos que le sean propios, salvo el ejecutivo: por eso, cuando se dice que una sentencia extranjera ha sido «reconocida», hay que entender que puede desplegar su eficacia declarativa, constitutiva o de cosa juzgada, si es que la tiene, pero no la ejecutiva. Y se llama «exequátur» en sentido estricto a la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar su eficacia ejecutiva, es decir, a la declaración de que tiene fuerza ejecutiva. Habitualmente la concesión del exequátur lleva aparejado también el reconocimiento («quien puede lo más, puede lo menos»)⁴. La LCJIC logra que, de una vez por todas, una distinción tan elemental y comúnmente aceptada se incorpore a nuestro régimen legal interno, aunque también ha tratado de extender levemente el significado de la terminología: el procedimiento de «exequátur» no sólo sirve para autorizar la ejecución *stricto sensu* de una resolución judicial –o de una transacción judicial, o de un documento público–, sino también para declarar a título principal que una resolución judicial extranjera es reconocida (art. 42.1) o para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España (art. 42.2). La versatilidad del procedimiento de exequátur –heredada del propio CB y presente en el RB I– no debe incidir, sin embargo, en la intelección de lo que ha de entenderse en sentido propio como exequátur, que sigue siendo la manifestación de la voluntad del Estado de reconocer en sus fronteras –si se prefiere, de extender– la fuerza ejecutiva de la resolución extranjera y de conferirle así carácter de título ejecutivo.

6. Reconocimiento y exequátur son, en todo caso, figuras distintas, que operan en función del tipo de decisión de que se trate y de las necesidades del litigante. No obstante, ambas sirven a un fin común, el de permitir la circulación entre Estados de las decisiones judiciales y de ciertos títulos ejecutivos extrajudiciales. Los requisitos que se establecen para esa circulación pueden ser más o menos severos en función de la eficacia que se busca (más duros, por supuesto, cuando se pretende la ejecución) y, por supuesto, varían también en función del nivel de confianza recíproca que exista entre los sistemas judiciales involucrados.

7. En esto, como se ha apuntado ya, la LCJIC sigue un sistema clásico. El reconocimiento no requiere de formalidades específicas, ni tampoco de una resolución previa de carácter homologador, sino que está dotado de un cierto automatismo, que sólo se puede ver obstaculizado en caso de oposición del litigante al que hubiera de perjudicar (art. 44). En cambio, la ejecución debe ir precedida en todo caso de la obtención del exequátur, para lo cual será necesaria la tramitación de un procedimiento *ad hoc* (art. 50). En relación con la ejecución, por tanto, el esquema no cambia. Sin embargo, en lo que concierne al reconocimiento, se produce un avance significativo respecto de lo establecido en el régimen de la LEC de 1881: en efecto, la ausencia en ella de referencia al reconocimiento daba pie para entender que una resolución extranjera sólo podía desplegar sus efectos –fueran del tipo que fueran, es decir, ejecutivos o no– previa obtención del exequátur.

2. Ámbito de aplicación del sistema

8. En términos generales, la LCJIC es aplicable en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional del que haya emanado la resolución cuyo reconocimiento o

³ Con la salvedad, justamente, de la LEC de 1881, heredera en este punto de su antecesora, la LEC de 1855.

⁴ Cuando se trata de títulos ejecutivos extrajudiciales sólo tiene sentido el exequátur *stricto sensu*, pues su confección al margen de un proceso judicial impide que tengan asociados más efectos jurídicos que los ejecutivos. Pueden tener, sin duda, eficacia probatoria: pero la atribución de eficacia probatoria a documentos extranjeros es materia al margen del reconocimiento y ejecución de decisiones.

ejecución se pretenda, y con inclusión en todo caso de la responsabilidad civil derivada del delito y de los contratos de trabajo (art. 1.2 LCJIC). El ámbito material de aplicación es, por lo tanto, amplísimo y cubre materias que no se han visto aún afectadas por la acción normativa del legislador europeo (como el estado civil y la capacidad de las personas o los regímenes económicos matrimoniales).

9. Además, presenta un carácter subsidiario respecto de las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España es parte (art. 2), lo que tiene importantes consecuencias también en cuanto a su ámbito territorial. En efecto, a resultas de este carácter subsidiario de la LCJIC el nuevo régimen de reconocimiento y ejecución será aplicable: a) a las resoluciones dictadas en materia civil y mercantil procedentes de Estados con los que España no tiene suscrito convenio alguno (lo que incluye, sin ir más lejos, a las dictadas en Estados Unidos); b) a las dictadas en Estados con los que tenemos convenio en vigor, en los casos en que el convenio no resulte aplicable (v.g. por razón de la materia o del tiempo); c) a las dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando no resulte aplicable la normativa europea (nuevamente por razón de la materia o, en algunos casos, del tiempo).

10. Ha de quedar claro, por tanto, que el nuevo régimen será aplicable a resoluciones procedentes de un número potencialmente muy elevado de Estados y, sobre todo, de caracteres muy heterogéneos: con algunos de ellos España tiene fuertes vínculos jurídicos y económicos, e incluso aplica el principio del mutuo reconocimiento en otros ámbitos; con otros la distancia jurídica y cultural es mucho mayor y el nivel de confianza en la calidad de la justicia y de las resoluciones judiciales puede ser más reducido. Sin caer en excesos de recelo ni tampoco de ingenuidad, no puede nunca perderse de vista que la LCJIC está llamada a operar en situaciones muy diversas y que el legislador español, a la fuerza, no ha podido renunciar a ciertos estándares de garantía a la hora de fijar el régimen de reconocimiento y ejecución.

11. En cuanto al elemento temporal, la disposición transitoria única, en su apartado 3, señala expresamente que el título V de la LCJIC se aplicará a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a su entrada en vigor⁵, «con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera»⁶. A mi juicio, y ante la ausencia de más regulación expresa que ésta, la norma debe interpretarse de forma extensiva, al menos en dos planos diversos: de un lado, cuando sólo se pretenda el reconocimiento de una resolución extranjera –no su ejecución–, que se sujetará al nuevo régimen más flexible, sea cual sea la fecha en que se dictó; de otro lado, para la ejecución de documentos públicos –no contemplados por el precepto–, a los que se aplicará la LCJIC con independencia de la fecha de su otorgamiento.

3. En especial, el requisito de la firmeza de las resoluciones recaídas en procesos contenciosos

12. El nuevo régimen de reconocimiento y ejecución resulta aplicable tanto a resoluciones recaídas en procedimientos contenciosos, como a las dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Tratándose de las primeras –resoluciones dictadas en procesos contenciosos–, el artículo 41.1 LCJIC exige que éstas sean firmes; y el artículo 43 b) precisa, por su parte, que se entiende por resolución firme aquella contra la que no cabe recurso en su Estado de origen (en sentido equivalente, por tanto, a la definición de resolución firme que efectúa también el artículo 207.2 LEC). La nueva Ley sigue así, en este punto, la exigencia que también establecía el artículo 951 de la LEC de 1881 y se alinea asimismo con lo dispuesto en el artículo 525.2 LEC, que excluye la ejecución provisional de las resoluciones extranjeras que no sean firmes, salvo que esté prevista en normas de origen supranacional.

13. Se trata de una opción de política legislativa, tal vez destinada a evitar las dificultades añadidas de coordinación entre autoridades judiciales que, sin duda, puede provocar la ejecución provi-

⁵ A los veinte días de su publicación en el BOE (D.F. Sexta).

⁶ La LCJIC se aparta, con ello, de lo dispuesto en el artículo 66.2 RB I bis, que supedita la aplicación del nuevo régimen de eficacia directa –sin exequátur– a las resoluciones judiciales dictadas a resultas de acciones judiciales incoadas con posterioridad al 10 de enero de 2015.

sional transfronteriza. Pero, insisto, es sólo una opción, pues de haberse querido también habría cabido establecer un régimen de ejecución provisional de resoluciones extranjeras, con cautelas específicas y reforzadas, (como se lleva haciendo en el ámbito europeo desde la aprobación del CB y como, de hecho, lo permiten también algunos convenios).

14. Sea como fuere, no cabe el reconocimiento ni el exequátur si alguna de las partes ha recurrido la resolución y se está tramitando actualmente una apelación, una casación o un recurso análogo frente a ella en el Estado de origen –y este dato será muy relevante a la hora de definir la estrategia procesal en contextos de litigación transfronteriza–; pero tampoco será posible si todavía no se ha agotado el plazo legalmente establecido para formular un recurso. Debe advertirse que en la práctica puede suscitar dificultades determinar si una sentencia es o no firme, pues en algunos sistemas la recurribilidad de las resoluciones no está sujeta a un sistema rígido de plazos equivalente al nuestro, como sucede en ciertos sistemas de *common law*⁷. A mi juicio, lo establecido en el artículo 43 b) LCJIC debe entenderse en el sentido de considerar que es firme una resolución judicial cuando frente a ella ya no sea admisible ningún recurso «ordinario», en un sentido similar a como esta expresión se ha utilizado en el CB (art. 38), en el RB I (arts. 37.1 y 46) y en el RB I bis (art. 51.1 RB I bis), y a como la ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸: deben quedar incluidos aquí, por tanto, los recursos de apelación y de casación o equivalentes previstos por la gran mayoría de los ordenamientos nacionales, con independencia de la categorización a que estén sometidos en ellos. No es necesario, en cambio, que la sentencia no pueda ser en ningún caso revocada o modificada: además de las impugnaciones ordinarias, la mayoría de los ordenamientos –incluido el español– dan cabida a recursos o remedios extraordinarios y especiales, que permiten en circunstancias muy singulares anular o rescindir una resolución judicial firme. Lo que ocurre es que estos mecanismos no están previstos como ordinarios y no son esperables como algo posible dentro del plazo razonablemente breve para recurrir que se abre cuando la resolución es notificada a las partes y, por eso, la posibilidad de que puedan plantearse en algún momento no impide que la resolución judicial se considere firme. En otros términos, a los efectos de su reconocimiento, se entiende que una resolución extranjera es firme a pesar de que, en abstracto, todavía sea posible frente a ella algún remedio extraordinario o excepcional de nulidad o rescisión⁹.

15. Tratándose de resoluciones dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria, el artículo 41.2 LCJIC rebaja la exigencia, pues sólo pide que sean «definitivas»: hay que entender, en consecuencia, que debe bastar con que hayan puesto fin al procedimiento (art. 207.1 LEC), pues así se entiende de ordinario en nuestro ordenamiento la expresión «resolución definitiva» –dado que la Ley no ha incluido una definición singular de lo que se entiende por «definitivo» a estos efectos, a diferencia de lo que sucede con la firmeza–. Llama la atención la discordancia en este punto con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuyo artículo 12.1, dedicado a los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, exige expresamente que éstos sean firmes para que puedan surtir efectos en España. La antinomia tal vez pueda resolverse entendiendo que el término «definitivo» que emplea el artículo 41.2 LCJIC pretende simplemente excluir cualquier exigencia de fuerza de cosa juzgada a las resoluciones adoptadas en el marco de procedimientos de jurisdicción voluntaria, pues es habitual sostener que la noción de cosa juzgada es ajena a este peculiar sector de la actividad jurisdiccional.

⁷ En Inglaterra cfr. M. STÜRNER, *Die Anfechtung von Zivilurteilen. Eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht*, C.H. Beck, München 2002. En relación con los Estados Unidos, véase, a modo de ejemplo, la regla 59 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que contemplan las solicitudes de celebración de nuevo juicio.

⁸ Cfr. la STJCE de 22 de noviembre de 1977 (asunto 43/77, *Industrial Diamond Supplies*), especialmente en sus apartados 37, 38 y 39. En concreto, a juicio del Tribunal de Justicia, ha de considerarse como recurso ordinario «cualquier recurso que forme parte del desarrollo normal de un proceso y que, como tal, constituya una actuación procesal con la que debe contar razonablemente cualquiera de las partes», factor éste que se hace especialmente visible cuando se trata de un recurso «vinculado por la ley a un plazo determinado, que empiece a correr en virtud de la propia resolución cuya ejecución se pretenda».

⁹ También en este sentido M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 604-605. La STJUE *Industrial Diamond Supplies* se refiere, en su apartado 39, a «los recursos que dependen o de acontecimientos imprevisibles en el momento de la resolución originaria o de actos de personas ajenas al litigio, en el caso en que los plazos para recurrir que empiecen a correr como consecuencia de la resolución originaria no les sean oponibles».

4. La prohibición de revisión en cuanto al fondo

16. Asumiendo, igualmente, postulados clásicos de la cooperación judicial internacional, el artículo 48 proclama la prohibición de revisión en cuanto al fondo¹⁰, que impide que el tribunal llamado a resolver sobre la eficacia de una resolución extranjera entre a valorar la corrección del modo en que se resolvió la controversia en el Estado de origen. En consecuencia, no será un obstáculo que el tribunal español considere que el desenlace del proceso hubiera sido distinto de haberse tramitado ante tribunales españoles. Esta prohibición de revisión en cuanto al fondo se asocia en gran medida con el control de orden público: la mera divergencia no basta para entender infringido el orden público, de modo que no puede aducirse la infracción del orden público como vía indirecta para burlarla¹¹.

17. De forma especial, además, el precepto aclara que está cubierto por esta prohibición el control acerca de la adecuación del derecho aplicable al fondo. No será motivo de denegación del reconocimiento, en consecuencia, que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho internacional privado español. Se trata de una cuestión que, de lo contrario, podría dar lugar a dificultades insospechables, sobre en materia de estado civil, capacidad y familia.

5. La admisión de atribuciones parciales de eficacia

18. Siguiendo lo que ya era habitual en textos europeos y convencionales, los artículos 49 y 50.3 LCJIC permiten solicitar y/o obtener el reconocimiento o la ejecución parcial de una resolución. La atribución de eficacia será forzosamente parcial cuando no concurran los requisitos o se aprecien óbices para efectuarla respecto de todos los pronunciamientos contenidos en la resolución extranjera. Pero, por supuesto, nada impide que sea el propio litigante interesado quien, desde un inicio, se limite a solicitar esa atribución parcial de eficacia.

6. La adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento

19. La LCJIC ha optado por incorporar la figura de la adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento, siguiendo con ello también una de las novedades importantes del RB I bis en materia de reconocimiento y ejecución (art. 54). En concreto, el artículo 44.2 LCJIC establece que las medidas desconocidas en nuestro ordenamiento se adaptarán a medidas conocidas que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, con dos salvaguardas: i) con la adaptación no se les dará más efectos que los que tuvieran con arreglo al ordenamiento de su Estado de origen; ii) la adaptación podrá ser objeto de impugnación. Por su parte, el artículo 57 se refiere, en términos similares, a la «adecuación» de instituciones jurídicas extranjeras que habrá de realizarse por notarios y funcionarios públicos españoles cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos extranjeros. Finalmente, la Ley vuelve a abordar la adaptación en el artículo 61, esta vez al ocuparse de la inscripción en registros públicos de resoluciones o documentos públicos extranjeros.

20. De ordinario, esta necesidad de adaptación se puede plantear en dos ámbitos diversos. De un lado, el de las medidas provisionales y cautelares, si se tiene en cuenta la diferente regulación que cada ordenamiento hace de la tutela provisional o cautelar, con medidas cuyo contenido y eficacia pueden variar de un Estado a otro. Un juez español puede tener problemas para ejecutar una medida cautelar o provisional, si ésta no coincide con alguna de las previstas en nuestro ordenamiento interno –tanto en su

¹⁰ Cfr. también lo dispuesto en el artículo 52 RB I bis.

¹¹ Así lo recuerda constantemente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando, en relación con el CB o el RB I, ha resuelto cuestiones prejudiciales formuladas en relación con la interpretación de este criterio [sentencias de 28 de marzo de 2000 (asunto C-7/98, *Krombach*), 11 de mayo de 2000 (asunto C-38/98, *Renault*), 2 de abril de 2009 (asunto C-394/07, *Gambazzi*), 28 de abril de 2009 (asunto C-420/07, *Apostolides*), 6 de septiembre de 2012 (asunto C-619/10, *Trade Agency*), 23 de octubre de 2014 (asunto C-302/13, *flyLAL*) y 16 de julio de 2015 (asunto C-681/13, *Diageo Brands*)].

denominación como, sobre todo, en su contenido concreto—. Esto es lo que sucedió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1992¹², que confirmó la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una inscripción hipotecaria judicial provisoria acordada por un tribunal francés, a pesar de que la resolución judicial había recibido el exequátur y a pesar, también, de que la inscripción hipotecaria judicial provisoria francesa es prácticamente equivalente al embargo preventivo garantizado mediante anotación preventiva. Y algo similar se repitió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2004¹³, esta vez con una «hipoteca asegurativa» acordada por un tribunal alemán y cuya inscripción fue denegada por el Registrador «por no reconocer el derecho español la figura de la hipoteca asegurativa tal como se recoge en el ordenamiento de procedencia». Mayores aún pueden ser los problemas si lo que se trata de ejecutar en España es una medida cautelar que opere *in personam*, como las *freezing orders* y *Mareva injunctions* de los sistemas de *common law*.

21. De otro lado, la adaptación también puede ser necesaria para la ejecución de condenas no dinerarias. De hecho, éste parece ser el ámbito que sirvió de base para la introducción de la regla de adaptación en el artículo 54 del RB I bis. En efecto, su origen ha de vincularse con la STJUE de 12 de abril de 2011 en el asunto *DHL Express France*¹⁴, respecto de las dificultades que podría suscitar la ejecución de una *astreinte* dictada por un tribunal francés como complemento de una orden judicial de cesar en la infracción de una marca comunitaria. Se da la singularidad de que la *astreinte* francesa es una multa coercitiva cuyo acreedor es el sujeto perjudicado por la conducta infractora, mientras que en otros ordenamientos, por el contrario, son los Estados quienes ingresan el importe de las multas coercitivas impuestas en caso de infracción de condenas no dinerarias; además, en algunos sistemas jurídicos ni siquiera es posible establecer el importe de la multa coercitiva en la propia sentencia de condena a no hacer, sino que sólo cabrá hacerlo en ejecución, una vez constatado el incumplimiento. Por ese motivo, antes de dictar sentencia firme que contuviera una orden de cesación/prohibición acompañada de una *astreinte*, la *Cour de cassation* francesa planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, para determinar si resulta posible por su parte incluir en su resolución una medida coercitiva llamada a producir efectos en Estados en los que ese tipo de medidas no existen. Para el Tribunal de Justicia, lo relevante no es tanto la ejecución *stricto sensu* de la *astreinte* francesa, tal como está regulada, sino más bien la consecución del objetivo perseguido por la orden judicial de cesar en la comisión de actos de violación de la marca comunitaria¹⁵.

22. La introducción de una regla de adaptación de medidas o instituciones desconocidas (sea en los artículos 44.4, 57 y 61 LCJIC, sea en el artículo 54 RB I bis) tiene, pues, una finalidad doble: ante todo, impedir la denegación del reconocimiento o de la ejecución de una resolución judicial procedente de otro Estado miembro con el único argumento de que la medida u orden que se contiene en la resolución de origen es desconocida en España; y, como corolario de lo anterior, obligar a los tribunales españoles a realizar las labores necesarias para alcanzar el resultado material que se desprende de ella: por eso, en dichos preceptos se habla de «efectos», «finalidad» e «intereses».

23. Debe advertirse, además, que la adaptación no significa necesariamente «conversión»: la LCJIC no exige que de modo forzoso el tribunal requerido deba convertir la orden o la medida de origen en una orden o en una medida nacional; en efecto, si esa conversión fuera posible sin alterar su naturaleza y su eficacia jurídicas no estaríamos ante un problema de adaptación, sino de traducción. Es obvio, sin embargo, que esa conversión resultará posible y adecuada si con ella se consigue dar encaje a la figura extranjera en una figura nacional que le permita desplegar efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares —y sin darle, tampoco, más efectos que los que tenía en origen—. La adaptación, por

¹² RJ 1992\4847.

¹³ RJ 2004\5295.

¹⁴ STJUE de 12 de abril de 2011 (asunto C-235/09, *DHL Express France*).

¹⁵ Desde esa perspectiva funcional, el Tribunal de Justicia concluye lo siguiente: «En el caso de que el Derecho nacional de uno de estos otros Estados miembros no prevea ninguna medida coercitiva análoga a la dictada por dicho tribunal, el órgano jurisdiccional competente de ese Estado miembro deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de dicha prohibición.»

ello, no puede convertir a nuestros jueces –o a nuestros notarios o registradores, en el caso de los artículos 57 y 61 LCJIC– en «creadores» de figuras jurídicas que no existen en nuestro ordenamiento, pero tal vez sí en «moldeadores» de las existentes como forma de cumplir con el mandato constitucional de asegurar la eficacia plena de las resoluciones judiciales que la merezcan¹⁶. Es labor del tribunal o de la autoridad requerida hacer lo necesario para que el litigante que solicita el reconocimiento, la ejecución o la inscripción obtenga la tutela que pretende, con los medios, eso sí, que le ofrece su propio ordenamiento.

24. En consecuencia, si se solicita el exequátur en España de una *freezing order* o de una *Mareva injunction*, lo más lógico sería que el tribunal español, al darle ejecución, decretara el embargo preventivo de los bienes sobre los que se proyecte la medida¹⁷. Del mismo modo, en el supuesto resuelto por la RDGRN de 12 de mayo de 1992 antes comentada, lo lógico hubiera sido que el tribunal español hubiera ordenado el embargo preventivo del bien y su consiguiente anotación preventiva. Y si se pretendiera la ejecución en España de una resolución similar a la recaída en el asunto *DHL Express France*, habría que sostener que el juez español no estaría vinculado por la cuantía de la multa coercitiva establecida en abstracto por el tribunal francés en caso de que resultara disconforme con nuestros límites legales y, sobre todo, que tampoco estaría obligado a establecer que lo recaudado con la multa coercitiva deba entregarse al ejecutante: la adaptación, en definitiva, podría consistir en convertir la *astreinte* en multa coercitiva o, quizá más propiamente, en «sustituir» la *astreinte* por una multa coercitiva.

III. La regulación del reconocimiento

1. Alcance general del reconocimiento

25. El reconocimiento, según se ha apuntado ya antes, sirve para que la decisión extranjera pueda producir en nuestro país todos los efectos que le sean propios, pero que sean diversos de su fuerza ejecutiva; por ello, cabe pensar singularmente en la fuerza de cosa juzgada, en la fuerza declarativa y en la fuerza constitutiva de las resoluciones judiciales. En este punto, resulta ya clásico preguntarse si a través de la institución del reconocimiento únicamente se trasladan de un Estado a otro los efectos –no ejecutivos– que la resolución produce en su Estado de origen (*Wirkungserstreckung*) o si, por el contrario, el reconocimiento sirve para «equiparar» la resolución extranjera a una eventual resolución equivalente que hubiera sido dictada en el Estado de destino (*Gleichstellung* o *Nostrifizierung*). El debate, por supuesto, es complejo y admite muchos matices, pero en términos generales nuestro legislador lo ha zanjado con lo dispuesto por el artículo 44.3 LCJIC, optando de forma nítida por el traslado de efectos: «En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen». Se alinea así con el sistema europeo del CB, el RB I y el RB I bis, según interpretación del Tribunal de Justicia en el asunto *Hoffmann*¹⁸: «Una resolución extranjera reconocida en virtud del artículo 26 del Convenio debe desplegar, en principio, en el Estado requerido los mismos efectos que en el Estado de origen»¹⁹.

26. Según se ha señalado antes, el nuevo sistema de la LCJIC distingue entre reconocimiento y exequátur, atribuyendo al primero un carácter más bien automático (art. 44.1: «se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título»). Lo cierto, sin embargo, es que la regulación legal –de forma similar a lo que sucede en el

¹⁶ El artículo 3.3 LCJIC señala expresamente que nuestros tribunales, al interpretarla y aplicarla, procurarán asegurar «una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares».

¹⁷ De hecho, esto es lo que sucedió en el asunto resuelto por el AAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 9 de junio de 2009, núm. 118/2009 (JUR\2009\439908): se solicitó el exequátur de una *freezing order* acordada por la *High Court of Justice* que se acabó «convirtiendo» en una suma de embargos preventivos respecto de bienes situados en territorio español.

¹⁸ STJCE de 4 de febrero de 1988 (asunto 145/86, *Hoffmann*).

¹⁹ Esta tesis se ha visto confirmada con posterioridad, ya estando en vigor el RB I: cfr. STJUE de 28 de abril de 2009 (asunto C-420/07, *Apostolides*), STJUE de 13 de octubre de 2011 (asunto C-139/10, *Prism Investments*) y STJUE de 15 de noviembre de 2012 (asunto C-456/11, *Gothaer*).

ámbito del Derecho europeo— permite advertir la existencia de varias modalidades de reconocimiento o, si se prefiere, de varias formas de conseguir que las decisiones dictadas en otro Estado desplieguen sus efectos —excepto el ejecutivo— en España. La LCJCI da pie, así, para hablar de reconocimiento «automático», de reconocimiento «incidental» y de reconocimiento «a título principal».

2. El reconocimiento «automático»

27. El reconocimiento de una resolución judicial extranjera en España se puede conseguir, de forma ordinaria, sin necesidad de que el litigante interesado deba promover un procedimiento previo dirigido a que se declare ese reconocimiento. Así, por ejemplo, si el demandado considera que el proceso incoado ante un tribunal español tiene un objeto idéntico a otro ya resuelto definitivamente por un tribunal estadounidense, habrá de limitarse a alegar la excepción de cosa juzgada conforme a las reglas procesales ordinarias (es decir, en su contestación a la demanda). Si el tribunal que conoce del segundo proceso considera que, efectivamente, se produce una identidad entre los objetos de ambos procesos, habrá de sobreseer sin más el asunto, del mismo modo que lo haría si hubiera sido española la sentencia que despliega la autoridad de cosa juzgada.

28. Para conseguir el reconocimiento, el litigante interesado habrá de alegarlo o solicitarlo en el momento oportuno, en función del tipo de procedimiento de que se trate (siguiendo con el ejemplo de la excepción de cosa juzgada, habrá de hacerlo en la contestación a la demanda). Además, y aunque la LCJIC no diga de forma expresa nada al respecto, parece sensato exigirle la aportación de la documentación que el artículo 54.3 LCJIC exige para obtener el exequátur, a saber: a) el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) el documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; c) cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen; d) las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 LEC. En efecto, estos documentos sirven para acreditar, en términos generales, la existencia y contenido de la resolución, así como la concurrencia de los requisitos de que depende la eficacia en España de la resolución extranjera, y no sólo su ejecución.

29. El reconocimiento automático, en sentido propio, se producirá cuando el tribunal competente actúe teniendo en cuenta la eficacia de la resolución extranjera en los mismos términos en que la tendría si hubiera sido dictada por un tribunal nacional: así, v.g., cuando estima la excepción de cosa juzgada en la audiencia previa al juicio; o cuando dicta sentencia apreciando la eficacia positiva de la cosa juzgada de una sentencia estadounidense. El «automatismo ordinario» del reconocimiento consiste, por tanto, en que la resolución extranjera despliegue sus efectos sin que se cuestione en ningún momento que no deba hacerlo por su condición de resolución extranjera. Es evidente, v.g., que puede plantearse en el proceso si una sentencia estadounidense debe desplegar o no efectos de cosa juzgada en España, porque el demandante discuta que no concurre la necesaria identidad de objeto. Ahora bien, no por ello dejamos de estar ante una situación de reconocimiento automático, si no se cuestiona que no deba producir sus efectos propios por el hecho de ser una sentencia extranjera: al fin y al cabo, no se pone en entredicho que hipotéticamente la resolución pueda ser eficaz, sino que se discute, de forma diversa, si por su contenido debe desplegar el efecto que pretende —en este caso— el demandado.

3. El reconocimiento «incidental»

A) Contexto y cauce procedimental

30. El artículo 44.2 LCJIC contempla igualmente la posibilidad de que se produzca el reconocimiento a título incidental —de forma similar a como lo hace también el artículo 36.3 RB I bis—. La premisa para que se produzca el reconocimiento «a título incidental» es que el litigante interesado invo-

que en un proceso judicial la eficacia de una resolución dictada en otro Estado. Aunque en principio el reconocimiento debería ser automático, es posible que la parte contraria rechace que deba producirse, por la concurrencia de algún motivo que lo impida, *derivado de su condición de resolución extranjera*, es decir, por la ausencia de algún requisito o la concurrencia de alguna causa de denegación del reconocimiento. Cuando esto suceda, el tribunal ante el que se invoque la denegación del reconocimiento será competente para resolver dicha alegación, es decir, para decidir si la resolución debe ser reconocida o no. Será esta decisión adoptada por el tribunal en el contexto del propio proceso la que, de forma incidental, sirve en su caso para otorgarle el reconocimiento; pero, por el mismo motivo, también ha de asumirse la posibilidad de que se produzca una denegación incidental del reconocimiento, en caso de que el tribunal llegue a la conclusión de que merece ser rechazado.

31. La LCJIC no establece un procedimiento específico para que el tribunal decida sobre el reconocimiento a título incidental²⁰: de forma muy genérica –y tal vez imprecisa e impropia– el artículo 43.2 precisa que el tribunal habrá de pronunciarse respecto a dicho reconocimiento «en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales». En muchos casos, de hecho, no será precisa ninguna modificación o adaptación procedimental, en la medida en que la alegación de los motivos de denegación del reconocimiento se suele sostener en documentos o valoraciones jurídicas (v.g., acerca de la eventual existencia infracción del orden público).

32. Retomemos, en esta línea, el ejemplo de la excepción de cosa juzgada. El demandado alegará la excepción de cosa juzgada –fundada en sentencia estadounidense– en su contestación a la demanda; el actor podría impugnar sin más el reconocimiento en la audiencia previa al juicio, aportando los documentos o simplemente formulando las alegaciones y argumentaciones que sostengan el motivo de denegación en que sostiene su pretensión; y el tribunal habrá de tomar su decisión en la propia audiencia previa, en vista del debate contradictorio que se desarrollará en la propia audiencia previa al respecto. Si, por el contrario, se tratase de hacer valer la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material de una sentencia estadounidense, la «normalidad procedimental» sería aún más patente: la eficacia se alegaría por el actor en su demanda o por el demandado en su contestación; se impugnaría, respectivamente, en la contestación o en la audiencia previa; sería objeto de prueba conforme a las reglas generales y de alegación en el propio acto del juicio; y se decidiría al respecto en la sentencia. En caso de que no pudieran encajarse los debates y la decisión en el curso normal del procedimiento tendrá sentido la tramitación de un incidente, que podrá ser de previo o de especial pronunciamiento en función del tipo de eficacia cuyo reconocimiento se pretenda.

B) Efectos del reconocimiento incidental

33. La LCJIC ha querido ocuparse también de los efectos de la resolución judicial que se pronuncia sobre el reconocimiento a título incidental²¹. A tal fin, el último inciso del artículo 44.2 señala cómo «La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera». Está claro que un pronunciamiento que acceda al reconocimiento incidental de una resolución no puede equivaler a un exequátur y que, por tanto, no exime a su beneficiario de pasar por el procedimiento de exequátur si pretende más tarde impetrar la ejecución forzosa de una resolución extranjera. Si éste es el sentido en que ha de interpretarse el precepto, resulta razonable y cumple el objetivo de disipar toda duda al respecto.

²⁰ Llama la atención que, sin embargo, el legislador haya optado por una respuesta diferente cuando nuestros tribunales deban reconocer –o no– a título incidental una resolución procedente de otro Estado miembro de la UE al amparo del RB I bis. En tal caso, la DF 25ª, apartado 1, regla 2ª LEC establece que habrá de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 388 y siguientes de la propia LEC, con lo que se remite al procedimiento para tramitar las cuestiones incidentales. Y téngase en cuenta que esta disposición ha sido introducida en la LEC por la Disposición Final 2ª de la propia LCJIC.

²¹ En términos similares a lo establecido cuando dicho pronunciamiento se emite en un contexto de aplicación del RB I bis, según lo dispuesto en la DF 25ª, apartado 1, regla 2ª LEC.

34. Ahora bien, también puede pensarse que con este precepto pretende el legislador, de forma indirecta, denegar efectos de cosa juzgada al pronunciamiento, pues sólo así se explicará que no comporte un óbice para el procedimiento de exequátur. En este punto, me parece que el término «incidental» puede haber inducido al legislador al equívoco de considerar que en todo caso el tribunal se pronuncia al efecto de forma sumaria y no idónea para producir efectos de cosa juzgada: en efecto, suele ser habitual sostener que las decisiones tomadas de forma incidental no producen efectos de cosa juzgada, de modo que pueden ser cuestionadas en otro proceso. A mi juicio, en el contexto que nos ocupa, el énfasis del término «incidental» debe ponerse sólo en la idea de que la decisión se toma en el mismo proceso en que se pretende el reconocimiento; pero eso no excluye el debate contradictorio y plenario de las partes acerca de la procedencia o no del reconocimiento, por lo que, presupuestas estas condiciones, no habría motivos para denegar efectos de cosa juzgada a la decisión sobre el reconocimiento –sin perjuicio, por supuesto, de la libertad del legislador para decidir excluir la eficacia de cosa juzgada a este tipo de resoluciones–.

4. El reconocimiento a título principal

35. La LCJIC –siguiendo en esto, nuevamente, el modelo del RB I bis– también contempla la posibilidad de que el reconocimiento de una resolución sea el objeto de un pronunciamiento a título principal, esto es, de un pronunciamiento que se dicte al término de un proceso tramitado *ad hoc*, cuyo objeto sea precisamente determinar si una resolución extranjera cumple o no las condiciones para ser eficaz en nuestro país.

36. En la medida en que esta decisión no se produce en el contexto de un proceso ya abierto, puede decirse que se abre con ello la puerta al ejercicio de acciones de carácter «preventivo» respecto del reconocimiento de una decisión, cuya finalidad es adelantarse a la estrategia procesal del adversario. En concreto, cabe al amparo de la LCJIC el ejercicio judicial a título principal de dos pretensiones de contenido opuesto y que han de tramitarse por los cauces del procedimiento de exequátur.

37. En primer lugar, se puede hacer valer una acción dirigida a declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial (art. 42.1)²², que puede servir a dos fines. Si la resolución tiene fuerza ejecutiva, permite obtener de forma conjunta la declaración de ejecutividad. Y, al margen de que la tenga o no, también puede ser de utilidad para desactivar una posible impugnación posterior del reconocimiento: la existencia de una sentencia con este contenido desplegaría efectos positivos de cosa juzgada en un proceso o expediente posterior, de modo que la alegación de que la resolución no debe reconocerse habría de ser en todo caso desestimada. Por ello, es lógico entender que este tipo de acción sólo se ejercerá cuando se sospeche que la parte a la que perjudica el reconocimiento pueda, llegado el momento, tratar de rechazarlo; pero la Ley no exige expresamente una impugnación previa –oficial u oficiosa– como requisito para su ejercicio.

38. Junto a ella, el artículo 42.2 LCJIC admite una acción de contenido contrario²³, encaminada a obtener un pronunciamiento que declare que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46. De este modo, la parte que teme que se invoque frente a ella una decisión extranjera que no es susceptible de reconocimiento puede, preventivamente, desactivar la estrategia procesal de su adversario consiguiendo una declaración en este sentido, cuya fuerza de cosa juzgada garantizaría el éxito de una eventual impugnación del reconocimiento, en caso de que el adversario llegara a intentarlo; o, en su caso, desactivaría cualquier intento por su parte de obtener la ejecución forzosa.

²² Tal y como la define la LCJIC, es parcialmente diversa en su enfoque a la prevista por el artículo 36.2 RB I bis, que de forma más certera admite el ejercicio de una acción dirigida a que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el artículo 45 del propio RB I bis, con lo que se instituye una acción declarativa negativa.

²³ Similar a la contemplada por el artículo 38 b) RB I bis.

5. La regla especial en materia de acciones colectivas

39. El artículo 47 LCJIC incorpora a nuestro ordenamiento una norma especialmente novedosa, que aborda el reconocimiento en nuestro país de las resoluciones dictadas en otros países a resultas del ejercicio de acciones colectivas, especialmente cuando obedecen a la tipología de las *class actions* estadounidenses (y así lo advierte la propia Exposición de Motivos de la Ley). En efecto, debido a la internacionalización de las relaciones jurídicas, son más frecuentes los conflictos transfronterizos susceptibles de conformar el objeto de un proceso colectivo: cada vez resulta más fácil imaginar que una conducta dañosa —o una pluralidad de conductas dañosas homogéneas— produzca la lesión de los derechos o intereses de un conjunto de sujetos, determinados o no, que estén domiciliados en Estados diversos. Así ocurre, de hecho, en el ámbito de las llamadas *securities class actions* estadounidenses, acciones colectivas en materia de productos financieros, que se interponen por los inversores cuando ciertas empresas o profesionales del sector, con ocultación o alteración de datos o de riesgos, les inducen a realizar operaciones en mercados secundarios que acaban produciendo pérdidas. A menudo, dada la fuerte internacionalización de las inversiones bursátiles, los inversores en defensa de cuyos derechos se interpone la demanda colectiva son en parte sujetos domiciliados fuera de Estados Unidos y, más aún, también sucede que se vean (co)demandadas en Estados Unidos empresas extranjeras, debido a que sus acciones y productos cotizan en mercados de valores de ese país²⁴. Entre las más conocidas se hallan las formuladas frente a las empresas Vivendi (francesa), Alstom (francesa) y Royal Dutch Shell (holandesa)²⁵. En consecuencia, el sistema de las *class actions* estadounidenses puede acabar afectando, como demandantes y/o como demandados, a personas que no están domiciliadas en Estados Unidos²⁶; es más, resulta posible que, sin haberlo llegado a saber siquiera, un sujeto domiciliado en España forme parte del grupo de sujetos que integran una *class* o una *subclass*, en defensa de la cual se está ejercitando una acción colectiva al otro lado del Atlántico. Esto conduce a que en otros países —en España, en lo que ahora importa— se pueda acabar planteando la eficacia de la sentencia o de la transacción que ponga fin al proceso originado en Estados Unidos por el ejercicio de la *class action* y, más en concreto, su eficacia preclusiva respecto de los miembros de la clase demandante que no han intervenido directamente en el proceso, pero cuyos derechos e intereses se han hecho valer en él, pues no han optado por desvincularse del proceso colectivo (es decir, de los llamados *absent class members*)²⁷. Una respuesta favorable al reconocimiento significa que los tribunales españoles rechazarían el posterior ejercicio de acciones individuales en España por parte de cualquiera de esos *absent class members* frente a quien hubiera sido demandado en Estados Unidos (y podrían ser personas o empresas españolas).

40. El artículo 47 supedita el reconocimiento y, más en concreto, la oponibilidad en España de estas resoluciones frente a afectados que no se hayan adherido expresamente a la acción colectiva a los tres siguientes requisitos:

41. a) Notificación: es necesario «que la acción colectiva extranjera haya sido comunicada o publicada en España por medios equivalentes a los exigidos por la ley española». Esta regla, de momento, comporta una remisión a los estándares que establece el artículo 15 LEC respecto de los procesos para la tutela colectiva de consumidores y usuarios, aunque es importante subrayar que lo dispuesto en la LCJIC no limita su ámbito de aplicación a la tutela de estos sujetos. Como es sabido, el artículo 15 LEC contempla

²⁴ Para un análisis más exhaustivo y para referencias bibliográficas detalladas, cfr. mi trabajo “Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16 (2012), pp. 261-290.

²⁵ Para una explicación sucinta de los tres, cfr. R. NAGAREDA, “Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism”, 62 *Vand.L.Rev.* (2009), pp. 1-52, pp. 33-41.

²⁶ Cfr. al respecto S. ISSACHAROFF / G.P. MILLER, “Will Aggregate Litigation come to Europe?”, 62 *Vand. L. Rev.* (2009), pp. 179 y ss., esp. pp. 197-202; B. HESS, “Cross-border Collective Litigation and the Regulation Brussels I”, *IPRax*, 2010-2, pp. 116-121; H. MUIR-WATT, “Brussels I and Aggregate Litigation or the Case for Redesigning the Common Judicial Area in Order to Respond to Changing Dynamics, Functions and Structures in Contemporary Adjudication and Litigation”, *IPRax*, 2010-2, pp. 111-116.

²⁷ También puede condicionar que se pueda ejecutar la sentencia o el acuerdo en España; pero esto, en la práctica, resultará algo extraño e innecesario, pues lo previsible será el cumplimiento voluntario o la ejecución en Estados Unidos.

dos posibilidades a la hora de promover que los sujetos afectados por el hecho dañoso que motiva la acción colectiva puedan conocer la existencia en sí del proceso: (i) que los sujetos perjudicados estén identificados o sean fácilmente identificables, en cuyo caso es necesario efectuar una primera comunicación personal de la interposición de la demanda y, después, dar publicidad a la admisión de la demanda por medios de comunicación social de alcance en el lugar donde se hayan producido los hechos dañosos; (ii) que los sujetos perjudicados no estén identificados y no sean fácilmente identificables, en cuyo caso debe bastar con el llamamiento colectivo a través de los medios de comunicación social. Así como las notificaciones personales pueden haberse hecho en cualquier lugar (dentro o fuera de España), resulta lógico entender que los llamamientos colectivos han de efectuarse a través de medios de comunicación social que tengan amplia difusión en España o en aquella parte de España en que existan elementos suficientes para entender que se hallan todos los posibles afectados. Para que la notificación pueda considerarse válida, a estos efectos, me parece imprescindible también que se efectúe en lengua española –o en alguna de las lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas– o en un idioma que su/s destinatario/s comprenda/n.

42. b) Opción de desvinculación: es preciso «que dichos afectados hayan tenido las mismas oportunidades de participación o desvinculación en el proceso colectivo que aquéllos domiciliados en el Estado de origen». En consecuencia, si en el ordenamiento de origen se permite la desvinculación del proceso colectivo (*opt-out*), es necesario que el afectado domiciliado en España haya podido acudir a ella en igualdad de condiciones (téngase en cuenta que, habitualmente, el *opt-out* no requiere de formalismos especiales y puede incluso hacerse por medios electrónicos; de hecho, al dar publicidad a la inminencia o a la pendencia de la acción colectiva se informa de la manera para optar por la exclusión). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el tenor literal del precepto no exige de forma expresa que sea posible la desvinculación en el proceso de origen, sino sólo una igualdad de las oportunidades de desvinculación eventualmente existentes. A mi juicio, sin embargo, ha de entenderse que, aunque de forma impropia, la posibilidad de desvinculación debería ser un *prius* inexcusable para permitir reconocer eficacia extraterritorial a una resolución extranjera que se pronuncie sobre una *class action*, por obvias exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías. El artículo 47.1 LCJIC alude asimismo a la posibilidad de participación en el proceso colectivo en el Estado de origen, también como garantía de justicia: una eventual exclusión de los afectados domiciliados en el extranjero, por el hecho de estar domiciliados en el extranjero, daría lugar así a un óbice para el reconocimiento.

43. c) Competencia del tribunal de origen: «la resolución extranjera no se reconocerá cuando la competencia del órgano jurisdiccional de origen no se hubiera basado en un foro equivalente a los previstos en la legislación española». La Exposición de Motivos de la Ley señala que en este punto existe «un control de la competencia del juez de origen más estricto, pues se exige que los foros de competencia en virtud de los cuales conoció la autoridad jurisdiccional extranjera equivalgan a los previstos en la legislación española, no bastando la mera semejanza». El precepto, por tanto, bilateraliza los fueros de los artículos 22 a 22-octies LOPJ, de modo que se entenderá cumplido el requisito, v.g., si el demandado tiene su domicilio, su sede social o su centro de actividad principal en el Estado de origen (*ex art. 22 ter LOPJ*); si la acción colectiva se funda en daños extracontractuales derivados de un hecho dañoso que se haya producido en el territorio del Estado de origen [*ex art. 22 quinquies b) LOPJ*]; si tiene su origen en un contrato que se haya cumplido o deba cumplirse en el Estado de origen [*ex art. 22 quinquies a) LOPJ*]; o si deriva de la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil situado en el Estado de origen [*ex art. 22 quinquies c) LOPJ*].

6. La regla especial sobre resoluciones susceptibles de modificación

44. Como se ha señalado antes, la firmeza es requisito indispensable para la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución de la LCJIC. En asuntos contenciosos la firmeza lleva aparejada la fuerza de cosa juzgada de la resolución, aunque esto no impide su modificación en caso de que cambien las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal al resolver –se trata, claro está, de atenerse a las reglas sobre los límites temporales de la cosa juzgada–. En ciertas materias, de hecho, resulta relativamente

habitual que el transcurso del tiempo altere las bases fácticas sobre las que se asientan las resoluciones judiciales firmes y que, en consecuencia, pueda solicitarse su modificación: así ocurre, v.g., con las condenas al pago de alimentos, vulnerables a los cambios en las necesidades del alimentista o en la capacidad económica del alimentante; o con las resoluciones sobre guarda y custodia de menores, que no escapan a vicisitudes varias, como cambios de domicilio o situaciones sobrevenidas de desatención o maltrato. ¿Qué ocurre cuando resulta necesario hacer operativa en España la modificación de una sentencia dictada en el extranjero y que ya era eficaz en nuestro territorio? El artículo 45 LCJIC es el que se ocupa de esta cuestión, con la rúbrica –un tanto inexacta– de «resoluciones extranjeras susceptibles de modificación». El precepto da cabida a dos posibilidades, aparentemente distintas: a) que la resolución se modifique por los órganos jurisdiccionales españoles, siempre –insisto– que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de la propia LCJIC: b) lo anterior no debe impedir que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles.

45. A mi juicio, semejante distinción no resulta del todo correcta –aunque la incorrección, a efectos prácticos, sea irrelevante–. Y es que, llámese como se llame, todo proceso a través del cual se pretende la modificación de lo dispuesto en una resolución firme anterior es, en rigor, un procedimiento declarativo, aunque se presente externamente como un mero incidente. Lo realmente importante –y lo útil del artículo 45 LCJIC– es que establece la regla de modificabilidad –*lato sensu*– en España de resoluciones extranjeras, con independencia de cuál sea el cauce procedimental para seguirlo, que puede variar en función de la materia o del tipo de resolución. Piénsese, v.g., en una sentencia de divorcio firme dictada por un tribunal estadounidense, que establece una pensión de alimentos a favor de los hijos menores: si resulta que tanto el excónyuge deudor de los alimentos como los hijos residen ahora en España, sería totalmente distorsionador que para obtener una modificación en el importe de la pensión, o para lograr su extinción, hubiera de acudir de vuelta a los tribunales estadounidenses. Obviamente, el artículo 45 LCJIC no contiene una norma de competencia internacional que permita solicitar en todo caso a nuestros tribunales la modificación de resoluciones extranjeras –habrá que aplicar las normas pertinentes a tal fin–; su objetivo, diverso, es el de «disociar» el proceso de origen con la posterior actividad procesal encaminada a obtener un resultado que modifique el contenido de la primera sentencia. No se trata, pues, de atribuir competencia, pero sí de impedir que la desconexión pueda verse como una causa obstativa para la tramitación y resolución de un proceso encaminado a obtener una decisión que produzca un resultado jurídico que modifique el establecido previamente por la resolución extranjera anterior.

IV. El exequátur y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

1. Necesidad generalizada del exequátur para obtener la ejecución

46. Según el régimen de la LCJIC la previa obtención del exequátur es imprescindible para que una resolución judicial firme extranjera pueda ser ejecutada en España (art. 50.1). En esto no hay cambios respecto de la regulación anterior: es necesaria una resolución judicial, el auto de exequátur, de naturaleza constitutiva procesal, que atribuya fuerza ejecutiva en España a la resolución judicial extranjera. El cambio, eso sí, es de enfoque: la regulación ya no se asienta en un sistema de «condiciones» para el exequátur (como sucedía en la LEC de 1881), sino que se parte más bien de una regla favorable a la declaración de ejecutividad, a no ser que se aprecie la concurrencia de ciertas causas de denegación, que son comunes al reconocimiento y al exequátur, plasmadas en el artículo 46 LCJIC²⁸.

²⁸ En el fondo, la jurisprudencia recaída en aplicación e interpretación del régimen de la LEC de 1881 ya había operado *de facto* este cambio de enfoque, pues había transformado buena parte de las condiciones del artículo 954 LEC/1881 en motivos de denegación equiparables a los contemplados en el CB y en el RB I. Cfr. al respecto A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974; F. GASCÓN INCHAUSTI, “El exequátur ante el Tribunal Supremo (Un repaso de la jurisprudencia reciente)”, *Tribunales de Justicia*, 2000-4, pp. 461-473 (accesible también a través del enlace <http://eprints.ucm.es/15918/>); P. JUÁREZ PÉREZ, *Reconocimiento de sentencias extranjeras por el régimen autónomo español: del Tribunal Supremo a los Juzgados de Primera Instancia*, Madrid, 2007.

47. El sistema de la LCJIC, en todo caso, sigue contemplando la existencia de un filtro doble: de un lado, el exequátur como procedimiento *ad hoc* para obtener una declaración formal de ejecutividad de la resolución extranjera, que funciona como barrera frente al automatismo; de otro, el exequátur como control –se haga en el contexto procedimental en que se haga–, esto es, como verificación de que la resolución extranjera no vulnera ciertos estándares mínimos (concretados en las causas de denegación).

48. Como es bien sabido, el RB I bis ha consagrado, en el ámbito reducido de la Unión Europea, la supresión del exequátur como procedimiento previo de homologación, aunque el nuevo sistema europeo mantiene el sistema de control sobre las resoluciones procedentes de otros Estados miembros –con la importante diferencia de que ese control ya no se efectúa con carácter previo en el procedimiento de exequátur, sino que ha de hacerse *a posteriori* en el seno del proceso de ejecución–. La LCJIC no llega tan lejos y es más que razonable que sea así, dado su heterogéneo ámbito de aplicación. De hecho, el tenor literal de la LCJIC ni siquiera explicita –como sí hace el RB I bis y hacía también antes el RB I– que la concurrencia de las causas de denegación del reconocimiento/exequátur sólo sea apreciable a instancia de parte. Si a ello se suma la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos de exequátur (art. 54.8), resulta lógico concluir que en el sistema de la LCJIC también cabe una apreciación de oficio por parte del tribunal de las causas de denegación, lo que redundará en un control potencialmente más intenso, que resulta coherente, por otra parte, con su carácter de norma genérica y supletoria.

2. Exequátur y ejecución

A) Posible acumulación

49. Procedimiento de exequátur y proceso de ejecución son cosas distintas, es obvio. El resultado del primero, si es favorable, conduce a una resolución –el auto de exequátur– que sirve para integrar el título ejecutivo, sin el cual no puede darse comienzo al segundo. Ahora bien, está claro que se encuentran estrechamente relacionados, pues de ordinario se tramita el procedimiento de exequátur con la intención directa de poder lograr después la incoación y desarrollo de la correspondiente ejecución forzosa. Por ello, es frecuente la reclamación de que pueda haber una suerte de conexión funcional entre ambos, de modo que procedimiento de exequátur y proceso de ejecución se sustancien de forma sucesiva o consecutiva, sin solución de continuidad: en otros términos, se reclama que obtenido el exequátur pueda despacharse de inmediato la ejecución, para evitar los perjuicios que el transcurso del tiempo pueden generar; vistas las cosas desde fuera, podría decirse que el procedimiento de exequátur sería una suerte de «trámite previo» al despacho de la ejecución.

50. La LCJIC parece haberse hecho eco de esta demanda en su artículo 54.1, pues permite en él que la demanda de exequátur y la solicitud de ejecución (= demanda ejecutiva) puedan acumularse en el mismo escrito, con la advertencia expresa de que no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequátur. Se trata de una novedad que debe ser bienvenida, que tiene también consecuencias en el plano de la competencia: de forma indirecta, el precepto está atribuyendo competencia para conocer de la ejecución forzosa al mismo tribunal que es competente para conocer del exequátur, en virtud del artículo 52 LCJIC. Esta competencia común es razonable y no resulta incompatible con las reglas ordinarias del artículo 545 LEC, dado que no se contempla en ellas de forma expresa la competencia para la ejecución cuando se trata de títulos ejecutivos extranjeros. La duda que surge, sin embargo, es si se trata de una regla general de determinación de la competencia para la ejecución de sentencias extranjeras homologadas al amparo de la LCJIC o si sólo vale para los casos en que el acreedor solicita conjuntamente exequátur y ejecución. La primera de las opciones choca con el tenor literal del artículo 52 LCJIC, que se refiere expresamente a la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur, pero resulta sensata, sobre todo si se tiene en cuenta que los fueros establecidos guardan estrecha vinculación con la ejecución. Y también puede sostenerse en el artículo 55.1: se establece en él que, recurrido el auto concediendo el exequátur, «el órgano jurisdiccional podrá suspender la ejecución o sujetar dicha ejecución a la prestación de la oportuna caución», lo que podría dar pie a entender que se

trata, en todo caso, del mismo juez. Por su parte, la segunda opción conduciría a resultados que tampoco son insensatos: si se solicitó y se obtuvo únicamente el exequátur (o el reconocimiento a título principal) y con posterioridad se pretende formular demanda ejecutiva, serán de aplicación las reglas generales del artículo 545.3 LEC –no cabría aplicar otras–, de contenido muy similar a las del artículo 52.1 LCJIC.

51. Una vez que el acreedor disponga de auto de exequátur a su favor podrá ya despacharse la ejecución forzosa. La firmeza del auto de exequátur no parece ya condición *sine qua non* para la ejecución forzosa, según se deduce del artículo 55.1 LCJIC, que se acaba de mencionar: la pendencia de un recurso frente al auto permite suspender la ejecución (lo cual presupone que la ejecución ya está abierta) o supeditarla a la prestación de una caución, pero ninguna de estas posibilidades es obligada para el tribunal, que también podría permitir sin más su desarrollo ordinario.

B) Desarrollo de la ejecución forzosa conforme a la LEC. El problema de la caducidad de la acción ejecutiva

52. En todo caso, otorgado el exequátur –y adaptado en su caso el contenido de aquello que debe ser ejecutado–, el desarrollo del proceso de ejecución habrá de ser el ordinario, en función de los establecido por la LEC (art. 50.2 LEC). Se aplicarán así las reglas oportunas del Libro III de la LEC²⁹: es lo que sucederá, v.g., a la hora de determinar cuáles son los bienes susceptibles de embargo, las medidas de garantía de la traba adecuadas, las modalidades de realización forzosa posibles, la oposición a la ejecución o las posibles demandas de tercería, en caso de que se trate de una ejecución dineraria; o con las reglas singulares de ejecución no dineraria, que nuestra LEC asocia a la naturaleza de la prestación objeto de condena (dar cosa mueble, dar cosa genérica, dar un inmueble, hacer personalísimo, hacer no personalísimo o no hacer).

53. De forma singular, el inciso final del artículo 50.2 LCJIC establece que se aplicarán a las resoluciones extranjeras las disposiciones de la LEC relativas a la caducidad de la acción ejecutiva (recuérdese que, conforme al artículo 518 LEC, la acción ejecutiva fundada en resoluciones o transacciones judiciales caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución). Aunque la norma es clara, a mi juicio resulta incorrecta y desafortunada. La regla del artículo 518 LEC está pensada para determinar la duración en el tiempo de la fuerza ejecutiva de los títulos ejecutivos contemplados en ella, que presentan todos el nexo común de haberse generado en nuestro país en el contexto de actuaciones desarrolladas ante órganos judiciales españoles. Es la ley del Estado de origen de una resolución la que determina cuándo tiene y cuándo pierde su fuerza ejecutiva; por este motivo, nuestros tribunales no pueden imponer a las resoluciones judiciales procedentes de otros Estados el plazo de cinco años de caducidad de la acción ejecutiva prevista en el artículo 518 LEC³⁰, aunque éste sí sea exigible a las resoluciones españolas. El propósito del artículo 50.2 LCJIC en este punto parece ser doble³¹: de un lado, evitar una especie de agravio comparativo, ante la diferencia de tratamiento que derivaría de la ejecución en España de sentencias extranjeras que hubieran ganado firmeza hace más de cinco años; de otro, simplificar el análisis y la decisión de eventuales alegaciones de las partes acerca de la eficacia ejecutiva de la resolución sometida a exequátur, que podría requerir un examen de derecho extranjero que, sin duda, retardaría la decisión. Pero no son, a mi juicio, argumentos razonables: los supuestos agravios comparativos son inherentes a la litigación transfronteriza, que comporta por definición la interrelación de sistemas diferentes; y la mayor facilidad o comodidad para el tribunal a la hora de decidir una cuestión compleja tampoco es, por sí sola, de recibo. Al contrario, creo que la opción del legislador choca con el principio de máxima cooperación y de fomento de la tutela judicial efectiva en supuestos transfronterizos (art. 3 LCJIC), así como con la regla general de extensión de efectos del artículo 44.3: imponer un plazo de caducidad que la *lex fori*

²⁹ Y así lo recuerda –de nuevo innecesariamente– la regla 3ª del apartado 2 de la DF 25ª LEC: «La ejecución de resoluciones con fuerza ejecutiva en un Estado miembro se llevará a cabo en España en todo caso conforme a las disposiciones de esta ley».

³⁰ En este sentido, también F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, 2014, p. 273.

³¹ La Exposición de Motivos de la LCJIC se limita a señalar que se trata de algo «especialmente clarificador», como si la claridad fuera por sí misma garantía de acierto en la opción legislativa.

no señala para la sentencia le impide producir en nuestro país los efectos que sí despliega en su Estado de origen. Es más, una aplicación literal de la regla del artículo 50.2 LCJIC podría también conducir al absurdo de permitir una suerte de resurrección de la eficacia ejecutiva –en España– de resoluciones judiciales extranjeras que ya la hubieran perdido en su Estado de origen –si se previera en ellas un plazo inferior al de cinco años de la LEC–.

3. El procedimiento de exequátur

A) Competencia

54. La regla general, establecida por el artículo 52.1 LCJIC, es que la competencia objetiva para conocer de los procedimientos de exequátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. En cuanto a la competencia territorial, se establece un sistema de fueros subsidiarios: i) en primer término, el domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera; ii) en defecto de domicilio en territorio español, se acudirá al lugar de ejecución o en el que la resolución deba producir sus efectos; iii) en último término, el tribunal ante el que se interponga la demanda de exequátur o, lo que es lo mismo, el tribunal que prefiera el demandante. Este último fuero residual suscita cierta perplejidad, pues parece partir de la premisa de que no ha sido posible ubicar ningún lugar en territorio español en que la resolución pueda ejecutarse o producir efectos. Sin perjuicio de que tal situación pueda llegar a darse, tiene más sentido entender que procede aplicarlo cuando resulta posible la ejecución en varios lugares o, sobre todo, cuando los efectos han de producirse de forma genérica en todo el territorio nacional (recuérdese que el procedimiento de exequátur ha de utilizarse también para obtener el reconocimiento a título principal y la declaración de que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento).

55. Junto a ella, la LCJIC ha establecido dos especialidades. La primera (art. 52.2) afecta a la competencia objetiva: no se atribuirá a los Juzgados de Primera Instancia, sino a los Juzgados de lo Mercantil, cuando la resolución judicial extranjera verse sobre alguna de las materias de su competencia (art. 86 ter 2 LOPJ). Se trata, a mi juicio, de una previsión totalmente desacertada. De un lado, no se puede justificar en una hipotética necesidad de respetar la división de atribuciones entre ambos tipos de Juzgado, pues la materia sobre la que haya versado el proceso en el extranjero carece totalmente de relevancia a la hora de decidir sobre su exequátur y a la hora de ejecutarla (ni siquiera en sede de oposición a la ejecución por motivos de fondo, dado lo estrecho de las cauces aducibles al amparo del artículo 556 LEC)³². De otro, y sobre todo, porque al hacer esta división se arrojan también sobre el ámbito del exequátur los arduos problemas de delimitación entre los ámbitos competenciales de ambos tipos de órgano jurisdiccional: ¿de verdad ha querido el legislador dar pie aquí al «peregrinaje» entre tipos de tribunal y al planteamiento de cuestiones de competencia que suscita todavía este problema? Piénsese, además, que habrá resoluciones extranjeras que resuelvan acumuladamente pretensiones pertenecientes unas al ámbito de los Juzgados de Primera Instancia y otras al de los Juzgados de lo Mercantil: ¿habrá que «trocear» su exequátur o volveremos a tener el problema de determinar ante qué tipo de tribunal procede lograr su ejecución de forma conjunta?

56. Por su parte, el artículo 52.3 LCJIC establece otra regla especial, esta vez más razonable: si la parte contra la que se insta el exequátur estuviera sometida a proceso concursal en España y la resolución extranjera tuviese por objeto algunas de las materias competencia del juez del concurso, la competencia para conocer de la solicitud de exequátur corresponderá al juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. Se trata de una previsión lógica, máxime si se tiene en cuenta que la posterior ejecución de la resolución habrá de incardinarse dentro del proceso concursal.

³² Es más, si este argumento fuera decisivo, entonces habría que criticar la falta de atribución de jurisdicción por razón de la materia a los Juzgados de lo Social para tramitar los procedimientos de exequátur en materia de contratos de trabajo, materia ésta que, según se vio, forma parte del ámbito de aplicación de la LCJIC. *De lege lata*, sin embargo, su exequátur está atribuido a los Juzgados de Primera Instancia y, por conexión, también habrá de corresponderles la posterior ejecución forzosa.

57. En cuanto al tratamiento procesal de la competencia, el artículo 52.4 LCJIC se limita a señalar que el tribunal controlará de oficio su competencia objetiva para conocer del proceso. Se trata de una previsión en sí misma innecesaria, dado que el deber de los tribunales de apreciar de oficio su competencia objetiva es genérico (cfr. arts. 238.1 LOPJ y 48 LEC). Puede pensarse, en consecuencia, que su finalidad consiste en aclarar que no resultará posible un control de oficio de la competencia territorial. Pero, en tal caso, se estaría apartando de la regla general del artículo 546 LEC, que sí establece dicho control de oficio en los procesos de ejecución; y no puede olvidarse que, si se acumulan las pretensiones de exequátur y despacho de la ejecución, el juez del exequátur será también el juez de la ejecución.

58. El precepto guarda silencio sobre el tratamiento procesal a instancia de parte. Los términos en que está redactado el artículo 52.4 LCJIC no permiten sostener una exclusión, aunque el legislador posiblemente confía en que los términos tan amplios en que está regulada la competencia territorial conviertan en marginal una posible impugnación de la competencia territorial. No obstante, sí que puede ser problemática la competencia objetiva, según se ha señalado antes. Por eso, si se suscita a instancia del demandado la ausencia de competencia objetiva o de competencia territorial, habrá de formularse por los cauces generales de la declinatoria (sin que sea preciso realizar adaptaciones, dado que el plazo para oponerse a la demanda en este procedimiento es de treinta días).

59. En cualquier caso, el nuevo artículo 22 octies 3 II *if.* LOPJ establece un límite adicional, esta vez en un plano superior, el de la competencia internacional: los tribunales españoles no podrán abstenerse (de oficio) o declinar su competencia (a instancia de parte) cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales extranjeros. Aunque el precepto no lo señale expresamente, cabe entender que ese límite lleva implícita la exigencia de que lo pretendido sea el reconocimiento y la ejecución *en España* de las resoluciones en cuestión.

B) Partes

60. La legitimación activa, según el artículo 54.1 LCJIC, corresponde a «cualquier persona que acredite un interés legítimo». La regla es muy amplia y da cabida no sólo a quien figure como beneficiario directo de la resolución, sino también a otros sujetos. Si lo que se pretende con el exequátur es la ejecución, será difícil imaginar un demandante distinto de quien figure como acreedor según el título (o de quien sea su sucesor), pues sólo ese sujeto podrá obtener después el despacho de la ejecución. En cambio, la extensión de legitimación activa a los titulares de un interés legítimo sí que puede resultar de utilidad cuando se pretenda el reconocimiento a título principal o la declaración de que la resolución no es susceptible de reconocimiento: piénsese, v.g., en los titulares de relaciones jurídicas dependientes de o vinculadas con aquélla que ha sido objeto de enjuiciamiento en la resolución extranjera.

61. En cuanto a la legitimación pasiva, señala el artículo 54.3 LCJIC que la demanda habrá de dirigirse «contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera». La expresión no resulta muy técnica, pues en rigor no se trata de que el solicitante «quiera» hacer valer la eficacia de una resolución contra alguien: de forma diversa, la resolución judicial se pronuncia frente a uno o varios sujetos y el solicitante, eso sí, puede querer limitar su pretensión a uno o varios de los sujetos frente a los que la resolución extranjera le autoriza a hacerlo. Sea como fuere, el precepto está pensando únicamente en los procesos en que con el exequátur se pretende la ejecución o el reconocimiento a título principal; si de lo que se trata es de solicitar la declaración de que la resolución no es susceptible de reconocimiento, entonces lo lógico es extender la legitimación pasiva a cualquier sujeto que pudiera en abstracto pretenderlo (lo que nos lleva a una inversión de la regla del artículo 54.1, esto es, a cualquier persona que pudiera acreditar un interés legítimo).

62. Al margen de las cuestiones de legitimación, el artículo 54.1 LCJIC aclara que será precisa en todo caso la asistencia de letrado y la representación de procurador (al margen, por tanto, de la cuantía que pudiera eventualmente reclamarse en la posterior ejecución). Cabe deducir de ello que también

será precisa la postulación completa en la ejecución posterior de la resolución extranjera, al margen de su cuantía. En todo caso, el artículo 53 señala que los procesos de exequátur forman parte del ámbito de actuaciones judiciales para las que, en su caso, resultará posible la aplicación de las normas generales sobre asistencia jurídica gratuita.

63. Recuérdese, por último, que el Ministerio Fiscal intervendrá siempre en los procesos de exequátur, a cuyo efecto se le dará traslado de las actuaciones (art. 54.8). La voluntad del legislador de que el Ministerio Fiscal siga presente en estos procesos –cuando, sin embargo, se excluye al aplicar el RB I bis– es muestra de que la materia sigue presentando cierto interés público, visible en la índole de algunas de las causas de denegación del reconocimiento y el exequátur. La redacción del precepto, sin embargo, invita a atribuir cierta flexibilidad a la intervención del Ministerio Fiscal, dado que no se exige expresamente que éste emita informe alguno; podrá hacerlo, en consecuencia, sólo cuando lo considere necesario y cabe suponer que sólo lo considerará necesario si advierte la concurrencia de algún motivo de denegación; pero la ausencia de presentación de su informe no podrá demorar la pronta resolución del procedimiento.

C) Sustanciación y decisión

64. La LCJIC ha querido diseñar un procedimiento de exequátur sencillo y totalmente escrito. La solicitud de exequátur se formulará por medio de demanda escrita, conforme a las reglas generales del artículo 399 LEC (art. 54.4), a la que podrá acumularse la pretensión de que se despache ejecución en caso de otorgamiento del exequátur. Además de los documentos procesales ordinarios, será preceptivo acompañar a la demanda los siguientes: a) el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) el documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; c) cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen; d) las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 LEC. Por supuesto, nada impide acompañar documentos adicionales o informes periciales en cuanto al fondo, sobre todo para desactivar posibles o previsibles alegaciones de la parte contraria.

65. La admisión a trámite de la demanda se ajusta al esquema ordinario de distribución de funciones entre el juez y el secretario judicial. En principio, la demanda será examinada por el secretario judicial y ese examen inicial puede arrojar dos resultados. Si el secretario judicial advierte algún defecto procesal subsanable (v.g., la firma de letrado, la aportación del poder al procurador o la acreditación de la representación de una persona jurídica), defectos formales en la demanda o que la documentación es incompleta, requerirá al demandante para que lo subsane en un plazo de cinco días. Si los defectos advertidos no se han subsanado o no son subsanables (= concurre una posible causa de inadmisión, como puede ser la falta de jurisdicción o de competencia), dará cuenta al tribunal para que resuelva en diez días sobre la admisión (art. 54.6).

66. Si el secretario no advierte defectos, o éstos son subsanados en plazo, admitirá a trámite la demanda mediante decreto; lo hará, en cambio, el propio tribunal mediante auto si considera que no concurren los posibles defectos advertidos por el secretario. En cualquiera de los dos casos, de la demanda y de los documentos que la acompañen se dará traslado a la parte demandada, «para que se oponga en el plazo de treinta días». Aunque el artículo 54.5 habla expresamente de «oposición», su naturaleza es la de una contestación escrita a la demanda, conforme a las reglas generales. No obstante, usando un tono más bien pedagógico, el precepto señala que el demandado podrá acompañarle los documentos, entre otros, que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera. La lista, obviamente, no es taxativa, ni en cuanto a los motivos por los que puede oponerse el demandado, ni tampoco en cuanto a los medios para acreditarlos, siempre que sean susceptibles de aportación en ese momento.

67. La actividad procesal se agota, de hecho, con la oposición del demandado. No será posible en ningún caso la celebración de vista oral ni, en consecuencia, la práctica de actos probatorios: el tribunal habrá de tomar su decisión sobre la base exclusiva de la documentación *–lato sensu–* aportada por las partes. Por eso, presentada la oposición o transcurrido el plazo de treinta días sin que el demandado lo haya hecho, el órgano jurisdiccional resolverá por medio de auto lo que proceda en el plazo de diez días (art. 54.7). El contenido del auto, en función también de lo pretendido, será la concesión o la denegación del exequátur o del reconocimiento, de forma total o parcial; o, en su caso, la estimación o la desestimación de la pretensión de que se declare que la resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento.

D) Régimen de recursos

68. El auto que resuelve sobre el exequátur será en todo caso recurrible en apelación, conforme a las reglas generales de la LEC (art. 55.1 LCJIC). Según se apuntó antes, el recurso no tiene necesariamente eficacia suspensiva respecto de la posterior ejecución forzosa: el tribunal podrá suspender la ejecución o sujetarla a la prestación de caución, pero no habrá de hacerlo necesariamente. El precepto, en todo caso, cobra todo su sentido cuando en el mismo escrito se han acumulado la solicitud de exequátur y la del despacho de la ejecución. Cuando esto sucede, el juez que concede el exequátur es el mismo que debe despachar la ejecución, según se vio ya; es más, al tiempo de dictar el auto de exequátur debería proveer también sobre la solicitud de despacho de la ejecución y, salvo que concurriera algún otro motivo para rechazarlo, lo lógico será que ordene de inmediato el comienzo al proceso de ejecución. Y será ese mismo juez el que, en tanto que *juez a quo*, recibirá después el escrito de interposición del recurso de apelación frente al otorgamiento del exequátur³³, de modo que será a él a quien le corresponda decretar la suspensión de la ejecución o la supeditación de su prosecución a la prestación de caución. De hecho, aunque el precepto no lo señale expresamente, es razonable entender que el juez sólo pueda hacer uso de esas facultades a instancia de la parte recurrente, que habrá de formular la correspondiente petición, sea en el propio escrito de interposición, sea en un escrito aparte.

69. En caso de que se opte por la suspensión, parece prudente entender que el tribunal podrá, no obstante, adoptar previamente las medidas de garantía de la traba oportunas, de modo que la suspensión se proyecte, en rigor, sobre los actos propios de la realización forzosa. En cuanto a la caución, habrá de fijarla el tribunal ponderando los intereses en presencia; una vez fijada, debería quedar la ejecución en suspenso en tanto el ejecutante no la prestara, aunque, nuevamente, debería ser posible, en el ínterin, practicar las medidas de garantía que fueran necesarias.

70. El artículo 55.2 LCJIC abre, además, las puertas a la eventual interposición de un posterior recurso de casación o extraordinario por infracción procesal frente a la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, de conformidad con las reglas generales de la LEC. La remisión es muy genérica, de modo que habrá que tener en cuenta la interrelación entre los preceptos de la LEC, su D.F. 16^a y el «Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal», aprobado por el Pleno de la Sala Primera el 30 de diciembre de 2011. Ahora bien, a mi juicio, el artículo 55.2 LCJIC no es superfluo, sino que aporta un doble valor añadido: permite descartar una exclusión *a priori* de estos recursos por razón de la materia; y permite descartar asimismo una exclusión de la casación que su fundara en la eventualidad de que el recurso de apelación fuera resuelto mediante auto, en vez de por sentencia.

E) Medidas cautelares

71. La tramitación del procedimiento de exequátur debería ser rápida, pero no deja de seguirse un procedimiento contradictorio, que alerta al demandado de las intenciones del demandante de obtener

³³ Recuérdese que, por el contrario, el auto por el que se despacha la ejecución no es recurrible (art. 551.4 LEC).

la ejecución forzosa. Para combatir el *periculum in mora* asociado a la espera que comporta la necesidad de tramitar el procedimiento de exequátur, el artículo 54.2 LCJIC señala expresamente que, en conexión al proceso de exequátur, podrá solicitarse también la adopción de medidas cautelares aptas para asegurar la efectividad de la tutela pretendida. La Ley, en este punto, se remite en bloque al régimen de la LEC, tanto en lo relativo al contenido de las medidas (v.g., embargos preventivos si se pretende el exequátur de una condena dineraria), como en cuanto a sus requisitos (incluida la necesidad de prestar caución) y al procedimiento para su adopción. Interesa subrayar ahora dos extremos: (i) de cara a acreditar el *fumus boni iuris*, de ordinario debería bastar con la existencia de sentencia extranjera firme y favorable³⁴; (ii) debería ser posible plantear la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte debitoris* y con carácter previo a la presentación de la demanda de exequátur (que fuera, en su caso, acompañada de la solicitud de despacho de la ejecución), como forma de reforzar el efecto de sorpresa y de desactivar potenciales maniobras fraudulentas del deudor.

4. Las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur

72. El artículo 46.1 LCJIC enumera las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, que también lo son para la denegación del exequátur pues, en el fondo, se trata de las razones que impiden a las resoluciones extranjeras desplegar sus efectos –ejecutivos o no– en nuestro territorio. El elenco que contiene el precepto supone la positivización del régimen a que había conducido la praxis jurisprudencial bajo la vigencia de la LEC de 1881, con claras influencias, además, de lo previsto en la normativa procedente de la Unión Europea (el CB, el RB I y el RB I bis).

73. La concurrencia de alguna causa de denegación se puede hacer operativa de diversas maneras: (i) en el seno de un procedimiento de exequátur encaminado a obtener la ejecución de la sentencia extranjera, tanto si el demandado la alega para oponerse, como si el tribunal la aprecia de oficio; (ii) en términos equivalentes, en el seno de un procedimiento a título principal; (iii) será también el objeto de análisis principal cuando se haya incoado un procedimiento para obtener la declaración judicial de que una resolución no es susceptible de reconocimiento; (iv) por último, cuando se pretenda el reconocimiento de forma incidental en el seno de un proceso judicial en curso, en el que, de nuevo, resultará apreciable tanto de oficio como a instancia de parte.

74. El catálogo de motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución es cerrado. Esto significa que no habrá ninguna otra razón, derivada del carácter transfronterizo de la situación, que permita al tribunal rechazar la eficacia en España de la resolución extranjera³⁵: tan solo la concurrencia de alguna de las causas del artículo 46 LCJIC o la ausencia de alguno de los requisitos de los que depende su aplicabilidad (sustancialmente la materia y la firmeza de la resolución). Cualquier otro motivo que pudiera convertir en ilegítima una eventual ejecución forzosa de la resolución habrá de alegarse en el seno del proceso de ejecución –si puede encajarse en alguno de los tipificados en los artículos 556– o por los cauces del proceso declarativo paralelo o posterior a que se refiere el artículo 564 LEC.

A) La resolución es contraria al orden público [art. 46.1 a)]

75. El concepto de «orden público», en el contexto del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, experimentó en nuestro país una clara evolución tras la entrada en vigor de la Cons-

³⁴ Por ello, aunque la LCJIC no haya llegado en este punto a reproducir lo previsto en el artículo 40 RB I bis, la situación es equivalente.

³⁵ En particular, no me parece aplicable al reconocimiento y ejecución de resoluciones lo dispuesto en el artículo 3.2 LCJIC, en virtud del cual «Pese a no exigirse reciprocidad, el Gobierno podrá, mediante real decreto, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado.» El precepto, a mi juicio, ha de considerarse operativo únicamente en el ámbito de la cooperación judicial en sentido estricto (básicamente, notificación de resoluciones y obtención de pruebas), pero no a la materia que ahora nos ocupa, en la que el artículo 46 parece erigirse en *lex specialis*.

titución: ha de entenderse como el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales, y en especial a las garantías del debido proceso y del juicio justo consagradas en el artículo 24 CE³⁶. Una resolución judicial extranjera lesiona el orden público español, por tanto, si es contraria a alguno de los valores constitucionales esenciales vigentes en España. Con esta premisa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo –seguida por los tribunales inferiores– distingue entre orden público procesal y orden público material.

76. Hay lesión al orden público procesal cuando la sentencia en el extranjero se ha dictado con infracción de alguna de las garantías esenciales del derecho a un juicio justo (pues estas garantías tienen rango constitucional). El control del orden público procesal se construyó inicialmente con ocasión del reconocimiento de las sentencias dictadas en rebeldía, pero la jurisprudencia lo ha generalizado y lo ha extendido a todas las vertientes del derecho fundamental a un juicio justo³⁷.

77. Y hay lesión al orden público material cuando el contenido en sí de la resolución judicial extranjera es contrario a los valores constitucionales. Un ejemplo lo ofrece el asunto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2010³⁸, en el que se pretendía el reconocimiento de una sentencia que ordenaba el arresto de un sujeto por incumplimiento de obligaciones civiles. Son más frecuentes las cuestiones de orden público cuando se trata del reconocimiento de resoluciones en materia de derecho de familia (así ha sucedido, v.g., con divorcios procedentes de países de cultura islámica³⁹). En cualquier caso, este control del orden público material tiene un límite importante: el procedimiento de reconocimiento no permite un nuevo enjuiciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa, pues no es necesario para conceder el reconocimiento verificar si los tribunales españoles habrían llegado a la misma solución que el tribunal extranjero o si esa solución les parece aceptable⁴⁰. De ahí que la prohibición de revisión en cuanto al fondo del artículo 48 deba verse como un límite a la apreciación de que se ha producido una infracción al orden público.

78. Como se verá seguidamente, en el régimen de la LCJIC la vertiente procesal del orden público se ha visto trasladada al subapartado b) del artículo 46.1, de manera que la referencia del subapartado a) se ha de ceñir, primordialmente, al orden público material, aunque habrá de funcionar, en todo caso, como cláusula residual.

³⁶ Cfr. ATC 276/1983, de 8 de junio; STC 54/1989, de 23 de febrero; STC 132/1991, de 17 de junio; ATS de 10 de septiembre de 1996 (RJ 1998\4446). En este sentido, la STC 43/1986, de 15 de abril, señala lo siguiente: «aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución». Este tipo de formulaciones se reiteran constantemente en las decisiones del Tribunal Supremo y de los demás tribunales al pronunciarse sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras [cfr., entre otros, ATS de 24 de diciembre de 1996 (RJ 1997\8394); ATS de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003\87951); STS de 14 de marzo de 2007 (núm. 294/2007)].

³⁷ Cfr., por todos, ATS de 9 de junio de 1998 (RJ 5322).

³⁸ AAP Barcelona (Sección 15ª) de 15 de marzo de 2010 (núm. 32/2010, AC\2010\1203).

³⁹ En relación con Marruecos, cfr. AATS de 8 de junio de 1999 (RAJ 4346), 6 de febrero de 1996 (RAJ 1998\7192) y 17 de septiembre de 1996 (RAJ 1998\2908); respecto de Egipto, cfr. ATS de 21 de abril de 1998 (RAJ 3563). Lo que preocupaba entonces al Tribunal Supremo no era tanto que el Derecho matrimonial se asentara sobre bases religiosas o sociales diversas al nuestro, sino sobre todo, dos cuestiones: que efectivamente lo obtenido en el Estado musulmán fuera una resolución que pone fin de manera definitiva e irrevocable al vínculo, pues hay ciertas modalidades de divorcio que, según nuestros parámetros, no lo serían [cfr. AATS de 8 de junio de 1999 (RAJ 4346), 17 de septiembre de 1996 (RAJ 1998\2908) o 23 de julio de 1996 (RAJ 1998\2907)]; y que se hubiera respetado la igualdad de trato que merecen ambos cónyuges (ATS de 21 de abril de 1998, RAJ 3563). Cuando así sucedía, con independencia del nombre que recibiera la figura, el Tribunal Supremo no encontraba dificultades para otorgar el exequátur, incluso aunque fuera un repudio [cfr. AATS de 8 de junio de 1999 (RAJ 4346); de 27 de enero de 1998 (RAJ 2924), respecto del divorcio o repudio «Khole», mediante compensación; y de 21 de abril de 1998 (RAJ 3563) para un divorcio revocable egipcio, una vez expirado el plazo para la revocación sin que hubiera tenido lugar].

⁴⁰ El Tribunal Constitucional español ha insistido con rotundidad en este límite: cfr. STC 54/1989 y STC 132/1991; también el ATS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\5323).

B) Infracción de los derechos de defensa y rebeldía involuntaria [art. 46.1 b)]

79. El artículo 46.1 b) establece la improcedencia del reconocimiento «Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse». Se acumulan aquí, por tanto, regla general y regla especial: la regla general es la infracción de los derechos de defensa, que puede también verse como la vulneración del orden público en su dimensión procesal; la regla especial es la relativa a las resoluciones dictadas en rebeldía, que no deja de ser un supuesto «típico» en que cabe apreciar lesionado el derecho de defensa del demandado. Pero, en todo caso, debe subrayarse que la rebeldía involuntaria no tiene por qué ser el único motivo de denegación del reconocimiento al amparo de este precepto (piénsese, v.g., en la ausencia de motivación de la resolución cuyo exequátur se pretende).

80. Durante la vigencia de la LEC de 1881, el artículo 954.2 exigía, como condición para el otorgamiento del exequátur, que no se tratara de una sentencia dictada en rebeldía. Durante un cierto tiempo el Tribunal Supremo interpretó este requisito de forma literal y aséptica, pero posteriormente le atribuyó un alcance más limitado, identificándolo con el respeto a los derechos del demandado durante la tramitación del proceso, cerciorándose de que tuvo conocimiento de la existencia de la demanda frente a él en un momento en el que le resultaba razonablemente posible hacer lo necesario para promover una adecuada defensa de sus derechos en el proceso. Por eso, el simple dato de la rebeldía del demandado se convirtió por sí solo en insuficiente para decidir sobre la procedencia del reconocimiento: la rebeldía del demandado en el extranjero era únicamente relevante cuando fuese la prueba de que su derecho de defensa se vio infringido al no tener conocimiento de la existencia del proceso dirigido frente a él. A tal fin, el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores establecieron una distinción clásica entre dos clases de rebeldía, a los efectos del procedimiento de reconocimiento: voluntaria o de conveniencia; involuntaria o forzosa. (i) La rebeldía se calificaba de voluntaria o de conveniencia cuando el demandado era conocedor de la existencia del proceso frente a él en el extranjero y libremente decidía adoptar una actitud pasiva al respecto. Cuando así se demostraba en el procedimiento de exequátur, no había óbice para concederlo⁴¹. (ii) Se hablaba de rebeldía involuntaria o forzosa para designar la situación del demandado que no había comparecido en el proceso porque desconocía su existencia. En la mayoría de los casos, ello se debía a que la notificación para poner en su conocimiento la existencia del proceso y emplazarlo para que pudiera defenderse no produjo el resultado deseado. Cuando al tribunal le constara que fue ésta la causa de la rebeldía, debía denegar el exequátur⁴².

81. La LCJIC asume esta distinción, aunque la formula con los términos que empleaba el antiguo artículo 34.2 RB I, de modo que en lo sucesivo lo relevante será comprobar dos extremos: el tiempo y la forma en que se puso en conocimiento del demandado la existencia del proceso. La regularidad formal de la notificación y el tiempo suficiente para defenderse han de verse como dos exigencias diversas, cuyo respeto permite considerar suficientemente protegido el derecho de defensa del demandado en el proceso de origen: aunque la notificación haya sido regular, procederá la denegación si no se ha producido con tiempo suficiente para defenderse, y viceversa⁴³.

⁴¹ Cfr. ATS de 23 de junio de 1998 (RAJ 6080) y ATS de 17 de febrero de 1998 (RAJ 2674).

⁴² Cfr. ATS de 8 de septiembre de 1998 (RJ 7263), ATS de 2 de junio de 1998 (RJ 7195), ATS de 8 de septiembre de 1998 (RJ 6846) y ATS de 26 de mayo de 1998 (RJ 5345).

⁴³ La LCJIC reconoce en su Exposición de Motivos que no ha querido asumir la evolución que, en este punto, se produjo en el seno del Derecho europeo gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ahora consagrada en el tenor literal del artículo 45.1 b) RB I bis. En las versiones anteriores del CB y del RB I se exigía que la cédula de emplazamiento o documento equivalente se hubiera entregado al demandado «de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse», como mecanismo para obviar la causa de denegación del exequátur por rebeldía del demandado. En un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia optó por atenerse al tenor literal y consideró que se trataba de garantías diferentes [STJUE de 16 de junio de 1981, asunto 166/80, *Klomps*, apartado 15; STJUE de 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, *Lancray*, apartado 13-16; STJUE de 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, *Minalmet*, apartado 13]. La evolución posterior,

82. A la hora de valorar si el demandado ha sido citado de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse, habrá de ser la legislación española –y la doctrina constitucional que la interpreta– la que le proporcione al tribunal los parámetros conforme a los cuales debe medir hasta qué punto tuvo el demandado una oportunidad real de defender sus derechos en el proceso ante el tribunal extranjero, teniendo en cuenta sobre todo el modo en que se comunicó al demandado la existencia del proceso y se le tuvo por emplazado⁴⁴. Los supuestos más habituales de control son aquéllos en los que se usó algún sistema de notificación ficticia (como nuestros edictos) para emplazar al demandado en el extranjero: en estos casos, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el carácter residual que debe atribuirse al emplazamiento por edictos, que obligará al juez del exequátur a cerciorarse de que realmente fuera éste un instrumento último al que se acudió después de intentos reales e infructuosos de proceder a un tipo de notificación personal o con más visos de ser conocida por su destinatario⁴⁵. Para facilitar el análisis del tribunal en este punto el artículo 54.4 LCJIC incluye, entre los documentos de aportación obligatoria junto con la demanda de exequátur, el que acredite la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente.

83. Debe señalarse, asimismo, que nuestro legislador no ha incorporado de forma expresa la cláusula de retorsión que ya figuraba en el RB I y que se ha mantenido en el RB I bis: habrá reconocimiento, aunque la rebeldía hubiera sido inicialmente involuntaria, si el demandado no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo. En el ámbito de vigencia de la normativa europea, pues, se ha de valorar también el eventual margen del que hubiera podido disponer el demandado rebelde para corregir su rebeldía involuntaria en el Estado de origen. La ausencia de una previsión equivalente en la LCJIC puede considerarse un indicio de que nuestro legislador –ordinariamente tan pendiente de la normativa europea– no ha querido que resulte aplicable en nuestro sistema interno, al menos de forma generalizada. Obviamente, en cada caso singular podrá el juez del exequátur extraer las consecuencias que resulten oportunas, puesto que, no se olvide, el parámetro básico para denegar el exequátur es la «manifiesta infracción de los derechos de defensa» y la regulación particular para las resoluciones dictadas en rebeldía se construye usando una técnica presuntiva («si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa...»), que puede admitir excepciones y variaciones en función de las concretas circunstancias de cada caso.

C) Control de la competencia del tribunal de origen [art. 46.1 c)]

84. El control de la competencia del tribunal de origen es uno de los extremos que, de manera clásica, ha de abordar el juez del exequátur⁴⁶. La LEC de 1881 no aludía a ella de forma expresa en su artículo 954, pero la jurisprudencia acabó incorporándolo al elenco de requisitos para otorgar el exequátur, en términos similares a los que ahora se contienen en el artículo 46.1 c) LCJIC: no habrá reconocimiento «Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si

sin embargo, determinó que el TJUE considerase que lo procedente, en términos generales, fuera analizar realmente si el demandado había estado en condiciones de defenderse, sin que fuera necesario enzarzarse en disquisiciones acerca de la regularidad formal de la notificación conforme a la legislación del Estado de origen (Sentencia de 11 de junio de 1985, asunto 49/84, *Debaecker*, apartado 20; Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-283/05, *ASML*, apartado 47). Por eso, la nueva versión incorporada al artículo 45.1 b) RB I bis ya no exige que la entrega de la cédula se haya producido «de forma regular», sino que, de manera más genérica, se quiere que se haya producido «de forma tal (...) que pueda defenderse». El legislador europeo ha pretendido con ello poner el énfasis en que el enfoque del precepto es la salvaguarda del derecho de defensa del demandado en el Estado de origen y no tanto –o no sólo– el respeto a la normativa nacional o internacional con arreglo a la que se llevó a cabo la notificación.

⁴⁴ Así, al menos, lo sostuvo nuestra jurisprudencia durante la vigencia de la LEC de 1881: cfr. STC 98/1984, de 24 de octubre; STC 43/1986, de 15 de abril; STC 54/1989, de 23 de febrero; STC 132/1991, de 17 de junio; ATS de 2 de febrero de 1999 (RJ 788); ATS de 26 de enero de 1999 (RJ 194); ATS de 8 de septiembre de 1998 (RJ 6846); AATS de 8 de octubre de 1996 (RJ 1998\5339 y 5340); o ATS de 28 de abril de 1998 (RJ 3593).

⁴⁵ Cfr. ATS de 2 de febrero de 1999 (RJ 788); ATS de 8 de septiembre de 1998 (RJ 6846); ATS de 19 de mayo de 1998 (RJ 4451); ATS de 7 de abril de 1998 (RJ 3560).

⁴⁶ Cfr. A. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986.

la competencia del juez de origen no obediere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española». En consecuencia, el control de competencia del tribunal de origen se efectúa en un doble nivel.

85. En primer término, ha de verificarse que no se haya producido una infracción a las competencias exclusivas de los tribunales españoles (tal y como se encuentran definidas actualmente en el artículo 22 LOPJ): no se reconocerán efectos en España a resoluciones dictadas en procesos que se han incoado respecto de asuntos en relación con los cuales, para la ley española, sólo pueden pronunciarse los tribunales españoles.

86. Cuando el litigio versa sobre materia para la que no existe competencia exclusiva de nuestros tribunales, habrá que verificar que éste presenta una conexión «razonable» con el foro al que acudió el demandante y en el que se dictó la resolución que se quiere reconocer. A la hora de medir la concurrencia de esa conexión razonable, el legislador ha optado por una bilateralización moderada de los fueros de competencia internacional previstos en nuestra legislación interna: se presume la conexión razonable si el tribunal de origen ha usado «criterios similares» a los que habrían usado nuestros tribunales en situación análoga; y esto, a fin de cuentas, conduce a efectuar una especie de «comparativa» para comprobar si, en una situación análoga e inversa, un tribunal español se podría haber declarado competente para conocer del litigio⁴⁷. El precepto, con ello, quiere evitar que los demandantes, de forma fraudulenta, busquen un «foro de conveniencia» en el extranjero, es decir, opten por acudir a tribunales de Estados que les puedan ser más favorables, si no existe fundamento suficiente para atribuirles competencia⁴⁸. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el precepto habla de «criterios similares» y no de «criterios equivalentes» o «foro equivalente», como se hace, respectivamente, en los artículos 39.1 a) para la litispendencia internacional y 47.2 LCJIC para el reconocimiento de sentencias dictadas respecto de acciones colectivas. Ello indica, a juicio de la propia Exposición de Motivos de la LEC, que resulta posible una mayor flexibilidad, de modo que pueda considerarse razonable un criterio de conexión, a pesar de que no esté como tal positivizado en nuestro sistema interno, si su *ratio* es compatible con la que inspire nuestra regulación en ese punto.

D) Inconciliabilidad de resoluciones [art. 46.1 d) y e)]

87. Siguiendo en este punto de forma bastante literal las previsiones del CB, del RB I y del RB I bis, el artículo 46.1 LCJIC prevé la denegación del reconocimiento «Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España» [(subapartado d)] y «Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España» [subapartado e)].⁴⁹

⁴⁷ Así, por ejemplo, si se trata de demandas encaminadas a obtener la reparación de daños y perjuicios, el punto de conexión más razonable es el del lugar donde los daños se han ocasionado [como proclamaron el ATS de 24 de diciembre de 1996 (RJ 1997\8394), el ATS de 13 de noviembre de 2001 (JUR 2002\608) o el ATS de 20 de enero de 2004 (JUR 2004\54318)].

⁴⁸ Bajo la vigencia de la LEC de 1881 se expresaba este temor, entre otros, en el ATS de 24 de diciembre de 1996 (RJ 1997\8394), el ATS de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998\9009), el ATS de 20 de julio de 1999 (RJ 5237), el ATS de 13 de noviembre de 2001 (JUR 2002\608), el ATS de 28 de mayo de 2002 (JUR 2002\159025) o el ATS de 20 de enero de 2004 (JUR 2004\54318).

⁴⁹ El término «inconciliabilidad» está tomado directamente de los textos procedentes del Derecho europeo (figuraba en el artículo 27 CB y de él pasó al RB I y al RB I bis). El Tribunal de Justicia ha querido ofrecer una cierta definición de lo que ha de entenderse por inconciliabilidad a los efectos de denegación del reconocimiento y la ejecución en la sentencia *Hoffmann* (apartado 22) en los términos siguientes: «Para determinar si son inconciliables en el sentido de dicha disposición, ha de examinarse si las resoluciones de que se trata implican consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente». Y se ha querido seguir ateniendo a ella en la sentencia dictada en el asunto *Italian Leather*, en la que, además, se insiste en la apreciación de que son las *consecuencias jurídicas* de las resoluciones las que han de ser incompatibles, al margen de los requisitos internos de los que dependa su adopción (STJUE de 6 de junio de 2002, asunto C-80/00, apartados 40 y 44). En todo caso, no deja de ser una definición abierta, que habrá de ser integrada en cada concreta situación por el tribunal ante el que se inste la denegación del reconocimiento o de la ejecución y que guarda cierto paralelismo con la expresión que usa el artículo 76.1.2º LEC para definir la procedencia de la acumulación de procesos: «tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes».

88. En efecto, no puede permitirse que despliegue efectos en España una resolución extranjera cuando su contenido choca con el de otra resolución que ya es previamente eficaz dentro de nuestras fronteras: ello chocaría con la fuerza de cosa juzgada de la resolución previamente eficaz en España, con una eficacia negativa o excluyente que impide la concesión del reconocimiento o el exequátur a la resolución extranjera. Esta eficacia se les ha de reconocer, en primer término, a las resoluciones españolas⁵⁰, pero también a otras resoluciones extranjeras siempre que ya sean eficaces en España –o, como reza el precepto literalmente, si reúnen las condiciones necesarias para su reconocimiento en España– en el momento en que se solicita el reconocimiento o el exequátur de la otra resolución extranjera⁵¹.

E) Litispendencia [art. 46.1 f)]

89. Finalmente, el último de los apartados del artículo 46.1 LCJIC determina la denegación del reconocimiento «Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero». Se acoge así la corriente jurisprudencial que ya se había abierto paso durante la vigencia de la LEC de 1881⁵². Se concede, con ello, preferencia a la eventual resolución que se dicte con carácter firme en nuestro Estado frente a la resolución extranjera, aunque esta segunda sea por definición anterior a aquélla. Ahora bien, para evitar abusos y fraudes, se precisa que la litispendencia sólo puede constituir un óbice al reconocimiento si el proceso judicial en España se inició antes que el proceso judicial en el extranjero que condujo a la resolución cuyo reconocimiento se pretende, pues de lo contrario se podrían iniciar procesos nacionales con el único propósito de impedir una eficacia futura de la sentencia que se dictara en el proceso extranjero⁵³.

5. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales

90. El régimen de la circulación transfronteriza de las resoluciones por las que se adoptan medidas provisionales o cautelares se establece de forma tortuosa en el artículo 41.4 LCJIC, con ocasión de la delimitación del ámbito de aplicación del nuevo sistema: «Sólo serán susceptibles de reconocimiento y ejecución las medidas cautelares y provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria.»

91. La regla general, por tanto, es desfavorable a la eficacia en España de este tipo de resoluciones, tal vez como forma de cortar de raíz los múltiples problemas prácticos que podrían suscitarse (empezando por la propia definición de lo que debe entenderse como medidas cautelares y medidas provisionales⁵⁴). De hecho, en versiones iniciales de la LCJIC la exclusión era radical, de modo que el texto vigente es el resultado de enmiendas en sentido contrario. En todo caso, la situación no resulta satisfactoria, por dos razones.

92. En primer término, porque en la práctica será arduo determinar en qué casos sí –y en qué casos no– la denegación de la eficacia en España de una resolución extranjera acordando una medida

⁵⁰ Bajo la vigencia del sistema de la LEC de 1881 este requisito había sido objeto de incorporación jurisprudencial: cfr. ATC 703/1986, de 17 de septiembre; ATS de 24 de diciembre de 1996 (RJ 1997\8394); ATS de 7 de abril de 1998 (RJ 3560); ATS de 6 de octubre de 1998 (RJ 7329); ATS de 1 de diciembre de 1998 (RJ 10543); ATS de 20 de julio de 1999 (RJ 5237); ATS de 28 de mayo de 2002 (JUR 2002\159025); ATS de 11 de marzo de 2003 (JUR 2003\87983); o ATS de 8 de julio de 2003 (JUR 2003\206114).

⁵¹ Durante la vigencia de la LEC de 1881, cfr. ATS de 12 de mayo de 1998 (RAJ 4448) o ATS de 28 de abril de 1998 (RAJ 3595).

⁵² Cfr. ATS de 19 de enero de 1999 (RJ 186), en relación con un laudo arbitral extranjero; ATS de 22 de diciembre de 1998 (RJ 10803), al amparo del convenio bilateral con Francia; ATS de 28 de abril de 1998 (RJ 3595); ATS de 20 de junio de 2000 (RJ 4656).

⁵³ Cfr. ATS de 20 de marzo de 2001 (RJ 5520); ATS de 14 de octubre de 2003 (JUR 2003\261670); en doctrina, J. MASEDA RODRÍGUEZ, “*Exequatur* y carrera de procedimientos: la ineficacia de los medios procesales”, *Tribunales de Justicia*, 1998-3, pp. 297-304.

⁵⁴ Para un recorrido comprensivo de las dificultades que ha suscitado la materia en el ámbito del Derecho de la UE, cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015-1, pp. 55-78.

provisional o cautelar comportará una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Desde luego, tratándose de medidas cautelares *stricto sensu*⁵⁵, hace ya muchos años que la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional las incardina dentro del haz de facultades asociadas al artículo 24.1 CE, de modo que lo normal debería ser partir de la premisa de que la denegación de su reconocimiento o exequátur será lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso de medidas provisionales extranjeras que no obedezcan estrictamente a la lógica de la tutela cautelar⁵⁶, en cambio, el margen de apreciación puede ser más amplio, pues con mayor frecuencia el recurso a estas técnicas de tutela provisional obedece más a razones de conveniencia que de estricta necesidad.

93. En segundo término, por la exigencia de su adopción previa audiencia de la parte contraria, sin ningún tipo de excepción. Está claro que con ello el legislador ha querido evitar trasladar a España la eficacia de resoluciones que, tal vez, se han adoptado no sólo *inaudita parte debitoris*, sino con infracción de los derechos de defensa del demandado. Pero la redacción del precepto impide una mínima flexibilidad al respecto, especialmente si pudiera acreditarse que el demandado ya conoce la resolución cautelar dictada frente a él en el extranjero y ha podido impugnarla en él. Se ha optado, pues, por una asunción férrea de la doctrina sentada inicialmente por el Tribunal de Justicia europeo en el asunto *Denilauler*, a pesar de los matices que posteriormente aportó el propio Tribunal⁵⁷ –sin olvidar, tampoco, que en el nuevo RB I bis el legislador europeo se limita a exigir la notificación de la resolución provisional o cautelar en el Estado de origen, pero no su adopción contradictoria.

94. Sea como fuere, en los casos en que se cumplan las condiciones marcadas por el artículo 41.4 LCJIC, las medidas cautelares o provisionales adoptadas en el extranjero desplegarán sus efectos en nuestro país con sujeción al resto de reglas, requisitos y óbices contemplados por el texto legal.

6. Reconocimiento y ejecución de transacciones judiciales

95. Con arreglo al régimen de la LCJIC también es posible que desplieguen efectos en España las transacciones judiciales extranjeras, definidas por el artículo 43 d) como «todo acuerdo aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado en el curso del procedimiento» –en términos equivalentes al artículo 2 b) RB I bis–. El único límite a su reconocimiento lo establece el artículo 46.2 LCJIC y es la contrariedad con el orden público –sin que, por tanto, se apliquen las demás causas del artículo 46.1, básicamente porque cabe considerar que el acuerdo expreso de los litigantes que figura en la transacción tiene virtualidad para sanar otros posibles óbices–.

96. Nada habrá de especial si lo que se pretende es la ejecución en España de un acuerdo transaccional extranjero: una vez obtenido el exequátur, la ejecución se desarrollará conforme a las reglas generales dispuestas para los títulos judiciales.

97. Mayores dudas, sin embargo, puede generar su posible «reconocimiento», que la LCJIC parece admitir expresamente en el artículo 46.2⁵⁸. En efecto, además de esta eficacia ejecutiva, se discute con viveza si las transacciones son susceptibles o no de producir efectos de cosa juzgada o, al menos,

⁵⁵ Es decir, de resoluciones que se adoptan ante situaciones de *periculum in mora* y sobre la base de un *fumus boni iuris*, como remedio necesario para evitar que el transcurso del tiempo pueda privar de eficacia a la sentencia que pretende obtenerse en un proceso declarativo en curso o de incoación inminente. Cfr. también la definición ofrecida por el Tribunal de Justicia europeo en su sentencia de 26 de marzo de 1992 (asunto C-261/90, *Reichert*).

⁵⁶ Como sucede, v.g., con el *référé-provision* francés o el *kort geding* holandés.

⁵⁷ Cfr. Sentencia de 21 de mayo de 1980, asunto 125/79. Con posterioridad, en su sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, *Mærsk Olie & Gas*, apartados 48-51, el Tribunal señaló que lo relevante no era el hecho en sí de que una resolución se hubiera acordado tras un procedimiento no contradictorio, sino más bien que no hubiera podido ser sometida a contradicción en el Estado de origen antes de instar su ejecución en otro lugar. E insistió en ello posteriormente, en la sentencia *Gambazzi* (apartado 23).

⁵⁸ A diferencia del RB I bis que –al igual que los textos que lo precedieron– tan sólo regula la ejecución *stricto sensu* de las transacciones.

efectos equivalentes a los de la cosa juzgada (lo que nuestra jurisprudencia ha dado en llamar, en alguna ocasión, «fuerza de cosa transigida»). De ello dependerá, en especial, la posibilidad de que la eficacia de una transacción preexistente sea vinculante ante los tribunales españoles (en términos negativos o excluyentes, pero también en términos positivos o prejudiciales)⁵⁹.

7. Ejecución de documentos públicos

98. La LCJIC también admite la ejecución de documentos públicos extranjeros –en relación con ellos no tiene sentido el reconocimiento–. El artículo 43 e) LCJIC define qué se entiende por documento público en términos idénticos a como lo hace el artículo 2 c) RB I bis: «cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin».

99. Qué deba entenderse por autenticidad no es algo que defina la Ley, igual que tampoco lo hace el RB I bis: en mi opinión, con ello se está aludiendo a la *fuerza probatoria plena* que es cualidad o consecuencia de los documentos públicos; un documento es auténtico, por tanto, si conforme al ordenamiento que rige su confección posee el poder de vincular en ciertos extremos a los tribunales y demás autoridades (además de a particulares). El legislador ha querido, en primer término, que la autenticidad de los documentos públicos internos se proyecte sobre un determinado ámbito: la firma y el contenido del instrumento. La referencia a la autenticidad de «la firma» (aunque el precepto se exprese en singular) debe entenderse como la exigencia de que el documento pruebe fehacientemente la identidad del fedatario y de las personas que intervienen en el proceso de confección del documento. Por su parte, que la autenticidad se proyecte sobre el contenido no significa cosa distinta de lo previsto por el artículo 319.1 LEC: que haga prueba plena «del hecho, acto o estado de cosas que consten en los referidos documentos» (y esto engloba también la fecha del otorgamiento, a la que no se refiere expresamente el precepto).

100. Además, quiere la ley que esa autenticidad del documento provenga de la participación en su confección de un determinado sujeto «autorizante»: un poder público u otra autoridad habilitada a tal fin. Lo que debe otorgar autenticidad al documento, por tanto, es la intervención en su confección de un fedatario, que ha de tener la condición de «autoridad pública» o de «autoridad habilitada a tal fin» –por una autoridad pública, se entiende–: se trata de una fórmula deliberadamente amplia y ambigua, dirigida a dar cabida a las diversas fórmulas de organizar el Notariado y las figuras asimiladas en los diversos Estados, de la que únicamente se deduce *a sensu contrario* que no es suficiente con la intervención en la confección del documento de un particular⁶⁰.

101. El artículo 56.1 LCJIC supedita la ejecutabilidad en España de los documentos públicos extranjeros a dos requisitos: que tengan fuerza ejecutiva en su país de origen y que no resulten contrarios al orden público. A la hora de entender qué se entiende a estos efectos por «ejecutabilidad», el artículo 56.2 señala que «deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas» –lo cual, a mi juicio, tampoco resulta especialmente aclaratorio ni útil–. En cuanto al control de orden público, cobrará en este ámbito una mayor relevancia su dimensión material. Cabrá esperar, en consecuencia, que el deudor alegue que el contenido de todas o algunas de las cláusulas del documento o de la transacción infringen valores esenciales de nuestro

⁵⁹ No parece, en cambio, que una transacción extranjera reconocida en España pueda impedir la ejecución de una sentencia extranjera dictada con posterioridad en otro país que fuera inconciliable con ella, en virtud del motivo previsto en el artículo 46.1 e) LCJIC, pues el precepto se refiere expresamente a «resoluciones dictadas», de modo que valdrían los argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia para llegar a la misma conclusión en el ámbito del CB en el asunto *Solo Kleinmotoren* (sentencia de 2 junio de 1994, asunto C-414/92).

⁶⁰ En este punto, tanto el RB I bis como la LCJIC se atienen a lo establecido por el Tribunal de Justicia en el asunto *Unibank* (sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-260/97) que rechazó la atribución de la condición de «documento público» a los documentos extendidos por particulares sin la participación de una autoridad pública o habilitada a tal fin, aunque con arreglo a su legislación de origen tuvieran fuerza ejecutiva.

ordenamiento, a pesar de que la intervención de una autoridad pública al confeccionar el documento debería suponer un primer filtro.

102. Con todo, la principal cuestión que suscita la LCJIC en este punto es la de si será precisa la previa obtención del exequátur del documento público para proceder a su ejecución en España, pues no hay pronunciamiento legal explícito al respecto. Cuatro razones abogan por la respuesta negativa: de un lado, el tenor literal del artículo 42, que reserva el procedimiento de exequátur a las resoluciones judiciales; de otro, que los documentos públicos extranjeros se regulan de forma separada en un capítulo diferenciado dentro del Título V de la Ley; en tercer lugar, que la adecuación de instituciones extranjeras, contemplada en el artículo 57 LCJIC, se encomiende respecto de los documentos públicos a los notarios y funcionarios públicos españoles, con posibilidad de impugnación directa ante un órgano jurisdiccional⁶¹; por último, y sobre todo, la Exposición de Motivos de la Ley, según la cual «no es preciso un previo procedimiento de reconocimiento del documento público».

103. Si ha sido realmente ésta la voluntad del legislador, la ejecución de documentos públicos extranjeros conforme a la LCJIC funcionará de forma similar a como lo hace bajo el RB I bis, aunque resulta más que llamativa la mayor confianza depositada por nuestro legislador en los fedatarios extranjeros, comparada con la que le suscitan los órganos jurisdiccionales: este plus de confianza, a mi juicio, no encuentra respaldo suficiente en un contexto de gran heterogeneidad en cuanto a la posible procedencia de documentos públicos extranjeros. Por ello, en la práctica cabrá esperar una cierta elasticidad a la hora de entender qué se considera infracción de orden público, pues será el cajón de sastre en el que habrá de darse cabida a los óbices para denegar en España la ejecución de documentos públicos extranjeros que, a pesar de todo, resulten poco fiables.

104. En todo caso, siendo así las cosas, se podrá formular directamente demanda ejecutiva ante nuestros tribunales aportando como título ejecutivo el documento público extranjero –traducido⁶², en su caso, y acreditando, eso sí, su ejecutabilidad en su Estado de origen– y el juez podrá despachar la ejecución sin más, aunque habrá de verificar, por supuesto, la concurrencia de estos requisitos especiales así como, cuando proceda, una hipotética infracción al orden público español. La ausencia de requisitos o la infracción de orden público, en cualquier caso, también habrán de poder ser aducidos por el deudor como causas de oposición a la ejecución. Y la ejecución en sí, por su parte, habría de tramitarse con las singularidades que la LEC reserva para los casos en que el título ejecutivo es extrajudicial (en relación con el requerimiento de pago y con los motivos de fondo para oponerse a la ejecución).

V. Reflexiones finales

105. El análisis del nuevo régimen legal interno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras arroja, como suele ser habitual, luces y sombras. Entre sus claras virtudes debe destacarse la adaptación de nuestra normativa al desarrollo actual de esta materia en doctrina y en legislación comparada y supranacional, así como las líneas generales del sistema, incluida la prudencia que subyace al mantenimiento de la vigencia del procedimiento de exequátur –aunque su exclusión para los documentos públicos pueda haber sido en exceso temeraria– y la regulación razonable de las causas de denegación del reconocimiento. También deben ser bienvenidas muchas previsiones de índole más técnica –que son las que, en el día a día, sirven para resolver problemas concretos–, como la posibilidad de acumular en

⁶¹ La intelección de este precepto, por lo demás, no resulta sencilla, pues en nuestro ordenamiento la ejecución está monopolizada por los órganos jurisdiccionales –con la excepción del procedimiento extrajudicial de enajenación por notarios de bienes hipotecados del artículo 129 LH y de la autotutela ejecutiva de las administraciones públicas–. Por mucho que no haya exequátur, el despacho de la ejecución habrá de hacerlo un juez y será él quien, en principio, deba hacer la adaptación o adecuación que se necesite.

⁶² La LCJIC no exige traducción, ni en general establece ninguna singularidad para el proceso de ejecución en estos casos, aunque posiblemente habría sido conveniente hacerlo.

un solo escrito la solicitud de exequátur y la demanda ejecutiva, la previsión expresa de la adaptación de figuras desconocidas por nuestro ordenamiento o la posible modificación de resoluciones dictadas en el extranjero. En el «debe» del balance, sin embargo, se han de contar ciertos desaciertos, como la atribución de competencia para el exequátur a los Juzgados de lo Mercantil o la aplicación a las resoluciones extranjeras de las normas internas sobre caducidad de la acción ejecutiva. También resultan decepcionantes, por timoratos, el régimen de circulación de las medidas cautelares o la exclusión radical de la ejecución provisional transfronteriza en el contexto de una norma destinada, según su propia expresión, a reforzar el derecho a una tutela judicial *internacionalmente* efectiva. La experiencia demuestra que, cuando quiere, el legislador es capaz de advertir los fallos o las debilidades de sus normas y de corregirlos.

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO:
COMPARACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE LA UNIÓN
EUROPEA Y EL DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA

THE INTERNATIONAL CONSUMER CONTRACTS:
COMPARISON BETWEEN THE EUROPEAN UNION SYSTEM
AND THE ONE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA

DIANA GLUHAIA
Doctora en Derecho
Profesora ayudante
Universidad Internacional de La Rioja

Recibido: 16.06.2015 / Aceptado: 30.06.2015

Resumen: La vocación internacional del consumidor se ha desarrollado debido al progreso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, la libre circulación de personas, el desarrollo del turismo mundial, del mercado internacional de trabajo, el aumento del número de contratos de consumo en el tráfico jurídico externo, etc. En la contratación internacional el consumidor se enfrenta con dos cuestiones muy relevantes: la competencia judicial internacional y la ley aplicable. La importancia de la adopción de una normativa segura, fiable y adecuada que permita resolver con justicia y celeridad los conflictos surgidos entre los profesionales y los consumidores es una necesidad tanto en el derecho europeo, como el derecho moldavo.

Palabras clave: consumidor, contrato internacional de consumo, competencia judicial internacional, ley aplicable.

Abstract: The international vocation of the consumer has been developed due to the progress of new information and communication technology, the free movement of persons, the development of world tourism, the international labor market, the increase in consumer contracts in the external legal transactions, etc. In international contracting the consumer is faced with two very relevant issues: the international jurisdiction and the applicability of the law. The importance of adopting a safe, reliable and suitable legislation that allows to fairly and promptly resolve the disputes between professionals and consumers is a must both in European law and the Moldavian law.

Key words: consumer, international consumer contract, international jurisdiction, applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de consumidor. III. La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo. IV. La ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. 1. La ley elegida por las partes contratantes. 2. Los límites al principio de la autonomía de la voluntad. 3. La ley aplicable en defecto de elección. V. La ley aplicable a la forma del contrato de consumo. VI. La ley aplicable a la responsabilidad delictual en los contratos internacionales de consumo en República de Moldavia. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. República de Moldavia es un pequeño país situado entre Ucrania y Rumania, que desde su independencia¹ hasta hoy en día es elemento de disputa entre Rusia, que no quiere perder el control del espacio ex soviético, y el occidente. La voluntad y el esfuerzo de la República de Moldavia para integrarse tanto en el espacio europeo², como en el plano global se han materializado mediante la adhesión a varios Organismos internacionales y por la firma de varios tratados y acuerdos³. Debido a las nuevas condiciones del mercado moldavo y al deseo de integrarse en las estructuras europeas, se ha manifestado un interés elevado y más trascendente en cuanto a la protección de los consumidores. Comienza una nueva etapa que destaca por la adopción de una serie de leyes⁴, decisiones del Gobierno⁵ y de la Decisión

¹ Ley de la República de Moldavia (RM) N° 691 de 27 de agosto 1991, de Declaración de Independencia de la Republica de Moldavia, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 011, de 17 de agosto de 1991.

² Acuerdo de Cooperación y Asociación entre República de Moldavia y Unión Europea, *DOUE*, L 260, de 30 de agosto 2014, pp. 4-738.

³ Acciones de Política Europea y Vecindad fue adoptado el 22 de febrero de 2005, *Tratados Internacionales*, 2006, vol. 38, p. 401. Este documento establece los objetivos estratégicos de cooperación entre Moldavia y UE. Se aplica a los países vecinos de la UE, sitios en el mar o en el terrestre- Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Egipto, Georgia, Israel, Jordania, Liban, Libia, República de Moldavia, Marruecos, Territorio Palestino Ocupado, Siria, Túnez y Ucrania. A pesar de que Rusia, también es un país vecino de la UE, las relaciones están desarrolladas mediante una colaboración estratégica.

Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación, por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y la República de Moldavia sobre los principios generales para la participación de la República de Moldavia en los programas de la Unión, *DOUE* L 14/5, de 19 enero 2011.

⁴ Ley de RM N° 105-XV de 13 de marzo de 2003, sobre la protección de los consumidores, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 126-131; Ley de RM N° 78-XV de 18 de marzo de 2004, de los productos alimentarios *Monitorul Oficial de la RM*, de 28 de mayo 2004 N° 83-87; Ley de la RM N° 422-XVI de 22 de diciembre 2006, de la seguridad general de los productos, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 36-38/145 de 16 de marzo 2007; Ley de RM N° 257-XVI de 27 de julio 2006, de la organización y del funcionamiento de los mercados de productos agrícolas y agroalimentarios, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 142-145/700 de 8 de septiembre 2006; Ley de RM N° 284-XV de 22 de julio 2004, del comercio electrónico, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 138-146/741 de 13 de agosto 2004; Ley de RM N° 134-XIII de 3 de junio 1994, de la venta de mercancías, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 17/177, de 8 de diciembre 1994; Ley de RM N° 1107-XV de 6 de junio 2002, Código Civil, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 82-86/661, de 22 de junio 2002; Ley de RM N° 190-XIII de 19 de julio 1994, de regulación del derecho de petición, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 4/47, de 8 de septiembre 1994; Ley de RM N° 136 -XIV de 17 de septiembre 1998, de los Gases, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 111-113/679 de 17 de diciembre 1998; Ley de RM N° 1525 -XIII de 19 de febrero 1998, de la regulación energética, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 50-51/366, de 04 de junio 1998; Ley de RM N° 137 - XIV de 17 de septiembre 1998, de la energía eléctrica, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 111-113/681, de 17 de diciembre de 1998); Ley de RM N° 272-XIV de 10 de febrero 1999, del agua potable, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 39-41/167, de 22 de abril 1999; Ley de RM N° 263-XVI de 17 de octubre 2005, de los derechos y las responsabilidades del paciente, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 176-181/867, de 30 de diciembre 2005; Ley de RM N° 1585-XIII de 27 de febrero 1998, del seguro obligatorio de asistencia médica, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 38-39/280, de 30 de abril 1998; Ley de RM N° 798-XIV de 11 de febrero 2000, del Turismo, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 54-56/357 de 12 de mayo 2000.

⁵ Decisión del Gobierno N° 1465 de 8 de diciembre 2003, de la aprobación de las Reglas de sustitución de los productos no alimentarios y los términos de garantía, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 248-253/1530 de 19 de diciembre 2003; Decisión del Gobierno N° 996 de 20 de agosto 2003, de la aprobación de normas relativas al etiquetaje de los productos alimentarios y las normas de etiquetaje de los productos químicos de menaje, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 189-190/1046 de 29 de agosto 2003; Decisión del Gobierno N° 191 de 19 de febrero 2002, de la aprobación del Reglamento relativo al modo de pago de los servicios locativos, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 29-31/263, de 28 de febrero 2002; Decisión del Gobierno N° 1194 de 22 de noviembre 2005, de la aprobación del Reglamento para el suministro y la utilización de la energía eléctrica, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 168-171/1367, de 16 de diciembre 2005; Decisión del Gobierno N° 773 de 6 de julio 2006, de la creación del Consejo de coordinación en la materia de la protección de los consumidores, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 112-115/850, de 21 de julio 2006; Decisión del Gobierno N° 212 de 4 de abril 1995, de la aprobación del Reglamento sobre la comercialización de la producción alcohólica, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 25-26/193, de 13 de mayo 1995; Decisión del Gobierno N° 547 de 4 de agosto 1995, de las medidas de coordinación y reglamentación de los precios por el Estado, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 53-54/426, de 28 de septiembre 1995; Decisión del Gobierno N° 126 de 15 de febrero 2000, de la aprobación de la Lista sobre la venta de armas para las personas físicas y jurídicas, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 19-20/208, de 24 de febrero 2000; Decisión del Gobierno N° 1010 de 31 de octubre de 1997, de las Reglas del comercio de consignación, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 79-80/814, de 2 de diciembre 1997; Decisión del Gobierno N° 1068 de 20 de octubre 2000, de la aprobación del Reglamento sobre la recepción de mercancías según la cantidad y la calidad en RM, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 137-138/1174, de 27 de octubre 2000; Decisión del Gobierno N° 65 de 26 de enero 2001, de la aprobación de las Reglas de comercialización de determinadas mercancías alimentarias y no alimentarias, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 11-13/101, de 1 de febrero de 2001;

del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de República de Moldavia de 2006⁶ en materia de tutela de los consumidores, todo ello para ajustarse a las nuevas exigencias de la sociedad moldava de consumo.

2. La evolución económica, social y política que ha tenido lugar en República de Moldavia en los últimos años ha implicado muchos cambios, incluso en la materia de protección de los consumidores⁷. Un paso muy importante en esta dirección fue la aprobación de la Estrategia Nacional en materia de Protección de los Consumidores para los años 2008-2012⁸.

3. Los contratos internacionales suscitan una serie de problemas específicos, ya que los contratantes necesitan saber cuál es el régimen jurídico de su contrato internacional para saber con exactitud cuáles son sus derechos y obligaciones. Por ello, en la contratación internacional de consumo siempre se plantean dos cuestiones muy relevantes: la competencia judicial internacional y el derecho aplicable. El tratamiento en conjunto de ambos aspectos se justifica en la estrecha relación que existe entre la determinación de la competencia judicial de los órganos jurisdiccionales de un país para conocer un determinado litigio y el ordenamiento jurídico que dichos órganos van a aplicar al fondo del asunto. De ahí, la transcendencia que tiene la adopción de una normativa segura, fiable y adecuada que permita resolver con justicia y celeridad los conflictos surgidos entre los profesionales y los consumidores. Con este trabajo pretendemos reflejar un análisis de la realidad existente en la República de Moldavia comparando con la regulación europea y cuáles son las vías de solución a los problemas existentes en el Derecho Internacional Privado moldavo.

4. El Derecho Internacional Privado moldavo es una rama del ordenamiento jurídico moldavo. Las fuentes del Derecho Internacional Privado moldavo son tanto fuentes internas, tales como las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las decisiones aprobadas por el Gobierno, etc., como fuentes internacionales, tales como los tratados y convenios internacionales vigentes para la República de Moldavia. Analizando las normas de Derecho Internacional Privado moldavo observamos que se hallan en varios cuerpos legales de distinto carácter: convenios internacionales, leyes, normas contenidas en el Libro V del Código Civil moldavo de 2002⁹, normas comprendidas en el Título IV del Código Procesal Civil moldavo de 2003¹⁰, etc. Tanto el Derecho Internacional Privado moldavo, como el Derecho Internacional Privado español carecen de una ley especial que abarque todas las normas de Derecho Internacional Privado.

5. Para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las relaciones jurídicas con la presencia del elemento extranjero habrá que aplicar lo previsto en los Tratados internacionales firmados por la República de Moldavia. En defecto de tratados internacionales, se aplican las disposiciones previstas por las normas de producción interna. En la República de Moldavia no existe una norma

Decisión del Gobierno N° 1369 de 7 de diciembre 2001, de la aprobación del Reglamento sobre las oficinas comerciales y económicas en el marco de las misiones diplomáticas de la RM en extranjero, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 152-154/1414, de 13 de diciembre de 2001; Decisión del Gobierno N° 606 de 15 de mayo 2002, del Sistema nacional de control del exportación, importación y el tránsito de las mercancías en RM, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 69-70/724, de 30 de mayo 2002, etc.

⁶ Decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de República de Moldavia sobre la aplicación de la legislación relativa a la protección de los consumidores en el enjuiciamiento de las acciones civiles N° 7 de 9 de octubre 2006, *Boletín de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de Moldavia*, N° 3, 2007.

⁷ Durante la República Socialista Soviética de Moldavia, prácticamente no existía la idea de protección de los consumidores. Existía una tal "supuesta" llamada tutela de todos los consumidores en su conjunto. El Ministerio de Asuntos Interiores y el Ministerio de Comercio eran los órganos competentes durante la Unión Soviética para verificar la calidad de los bienes fabricados y la prestación de los servicios ofrecidos en el mercado. Dichas autoridades tenían como fin de evitar la entrada en el mercado de bienes y productos de baja calidad. Teniendo en cuenta el déficit de las mercancías durante el periodo soviético, los consumidores aceptaban la realidad existente y se conformaban con los bienes de baja calidad.

⁸ Decisión del Gobierno N° 5, de 14 de enero de 2008, de la adopción de la Estrategia Nacional en materia de protección de los consumidores para el periodo 2008-2012, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 14-15, de 22 de enero 2008.

⁹ Código Civil de la República de Moldavia, N° 1107, de 6 de junio 2002, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 82-86, de 22 de junio de 2002.

¹⁰ Código Procesal Civil de la República de Moldavia (La ley de enjuiciamiento civil), N° 225-XV de 30 de mayo de 2003, *Monitorul Oficial de la RM*, N° 111-115/451 de 12 de junio 2003.

especial que regule la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia de contratos consumo, por ello habrá que acudir a las normas generales que regulan los contratos.

II. Concepto del consumidor

6. El concepto de consumidor constituye un elemento fundamental en la doctrina jurídica y se encuentra en constante evolución. Siendo la parte que requiere una especial protección en materia de consumo, se le presta un especial interés para generarle un mayor grado de confianza y más seguridad para fomentar su actividad consumidora. Antes de todo, analizaremos el concepto de consumidor previsto en el Derecho Internacional privado europeo y moldavo.

7. En el territorio comunitario, el consumidor goza de protección cuando se dan ciertas condiciones subjetivas, materiales y espaciales. La condición subjetiva hace referencia al concepto de consumidor. Para analizar el concepto de consumidor en el Derecho internacional privado europeo vamos a analizar los Reglamentos 1215/2012¹¹ y 593/2008¹², así como la jurisprudencia del TJUE. Para entender mejor el concepto de consumidor vamos a examinar los orígenes de estos Reglamentos, en particular el Convenio de Bruselas de 1968¹³ y el Convenio de Roma de 1980¹⁴. Al principio, el Convenio de Bruselas no mencionaba el concepto de consumidor¹⁵, tras su reforma en el año 1978 se introduce el concepto de consumidor que a su vez fue modificado y reformado a lo largo del tiempo. Por otra parte, el artículo 5 del Convenio de Roma¹⁶ establecía un régimen especial sólo para determinados contratos de consumo que tenían como objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, denominado consumidor para el uso que debe considerarse como ajeno a la actividad profesional, incluidos los contratos de financiación. Fue una norma incompleta porque tenía un ámbito de aplicación restringido. Con la adopción del Reglamento Roma I se extiende el ámbito de aplicación material del precepto a cualquier contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, aunque con determinadas restricciones.

8. Tanto el Convenio de Bruselas de 1968, como el Convenio de Roma de 1980 contenían normas incompletas que necesitaban una reforma evidente, por ello más tarde fueron modificados y, entre otros extremos, convertidos en Reglamentos. Fue un paso trascendente en la materia de protección de los consumidores a nivel del Derecho Internacional Privado europeo.

9. En el derecho comunitario existieron dos vías tradicionalmente empleados para definir la figura del consumidor:

¹¹ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* núm. 54, de 25 de febrero de 2015, pp. 1-9.

¹² 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* núm. 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6 a 16.

¹³ Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia mercantil y civil, *DOCE*, de 28 julio 1990, núm. C 189.

¹⁴ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *BOE* n° 171, de 19 de julio de 1993, corrección de errores, *BOE*, de 9 agosto 1993, núm. 189. La versión consolidada del Convenio fue publicada en el *DOUE*, de 30 diciembre 2005, C 334, *JOCE*, L/266/1980.

¹⁵ El antiguo texto del artículo 13 del CB de 1968 se refería sólo a los contratos de venta y a los préstamos a plazos, no contemplaba el concepto del consumidor. En el año 1978 se modificó la Sección cuarta del Convenio de Bruselas y se ha introducido el concepto de consumidor, gracias a la STJCE, el Asunto 150/77, *Bertrand c. Paul Ott K. G.*, de 21 de junio de 1978, *Recueil*, pp. 1431 y ss.

¹⁶ El antiguo Anteproyecto del Convenio de Roma de 1980 recogía en materia de obligaciones internacionales las normas generales aplicables a todos los contratos y una norma especial aplicable sólo al contrato de trabajo. Al principio, fue descartada la norma especial en materia de contratos concluidos por los consumidores. Por suerte, ciertas delegaciones de los países nórdicos, que ya disponían de normas tuitivas para consumidores en las legislaciones nacionales, propusieron la introducción de una norma de conflicto especial para determinados contratos celebrados por los consumidores.

- a) por una parte, en relación con el uso o destino que del bien o servicio adquirido vaya a realizar la persona, en tanto en cuanto éste ha de ser “*personal, familiar o doméstico*”.
- b) por otra parte, la calidad de profesional o no de la persona que adquiere los bienes y servicios.

10. La última característica aparece recogida en igual sentido por los textos legales, tanto en el Convenio de Roma de 1980 convertido en el Reglamento Roma I¹⁷, como en el texto del Convenio de Bruselas de 1968 (actualmente el Reglamento 1215/2012)¹⁸, así como la Ley moldava sobre la protección de los consumidores de 2003¹⁹. A definir el concepto de consumidor, combinando el criterio del uso con el de la actividad profesional también ha contribuido la jurisprudencia comunitaria²⁰.

11. No obstante, cabe destacar que en la doctrina, hay opiniones distintas en lo que se refiere a los criterios utilizados para definir el concepto de consumidor. Ciertos autores²¹, consideran que el concepto de consumidor previsto por el Convenio tenía una posición equívoca, ya que en la práctica, implicaba más una oscura opción por la primera vía señalada, es decir se refería más al uso del bien adquirido, que al uso personal combinado con la mención a la naturaleza profesional o no de la actividad desarrollada. Dicha ambigüedad en la práctica requería una subsanación a través de la interpretación jurisprudencial. Otros profesores sostenían que el concepto de consumidor previsto por el texto convencional era muy problemático en su redacción. Se consideraba que la protección de los consumidores podría ser alterada en los casos de los contratos de consumo concluidos por personas que actuando en el curso de una actividad comercial o profesional adquiriesen bienes para su uso personal²². Dado que es muy difícil de determinar en la práctica si una parte contratante está actuando en calidad de profesional o no, lo que se puede deducir del comportamiento y las actuaciones del consumidor.

12. La referencia a la actividad profesional no juega en este caso como un elemento adicional de control, esto es, el bien es para uso particular y, además, no debe ser adquirido en el ejercicio de actividad profesional, sino que se incardina dentro del primer criterio, actuando como un puro elemento de referencia²³. En palabras de la profesora GUZMÁN ZAPATER en lo que se refiere al concepto del uso final del bien o servicio adquirido, en el marco del Convenio el destino particular se verifica a partir de la negación del uso profesional²⁴.

¹⁷ El artículo 6.1 del Reglamento Roma I: “*Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional...*”.

¹⁸ El artículo 17.1 del Reglamento 1215/2012: “*En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor; para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional...*”.

¹⁹ El artículo 1 de la Ley dice: “*El consumidor es toda persona física que tiene la intención de hacer un encargo (pedido) o de adquirir, o la persona que hace un pedido, adquiere o utiliza productos, servicios para satisfacer sus necesidades ajenas a la actividad comercial o profesional*”.

²⁰ STJCE 21 de junio 1978, C-150/77, *Bertrand c. Paul Ott KG*, *Recueil*, pp.1431 y ss.; STJCE 19 de enero de 1993, C-89-91, *Shearson Lehmann Hutton c. TVB*, *Rec.*, pp. I-139 y ss.; STJCE de 15 de septiembre 1994, C-318/93, *Wolfgang Brenner y Peter Noller c. Dean Witter Reynolds Inc*, *Rec.*, pp. I-4275 y ss.; STJCE 3 de julio de 1997, C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL*, *Rec.*, pp. I-3767 y ss. ; STJCE de 27 abril de 1999, C-99/96, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, *Rec.*, pp. I-2277y ss.; STJCE de 1 de octubre de 2002, Asunto C-167/00, *Henkel*, *Rec.*, 2002, pp. I- 8111 y ss.

²¹ C. A. ESPLUGUES MOTA, «Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *CEA*, nº 12, 1993, p.33. En el mismo sentido, aludimos a la opinión del Profesor A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que se refiere a la existencia junto al criterio de uso privado, del criterio de la no realización de actividad profesional o comercial. Es por ejemplo, en este caso el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que repite las soluciones del artículo 13 del Convenio de Bruselas. Sin embargo, BERCOVITZ no hace ninguna referencia al doble control. *Vid.:* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 114-115.

²² A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos...*, Op. cit., p. 115.

²³ C. A. ESPLUGUES MOTA, “Noción de consumidor...”, Op. cit., p. 33.

²⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, “La protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimiento mercantil (incidencia de la ley 26/91 sobre la reglamentación de algunos contratos de venta concluidos por consumidores en los supuestos de tráfico externo)”, *Gaceta jurídica de la CEE*, Marzo de 1982, p. 16.

13. Un papel importante en la definición del concepto de consumidor lo tiene el TJUE. Es un concepto que teniendo en cuenta sus características especiales requiere una interpretación restrictiva, autónoma y atribuye esta calidad a las personas que necesitan una protección justificada. Dicha protección es una excepción a la regla general, y en ningún caso puede ser interpretada de forma extensiva. Se requiere por lo tanto, que el demandante o el demandado en un procedimiento judicial sea el propio consumidor, excluyendo de dicha protección las acciones colectivas²⁵ y los cesionarios de los derechos de consumidores²⁶. En dichos supuestos, la protección del consumidor no está justificada por no ocupar una posición de inferioridad frente a su parte cocontratante.

14. El TJUE define al consumidor de una forma autónoma, cuando esta protección es justificada, ya que se refiere sólo a aquellas personas susceptibles de ser considerados como consumidores. Según la jurisprudencia del TJCE, a la hora de interpretar el artículo 13 del CB (actualmente el artículo 17 del Reglamento 1215/2012), interpretación aplicable al artículo 5 del CR (actualmente el artículo 6 del Reglamento Roma I), cabe decir que la protección establecida se refiere a los consumidores finales y privados que no participen en actividades comerciales o profesionales²⁷. Observamos que es consumidora la persona que adquiere el bien o el servicio como consumidor final privado. En la misma línea, PIZZOLANTE indica que, “la definición de consumidor interpretada en los términos indicados comporta la consecuencia negativa de que la aplicación de las normas protectoras contemple sólo el último eslabón de la cadena económica, dejando privados de tutela a los sujetos operantes en los estadios precedentes”²⁸. Por el concepto de “privado”, entendemos la noción de familiar o doméstico utilizada por otros Convenios y legislaciones internas²⁹, es decir, la calidad de no profesionalidad o de no comercialidad del consumidor. Respecto al término de “consumidor final” no existe aún una definición unánime, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia del TJUE. Ciertos autores definen el consumidor final como aquella persona que adquiere bienes o servicios para la satisfacción final de sus necesidades y, por tanto, alguien que no reintroduce el producto adquirido en el mercado³⁰. Por ejemplo, sería el supuesto donde el consumidor contrata con una sociedad de mediación un contrato de prestación de servicios. En este caso, podemos afirmar que el consumo de este servicio es “final”.

15. El artículo 15.1 del Reglamento 44/2001 convertido en el artículo 17.1 del Reglamento 1215/2012 hacía una referencia genérica a la noción de “persona”. Dicha referencia insinuaba al principio que el concepto de persona puede corresponder tanto a las personas físicas, como a las jurídicas. Hablamos de personas jurídicas que no desarrollan actividad profesional y que se sitúan en una situación de inferioridad frente a su cocontratante (por ejemplo, las asociaciones sin ánimo de lucro)³¹. Por otra parte, el Reglamento Roma I define al consumidor, en todo caso, como una “persona física”³². El TJUE

²⁵ STJCE de 1 de octubre de 2002, Asunto C-167/00, *Henkel*, cit.

²⁶ STJCE 19 de enero de 1993, Asunto.C-89/91, *Shearson Lehman Hutton/T.V.B.*, cit.

²⁷ STJCE de 21 de junio de 1978, Asunto C-150/77, *Bertrand c. Paul Ott, KG*, en el punto 21, cit.

²⁸ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

²⁹ Convenio de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías del 11 de abril de 1980, en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

³⁰ A. BERCOVITZ, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios”, en A. BERCOVITZ, y R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 123-124; L.F. CARRILLO POZO, “Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores”, en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1994, p. 273.

³¹ M. GUZMÁN ZAPATER, “La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por los consumidores”, *REDI*, Vol. XXXIX, 1987, p. 460.

³² A.-L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, Vol. 1, núm. 2, p. 90; F. DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, Berlín, 2007; E. H. HONDIUS, “The notion of consumer: European Union versus Member States”, *The Sidney Law Review*, 28, 1, 2006, pp. 89-98; D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, concr. pp. 662-664.

a través de la jurisprudencia aclaró dicha confusión indicando que las normas protectoras previstas por los 13- 15 CB (actualmente los arts. 17-19 del Reglamento 1215/2012) se refieren sólo a los consumidores finales privados que no ejercen una actividad comercial o profesional. Por consiguiente, no tienen la calidad de consumidor las pequeñas y medianas empresas o las organizaciones sin ánimo de lucro, asociaciones, fundaciones u ONGs³³. Tampoco, pueden gozar de estas normas protectoras los contratos internacionales celebrados entre los particulares, cuando ambas partes tienen tal condición.

16. El Tribunal de Luxemburgo afirma que las disposiciones protectoras del consumidor como la parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular derivada de estas disposiciones no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional³⁴. En el caso contrario, estaríamos ante una interpretación amplia, lo que podría desvirtuar la política de protección del consumidor, en cuanto que es la parte débil de la transacción³⁵.

17. Al definir el consumidor, los Reglamentos señalan a la persona que “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional”, destacamos que se trata de una exigencia muy importante, que no puede ser confundida con la intención del consumidor y por ello, se va a tener en cuenta el tipo del acto realizado, las circunstancias concretas que lo han acompañado, y asimismo el objeto del bien contratado. No cabe en este sentido la figura del *falso consumidor*³⁶. El consumidor no sólo debe serlo, sino también parecerlo para beneficiarse de las reglas protectoras. Se trata de la reconocibilidad por el profesional o empresario de la figura del consumidor³⁷. Es decir, si el consumidor se presenta ante un profesional como si fuera un empresario, se enfrentará a las consecuencias (por ejemplo, el envío del impreso con los datos de su empresa hará que ya no se considere como consumidor). Estamos ante el supuesto del consumidor oculto³⁸, que no se puede beneficiar de las normas protectoras. En los contratos mixtos o contratos con doble finalidad, cabe señalar que el criterio determinante para resolver dicha cuestión será la finalidad principal a la que se destine el bien adquirido. La jurisprudencia comunitaria considera que los contratos mixtos no son contratos concluidos por consumidores, salvo que el uso profesional resulte absolutamente marginal e insignificante en el contexto global de la operación³⁹.

18. La presencia sólo del criterio subjetivo no es suficiente para que se apliquen las normas protectoras previstas por ambos Reglamentos, se requiere además el cumplimiento de otras condiciones. El ámbito material del Reglamento 1215/2012 el artículo 17 se refiere a la 1º venta a plazos de mercancías, 2º al préstamo a plazos o cualquier otra operación vinculada a la financiación de tales bienes y, 3º cualquier otro contrato concluido por los consumidores, siempre que se cumplan determinadas circunstancias objetivas que sirven para delimitar las prácticas frente a las que el consumidor sea tutelado⁴⁰. El

³³ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

³⁴ STJCE 3 de julio de 1997, C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL*, cit.

³⁵ C. A. ESPLUGUES MOTA, “Noción de consumidor...”, Op. cit., pp. 31-36. Igualmente, L. F. CARRILLO POZO, “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”, Op. cit., págs. 273-274. Ambos autores se refieren al concepto de consumidor previsto en el Convenio de Bruselas, pero estas interrelaciones se extienden al concepto del consumidor previsto en el Convenio de Roma.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 276.

³⁷ D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, en F. FERRARI, S. LEIBLE, (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 102-103.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, op.cit., p. 276.

³⁹ STJCE (Sala 2ª), 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, Rec. 2005, pp. I-00439.

⁴⁰ El artículo 17.1 c) del Reglamento 1215/2012: “en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades”.

artículo 17.3 del Reglamento 1215/2012 excluye expresamente de su ámbito los contratos de transporte, salvo los contratos que por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento⁴¹.

19. El ámbito material del artículo 6 del Reglamento Roma I se refiere básicamente a todo contrato internacional celebrado entre un profesional y un consumidor. Este artículo utiliza el principio maximalista renunciando al ámbito material restringido previsto por el artículo 5 Convenio de Roma. Según el profesor MANKOWSKI, se trata del “cambio más importante y más sustancial” que se ha realizado con respecto a la clase de contratos cubiertos por el artículo 6 del Reglamento Roma I⁴². Los contratos como el de *time-sharing* o de licencia o venta de *copyright*, están comprendidos en el ámbito material de aplicación de este precepto. No obstante, en el apartado 4 del artículo 6 se contemplan los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que están excluidos de este régimen jurídico especial para contratos internacionales de consumo. Son contratos sometidos al régimen general previsto por el Reglamento Roma I (en particular, los artículos 3, 4 y 9) o bien a un régimen jurídico especial que no se encuentra en el Reglamento. El artículo 6.4 del Reglamento Roma I establece cinco excepciones⁴³: sólo las dos primeras existían ya en el Convenio de Roma de 1980, pero las otras tres son nuevas.

20. Respecto a las condiciones espaciales destacamos *dos exigencias alternativas* previstas por ambos Reglamentos: *la regla “Doing Business”* y *la regla “Stream-Of-Commerce”*⁴⁴. El concepto de “actividad dirigida” previsto por el Reglamento Roma I fue tomada del Reglamento Bruselas I (actualmente Reglamento 1215/2012), por una parte para asegurar la coherencia entre los Reglamentos y por otra parte, para ser la condición indispensable de aplicación de la norma protectora del consumidor.

21. El artículo 6.1 del Reglamento Roma I es una norma de conflicto bilateral independiente de donde tenga su residencia habitual el consumidor, ya sea dentro o fuera de la UE, ya que en el texto del Reglamento Roma I finalmente aprobado, luce con claridad meridiana la idea de que la norma de conflicto especial para los contratos concluidos por consumidores protege a éstos, aunque tengan su residencia habitual en un Estado extracomunitario⁴⁵.

22. Las normas protectoras previstas por ambos Reglamentos tienen como objetivo adoptar un concepto de consumidor común a todo los Estados miembros de la Unión Europea. El consumidor se determina en función de su especial posición frente a su contraparte respecto al contrato concluido, de la naturaleza y el fin de la determinada relación contractual y no por la situación subjetiva en la cual se

⁴¹ STJUE de 7 de diciembre de 2010, Asunto C-585/08, *Pammer y Hotel Alpenhof*, *European Court Report*, 2010, pp. I-1252.

⁴² P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, p. 123.

⁴³ El artículo 6.4 del Reglamento Roma I dice: “Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

a) *contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual;*

b) *contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* ⁽¹⁵⁾;

c) *contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;*

d) *derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero;*

e) *los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h)”.*

⁴⁴ El art. 17.1 (c) del Reglamento 1215/2012 y el artículo 6.1 (a, b) del Reglamento Roma I.

⁴⁵ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 2.

encuentra en términos absolutos. Por tanto, este sujeto puede considerarse como consumidor en algunas operaciones económicas y operador económico en otras⁴⁶.

23. En conclusión, podemos deducir que se trata sólo de aquel sujeto económico y jurídicamente débil que, de forma estrictamente particular, adquiere bienes o servicios para su consumo propio suministrados por un profesional y, en consecuencia, merecedor de protección y susceptible de recibir la misma.

24. El Derecho Internacional Privado moldavo carece de un concepto de consumidor en la contratación internacional, por ello tenemos que acudir a las normas nacionales⁴⁷ que lo definen y además es necesario extender dicho concepto a los contratos internacionales de consumo. El concepto de consumidor lo encontramos definido en el artículo 1 de la Ley moldava sobre la protección de los consumidores del 2003⁴⁸. Destacamos que en la misma línea con los Reglamentos europeos al definir el consumidor se hace referencia al criterio que combina el uso con el de la actividad no profesional. Es un artículo que define la condición subjetiva-el concepto de consumidor que además es mucho más amplio que el concepto definido en la antigua ley⁴⁹. El uso privado es una característica clave del concepto de consumidor como destinatario final del bien o del servicio. Respecto al fin particular del bien adquirido por el consumidor como destinatario final lo podemos deducir de las disposiciones del artículo 1 de la misma ley que definen las nociones de “*producto*” y “*servicio*”⁵⁰. Son consumidores, las personas físicas que adquieren gozan bienes y servicios “para satisfacer sus necesidades vitales, fuera de la actividad comercial, sin obtención de beneficios. En la misma línea, el artículo 4 de la Ley sobre el comercio electrónico⁵¹ define el concepto de consumidor como la persona física que actúa con fines distintos de la actividad comercial.

25. Destacamos que las normas nacionales moldavas hacen referencia sólo a las personas físicas, excluyendo expresamente a las personas jurídicas del ámbito de aplicación de esta ley, considerándoles mejor posicionados en el mercado y con más poder económico, lo que les permite beneficiarse de la asistencia de abogados, de informes de los peritos, etc. Tampoco, son considerados contratos de consumo, las operaciones contractuales celebradas entre los particulares con el fin de satisfacer sus necesidades habituales, ni las operaciones celebradas por los profesionales vinculados a una actividad futura empresarial, ni a los intermediarios que ulteriormente se dedican a la reventa de los bienes⁵².

26. La legislación moldava sobre la protección de los consumidores se aplica tanto a los ciudadanos moldavos, como a los ciudadanos extranjeros y los apátridas domiciliados en el territorio moldavo, que son personas físicas que adquieren, hacen un encargo, utilizan, o sólo tienen la intención de adquirir o de hacer encargos de productos (servicios) para sus necesidades vitales, no relacionados con la actividad comercial.

⁴⁶ S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo: Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, 2 ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 115-116.

⁴⁷ Ley Nº 105-XV, de 13 de marzo de 2003 sobre la protección de los consumidores, *Monitorul Oficial de la RM*, Nº 126-131, de 27 de junio 2003.

⁴⁸ El artículo 1 de la Ley moldava sobre la protección de los consumidores: “*toda persona física que tiene la intención de hacer un encargo (pedido) o de adquirir; o la persona que hace un pedido, adquiere o utiliza productos, servicios para satisfacer sus necesidades, ajenas a la actividad comercial o profesional*”.

⁴⁹ Ley Nº 1453-XII de 25 de mayo 1993, sobre la protección de los consumidores, *Monitorul Oficial del Parlamento de la RM*, Nº 11 de 1993 (en vigor hasta el 27 octubre de 2003), fue abrogada por la Ley de 2003 con el fin de colmar las lagunas existentes.

⁵⁰ La interpretación del artículo 1, párrafo 1, apartados 6 y 7 de la Ley de 2003 establece que por producto se entiende el bien material destinado para el consumo o la utilización individual; también están incluidos en dicha noción la energía eléctrica y térmica, los gases, las aguas suministradas para el consumo individual. Por el concepto de “*servicio*” la ley establece una actividad distinta de la que resulta de los productos con el fin de satisfacer las necesidades de los consumidores.

⁵¹ Ley Nº 284-XV de 22 de julio 2004, del comercio electrónico, *Monitorul Oficial de la RM*, Nº 138-146/741 de 13 de agosto 2004.

⁵² Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República de Moldavia sobre la aplicación de la legislación sobre la protección de los consumidores en el juicio de las causas civiles Nº 7, de 9 de octubre 2006, *Boletín de la Corte Suprema de Justicia de la República de Moldavia*, Nº 3, 2007, p. 4.

27. La calidad de consumidor, el carácter oneroso de la relación contractual, el fin de satisfacer las necesidades personales, la calidad de profesional constituyen los criterios que determinan si una relación jurídica es de consumo o no. Como regla general la relación entre el profesional y el consumidor es una relación jurídica onerosa. Sin embargo, tras varios debates, la doctrina jurídica moldava⁵³ y la jurisprudencia moldava⁵⁴ ha incluido en la categoría de los consumidores:- las relaciones contractuales con el fin de adquirir mercancías y prestar servicios con título gratuito, como son por ejemplo las subvenciones y los privilegios acordados por las disposiciones de la ley (por ejemplo, las subvenciones destinadas para las personas con discapacidad, para los niños, jubilados, etc.

28. Al leer la definición del concepto del consumidor podemos confundir los consumidores con los compradores, porque el concepto hace referencia a la intención de hacer un encargo (pedido), a la intención de adquirir. El concepto del consumidor es mucho más amplio que la del comprador, porque la ley extiende su ámbito de aplicación no sólo a los contratos de compraventa, pero también a otros contratos: contrato de arrendamiento, contrato de depósito, contratos de seguro, etc. Podemos deducir que la ley moldava sobre la protección de los consumidores se aplica a todo contrato de consumo celebrado entre el profesional y el consumidor. No es relevante el tipo de contrato o la forma de la relación jurídica, lo que es importante es la calificación del contrato como contrato de consumo en conformidad con el artículo 666, párrafo 3 del Código Civil moldavo⁵⁵.

29. De la obligación de la República de Moldavia de implementar el acervo comunitario, previsto por el Acuerdo de Asociación UE-Moldavia, la Corte Suprema de Justicia moldava recomienda la interpretación de los conceptos según las Directivas del Parlamento Europeo⁵⁶ y del Consejo de la UE, existentes en dicha materia⁵⁷.

30. Con el aumento del número de contratos de consumo en el tráfico jurídico externo, el desarrollo y el progreso de los medios de comunicación y de las nuevas tecnologías, la movilidad de personas son factores que han internacionalizado el concepto del consumidor. Consideramos que sería bienvenida la adopción de una norma especial en el Derecho Internacional Privado moldavo que defina el concepto del consumidor y no utilizar el concepto previsto en las normas nacionales para el tráfico interno ya que no es posible ampliar su protección a la variedad de situaciones privadas internacionales.

III. La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo

31. La legislación de la República Moldavia concede a los extranjeros el régimen nacional igualando los derechos de los extranjeros y apátridas con los derechos de los ciudadanos moldavos⁵⁸.

⁵³ A. SMOCHINA, "Considerații generale privind definierea noțiunii de consumator: aspecte teoretice și legislația în vigoare", *Revista Națională de Drept*, 2003, n° 9, p. 41.

⁵⁴ Decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de República de Moldavia sobre la aplicación de la legislación relativa a la protección de los consumidores en el enjuiciamiento de las acciones civiles N° 7 de 9 de octubre 2006, cit., p. 4.

⁵⁵ El artículo 666, párrafo 3 del Código Civil moldavo establece que: "el contrato puede ser de adhesión o negociado, sinalagmático o unilateral, conmutativo a aleatorio y con ejecución instantánea o sucesiva, así como de consumo".

⁵⁶ Directiva n° 85/374 CEE de 25 de julio 1985 sobre la responsabilidad por los productos defectuosos; Directiva n° 75/319 CEE y 81/851/CEE sobre los productos farmacéuticos; Directiva n° 2001/95/CEE sobre la seguridad de los productos, etc.

⁵⁷ Decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de República de Moldavia sobre la aplicación de la legislación relativa a la protección de los consumidores en el enjuiciamiento de las acciones civiles N° 7 de 9 de octubre 2006, cit., p. 4.

⁵⁸ El artículo 19 párrafo 1 de la Constitución de la República de Moldavia: "(1) Los ciudadanos extranjeros y los apátridas disponen de los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos de la República de Moldavia, salvo las excepciones establecidas por la ley"; el artículo 454 del Código Procesal Civil moldavo: *Derechos y obligaciones procesales de las personas extranjeras: "(1) Los ciudadanos extranjeros y los apátridas, las organizaciones extranjeras y las organizaciones internacionales (denominadas a continuación como personas extranjeras) se benefician, ante los juzgados de la República de Moldavia, de los mismos derechos y disponen de las mismas obligaciones procesales que los ciudadanos y las organizaciones de la República de Moldavia, en las condiciones de la ley. El demandante extranjero no está obligado a interponer una caución u otra garantía por los motivos que es una persona extranjera o que no tenga el domicilio o la sede en República de Moldavia.*

Es una igualdad que se extiende plenamente en materia de tutela judicial, también a las organizaciones extranjeras y las organizaciones internacionales.

32. Para determinar la competencia judicial internacional en los litigios de consumo con elemento extranjero en República de Moldavia habrá que acudir a las disposiciones internacionales previstas por los tratados internacionales multilaterales⁵⁹ y convenios bilaterales firmados por República de Moldavia⁶⁰. En defecto de disposiciones internacionales, se aplican las normas de producción interna que regulan la competencia judicial internacional- por excelencia las normas del Código Procesal Civil. En un litigio surgido de un contrato internacional de consumo, el demandante consumidor moldavo puede demandar al profesional antes los órganos jurisdiccionales moldavos o extranjeros.

33. Las normas de competencia judicial internacional del Código Procesal Civil moldavo tienen un carácter subsidiario, porque sólo se aplican en defecto de convenios internacionales vigentes para la República de Moldavia. Dichas normas tienen un carácter atributivo porque indican los casos en que la competencia judicial internacional corresponde a los órganos jurisdiccionales moldavos. La competencia judicial internacional corresponde a los juzgados moldavos si concurre cualquiera de estos foros: competencias exclusivas (art. 461), domicilio del demandado en República de Moldavia (art. 459, apartado 3), competencias alternativas o especiales por razón de la materia (art. 460), la prórroga de la competencia (art. 462).

34. Como el Derecho Internacional Privado moldavo carece de reglas específicas para los contratos de consumo, a continuación analizaremos los foros generales mencionados anteriormente que serán aplicables igualmente a los contratos de consumo. Las reglas generales de determinación de la competencia judicial internacional según el Código Procesal Civil moldavo se establecen en función de la nacionalidad de los participantes en litigio (una de las partes o ambas partes son ciudadanos u organizaciones extranjeros)⁶¹ y en función del domicilio (residencia) del ciudadano demandado o la sede de la organización (empresa) demandada extranjera, si tienen su sede en República de Moldavia. Subrayamos la presencia de una laguna legal en este artículo al referirse al elemento extranjero sólo a “las personas extranjeras” o a las relaciones jurídicas entre “una parte de nacionalidad moldava y otra extranjera”. Este

⁵⁹ Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal, concluida entre los Estados miembros de la Comunidad de los Estados Independientes (CEI), firmada en Minsk el 22 de enero de 1993, ratificada por la Decisión del Parlamento de la República de Moldavia n° 402-XIII, el 16 de marzo de 1995 (en vigor para la República de Moldavia desde el 26 de marzo de 1996); Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal, concluida entre los Estados miembros de la Comunidad de los Estados Independientes, firmada en Chisinau el 7 de octubre de 2002 (en vigor para algunos de los Estados de la Comunidad de los Estados Independientes el 27 de abril de 2004).

⁶⁰ Tratado entre la RM y Rumania sobre la asistencia judicial en materia civil y penal del 6 de julio de 1996, ratificada por la Decisión del Parlamento n° 1018-XIII del 3 de diciembre de 1996 (en vigor desde 22 de marzo de 1988); Tratado entre la República de Moldavia y Ucrania sobre la asistencia judicial y las relaciones jurídicas en materia civil y penal del 13 de diciembre de 1993, ratificada por la Decisión del Parlamento n° 261-XIII del 4 de noviembre de 1994 (en vigor para RM desde el 24 de abril de 1995); Tratado entre la República de Moldavia y la Federación Rusa sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal del 25 de febrero de 1993, ratificado por la Decisión del Parlamento de la República de Moldavia n° 260-XIII del 4 de noviembre de 1994 (en vigor desde el 26 de enero de 1995); Tratado entre la República de Moldavia y República Letonia relativo a la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal del 14 de abril de 1993, ratificado por la Decisión del Parlamento de la República de Moldavia n° 1487-XII del 10 de junio de 1993 (en vigor desde el 18 de junio de 1996); Tratado entre la República de Moldavia y la República Lituania sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal del 9 de febrero de 1993, ratificado por la Decisión del Parlamento de la República de Moldavia n° 1487 a-XII del 10 de junio de 1993 (en vigor desde el 18 de febrero de 1995); Acuerdo entre la República de Moldavia y República de Turquía sobre la asistencia judicial en materia civil, mercantil y penal del 22 de mayo de 1996, ratificado por la Decisión del Parlamento de la República de Moldavia n° 1017-XIII del 3 de diciembre de 1996 (en vigor desde el 23 de febrero de 2001); Tratado entre la República de Moldavia y la República Azerbaiyán sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal del 26 de octubre de 2004, ratificado por la Ley del Parlamento de la República de Moldavia n° 33 del 14 de abril de 2005; Acuerdo entre la República de Moldavia y el Gobierno de la República Italiana sobre la asistencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales en materia civil del 7 de diciembre de 2006 (hasta ahora no en vigor).

⁶¹ El artículo 459, párrafo 1 del Código Procesal civil moldavo dice: *(1) Los órganos jurisdiccionales de la República de Moldavia son competentes para solucionar los litigios civiles surgidos entre una parte de la República de Moldavia y otra extranjera, o entre ambas partes extranjeras, según lo previsto por el presente capítulo.*

artículo necesita una reforma, es necesario extender dichos criterios a cualquier elemento extranjero presente en una relación jurídica.

35. El foro general de competencia- el domicilio del demandado está regulado en el párrafo 3 del artículo 459 del Código Procesal Civil moldavo. Conforme a dicho foro de competencia las personas físicas o jurídicas domiciliadas en un Estado estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. La formulación del domicilio del demandado como foro general pretende acercar el órgano jurisdiccional competente a la situación de las partes litigantes para facilitar su defensa. Es un foro general también aplicable en materia de los contratos de consumo, ante la falta de normas especiales de protección para los consumidores.

36. No obstante, el párrafo 2 del artículo 459 del Código Procesal Civil moldavo indica que la competencia de los órganos jurisdiccionales moldavos en el enjuiciamiento de los asuntos civiles con elemento extranjero se determina en conformidad con las disposiciones del Capítulo IV, salvo que el Capítulo XLI establezca lo contrario. A nivel nacional fue adoptado un foro especial de determinación de la competencia del órgano jurisdiccional en materia de consumo previsto en el Capítulo IV artículo 39, párrafo 10 del Código Procesal Civil. De esta manera, la elección de los juzgados pertenece al demandante: “(10) La acción derivada de la protección de los derechos de los consumidores puede ser interpuesta igualmente ante el juzgado del domicilio del demandante o del lugar de conclusión o ejecución del contrato [...]”. Con independencia del foro general del domicilio del demandado, podemos señalar que en los litigios de consumo, el consumidor puede demandar al profesional ante sus propios tribunales o ante los tribunales del lugar de conclusión o de ejecución del contrato.

37. En los casos que no pueda ser aplicada dicha norma, el demandante (el consumidor perjudicado) puede elegir la el órgano jurisdiccional competente según los siguientes principios:

- La acción que nace de la actividad de una filial o representante de una persona jurídica puede ser interpuesta ante la sede del juzgado de su representante o filial (párrafo 3 del artículo 39 del Código Procesal Civil moldavo);
- La acción de reparación del perjuicio causado por la lesión de integridad corporal o por otra lesión de salud puede ser interpuesta por el demandante (el consumidor perjudicado) sea ante el juzgado de su domicilio o ante el juzgado del lugar donde tuvo lugar el perjuicio (párrafo 8 del artículo 39 del Código Procesal Civil moldavo);
- Las acciones de reparación de los daños causados por los bienes (otras que los bienes defectuosos) de un ciudadano (el consumidor) se interponen ante el juzgado del lugar donde fue causado el daño (párrafo 9 del artículo 39 del Código Procesal Civil moldavo);
- Las acciones dirigidas contra el demandado persona jurídica o persona física de nacionalidad moldava con la sede o el domicilio en otro Estado, se interponen igualmente antes los órganos jurisdiccionales de la sede o del domicilio del demandante o ante los órganos jurisdiccionales donde estén situados los bienes del demandado en el territorio de la República de Moldavia (párrafo 12 del artículo 39 del Código Procesal Civil moldavo);
- La acción dirigida contra varios demandados (profesionales) que tienen domicilios (sedes) distintos, se interpone ante el juzgado del domicilio (sede) de unos de los demandados (artículo 42 del Código Procesal Civil moldavo).

38. Las interpretaciones realizadas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República de Moldavia relativas a la aplicación de la legislación sobre la protección de los consumidores en el enjuiciamiento de los asuntos civiles de 2006, en el punto 48 establecen que al consumidor se le ofrece la posibilidad de demandar al profesional ante el juzgado del lugar del domicilio del demandante o del lugar donde se produjo el daño, o del lugar de la ejecución del contrato que fue previsto por las cláusulas contractuales.

39. En este caso estamos ante foros alternativos ofrecidos al consumidor para proteger mejor sus intereses cuando actúa como demandante. Dicha competencia alternativa de foros prevista para los consumidores cuando actúan como demandantes se establece para las situaciones nacionales, no obstante puede extender su aplicación a las situaciones privadas internacionales. Dichos foros serán aplicables salvo que el Capítulo XLI del Código Procesal Civil no establezca lo contrario al determinar las reglas de competencia judicial internacional.

40. El Código Procesal Civil moldavo guarda silencio en los casos cuando hay acciones entabladas contra el consumidor, no hay ningún foro de protección previsto para amparar a los consumidores. Por ello, el consumidor moldavo puede ser demandado tanto ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, como ante los tribunales del domicilio del profesional (podría ser cualquier país del mundo). En estas situaciones, el consumidor moldavo está totalmente desprotegido. Es lógico que el párrafo 10 del artículo 39 fuese pensado para las situaciones nacionales, por ello ofrece foros alternativos para el consumidor demandante y no para el consumidor demandado.

41. A falta de un foro especial de competencia judicial internacional de protección de los consumidores, debemos acudir también a las competencias especiales por razón de la materia previstas en el artículo 460 del Código Procesal Civil, párrafo 1 (competencia de los juzgados de República de Moldavia en los casos con elemento extranjero)⁶².

42. Según el artículo 460 del Código Procesal Civil moldavo podemos deducir que en materia de protección de los consumidores, el juzgado moldavo es competente para juzgar los litigios cuando:

- 1) el órgano de administración, la agencia, la sucursal, el representante de la persona extranjera tenga su sede en territorio de la República de Moldavia;
- 2) el demandado tenga sus bienes en territorio de la RM;
- 3) el daño causado por la lesión de integridad corporal u otras lesiones o el daño que haya causado la muerte tuviera lugar en territorio de la República de Moldavia o el demandante tenga su domicilio en la República de Moldavia;
- 4) el daño o perjuicio ocasionado por un bien producido en República de Moldavia.
- 5) la acción que resulta de un contrato cuyo plena o parcial ejecución, debe o debiera tener lugar en la República de Moldavia.

⁶² El párrafo 1 del artículo 460 del Código Procesal Civil moldavo dispone: “1. Los juzgados moldavos son competentes para enjuiciar los litigios con elemento extranjero en los siguientes casos:

- a) el órgano de administración, la agencia, la sucursal, el representante de la persona extranjera tenga su sede en territorio de la República de Moldavia;
- b) el demandado tenga sus bienes en territorio de la República de Moldavia;
- c) en los litigios relativos al pago de los alimentos y a la comprobación de paternidad cuando el demandante tenga el domicilio en la República de Moldavia;
- d) el daño causado por la lesión de integridad corporal u otras lesiones o el daño que haya causado la muerte tuviera lugar en territorio de la República de Moldavia o el demandante tenga su domicilio en la República de Moldavia;
- e) el hecho u otra circunstancia que sirve como fundamento para la incoación de la acción judicial de reparación del perjuicio causado por un bien que fuese producido en la República de Moldavia;
- f) la acción que resulta de un contrato cuyo plena o parcial ejecución, debe o debiera tener lugar en la República de Moldavia;
- g) la acción que resulte del enriquecimiento sin justa causa que tuvo lugar en la República de Moldavia;
- h) en los juicios de disolución del matrimonio donde el demandante tenga su domicilio en la República de Moldavia o, por lo menos, uno de los cónyuges sea ciudadano de la República de Moldavia;
- i) en los juicios relativos a la tutela del honor, dignidad y reputación profesional donde el demandante tenga su domicilio en la República de Moldavia;
- j) en los juicios sobre la protección en el extranjero de la propiedad intelectual de una persona domiciliada en la República de Moldavia, la persona es ciudadano moldavo o apátrida, pero por el convenio de las partes no fuese establecida otra competencia.
- k) en los juicios entre los extranjeros, según lo convenido expresamente, pero cuando la relación jurídica tiene un nexo con los derechos sobre los bienes o sobre los intereses de las personas moldavas;
- l) otros casos establecidos por la ley”.

43. Como afirma la profesora UNGUREANU⁶³, según la calificación depende la designación del órgano jurisdiccional competente, una realidad relevante en materia de responsabilidad por los productos que ocasionaron perjuicios al consumidor. Estas calificaciones localizan la competencia alternativamente, tanto en las obligaciones contractuales, como en las obligaciones extracontractuales.

44. Si un demandante extranjero interpone la demanda judicial ante los juzgados moldavos, pero el litigio no tiene vínculos con el sistema de derecho moldavo, en este caso los órganos jurisdiccionales moldavos se declaran incompetentes según las disposiciones del artículo 459, párrafo 4 del Código Procesal Civil.

45. Si un consumidor moldavo interpone la demanda judicial ante un órgano jurisdiccional extranjero que se declara incompetente para solucionar el litigio, en este caso el consumidor moldavo puede interponer dicha demanda ante el juzgado moldavo competente para enjuiciar el litigio surgido entre las partes contratantes, lo que podemos deducir del párrafo 2 del artículo 460 del Código Procesal Civil moldavo.

46. Los artículos 459 y 460 del Código Procesal Civil de la República de Moldavia establecen las reglas de competencia judicial de los órganos jurisdiccionales moldavos. Cuando los derechos e intereses legítimos del consumidor moldavo (extranjero o apátrida) fueron lesionados por un profesional (nacional o extranjero) en los supuestos previstos por los artículos mencionados anteriormente, éste puede interponer la demanda judicial ante los juzgados moldavos. El juzgado va a determinar su competencia material según las normas generales previstas por los capítulos III-IV del Código Procesal Civil de 2003.

47. En definitiva, mencionamos que los órganos jurisdiccionales moldavos son competentes para solucionar los litigios de consumo en materia de derecho internacional privado en los siguientes casos:

- Si el demandado o el demandante-*persona física*- parte del litigio es ciudadano de la República de Moldavia;
- Si el demandado o del demandante- persona física o jurídica tiene el domicilio o la sede en República de Moldavia;
- Si el órgano de administración, la agencia, la sucursal, el representante de la persona extranjera demandada o demandante tenga la sede en territorio de la República de Moldavia;
- Si el demandado tiene bienes en territorio de la República de Moldavia;
- Si el daño producido o el hecho que ha causado daños a la vida, salud o a la propiedad de la persona tuviesen lugar en el territorio de la República de Moldavia;
- Si la ejecución del contrato va a tener lugar o haya tenido lugar en el territorio de la República de Moldavia.

48. En nuestra humilde opinión, consideramos necesaria la adopción de un foro especial de protección de los consumidores en las relaciones contractuales internacionales. Sería bienvenida la inclusión de un nuevo artículo en el Código Procesal Civil moldavo que regule los foros de protección en los contratos internacionales de consumo con el fin de crear un parámetro protector y una seguridad jurídica en el tráfico externo.

49. Como ejemplo y punto de referencia nos pueden servir los foros de protección establecidos por el artículo 18 del Reglamento 2015/2012⁶⁴. Las normas de competencia judicial, establecidas en este

⁶³ C.T. UNGUREANU, *Drept international privat. Protectia consumatorilor si raspunderea pentru produsele civile*, Bucuresti, Ed.: All Beck, 1999, p. 27.

⁶⁴ El artículo 18 del Reglamento 2015/2012: “1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor.

Reglamento en principio se aplican siempre que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Si no lo está, entonces queda sometido por regla general a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores la competencia prevista en los artículos 17 a 19 deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado (Cdos. 13 y 14).

50. El artículo 18 del Reglamento 1215/2012 se caracteriza por su naturaleza tuitiva, ya que el consumidor puede demandar a la otra parte ante los órganos jurisdiccionales del domicilio de ésta o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor mientras que el consumidor sólo puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que tenga su domicilio. La regla general es que la demanda contra un consumidor tiene que presentarse ante los tribunales del Estado miembro donde está domiciliado y sólo cuándo sea totalmente imposible localizar su domicilio podrá ser demandado en el Estado miembro en el que se encuentra el último domicilio conocido⁶⁵.

51. El artículo 18 del Reglamento 1215/2012 nos ofrece unas soluciones altamente protectoras para el consumidor, porque el consumidor si actúa como demandante podrá escoger entre los órganos jurisdiccionales de su domicilio o del empresario. Y además, cabe destacar que con la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012 en su artículo 18.1 en los contratos celebrados con los consumidores se amplían las normas de competencia a los demandados domiciliados en terceros Estados, porque el consumidor comunitario, puede por lo tanto demandar a su contraparte aunque esté domiciliada fuera de la Unión Europea.

52. El artículo 18 del Reglamento 1215/2012 mantiene el principio “*forum actoris*” regulado por su precedente, el Reglamento 44/2001 considerado legítimo porque tiene el objetivo de proteger los intereses del consumidor, porque puede plantear la acción judicial lo más cerca posible de su domicilio, constituyendo la máxima protección del consumidor. Recordamos que en el Convenio de Bruselas la competencia territorial era determinada por el derecho propio de cada Estado. Debido a la introducción del principio “*forum actoris*”, se establece no solo la competencia judicial internacional, sino también el tribunal territorialmente competente, es decir *el tribunal del lugar de su domicilio*. Para crear una confianza en las transacciones transfronterizas, para asegurar medios de acceso a la justicia y una regulación material que asegure un nivel mínimo de protección, articulada a través de un sistema conflictual uniforme, la creación de un foro tuitivo es indispensable en este sentido.

53. En palabras de la profesora ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR⁶⁶, la proximidad de los tribunales al consumidor es presupuesto de un sistema protector del mismo, por lo que cabe entender en los foros en materia de contratos celebrados con la participación de consumidores aún cuando prime el principio de protección de consumidor, subyacente al principio de vinculación razonable. Por último, cabe mencionar que en los foros en materia de protección de los consumidores se abandona el principio de proximidad, y se instituye un foro de protección - *forum protectionis* - para favorecer la posición jurídica del consumidor, como la parte más débil en la relación contractual.

54. A nivel comunitario, en las relaciones contractuales donde participa el consumidor, existen foros privilegiados, de los cuales se va a beneficiar bajo determinadas condiciones. Se trata de foros de protección porque defienden el interés de una de las partes en el litigio, es decir de la parte más débil de

2. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor.

3. El presente artículo no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección”.

⁶⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2011, Asunto C-327/10, *Hypoteční banka c. Mike Lindner*, *European Court Reports*, 2011 -00000.

⁶⁶ S.F. ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de los consumidores*, Granada, Comares, 2006, p. 107.

la relación jurídica. El foro protector de los consumidores constituye uno de los foros más relevantes que se inserta en el marco de la política comunitaria de protección de los consumidores. Igualmente se contempla la posibilidad de que las partes puedan elegir el foro al que van a someter el litigio. Se trata del principio de autonomía de voluntad de las partes contratantes a la hora de determinar el órgano jurisdiccional competente que va a solucionar el litigio. El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica, en cuya virtud éstas determinan el tribunal competente para conocer de los litigios que eventualmente puedan surgir entre ellas. Dicha sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso o de forma tácita, esto es, mediante ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a un determinado órgano jurisdiccional⁶⁷.

55. El principio de autonomía de la voluntad de las partes representa uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado en materia contractual, un principio frecuentemente encontrado en el Derecho Comparado. Para mantener el equilibrio de las partes contratantes en los contratos en los cuales una parte es más débil frente a otra parte contratante, hace falta una limitación de la autonomía de las partes contratantes con el fin de eliminar la opresión del profesional contra la parte más débil contratante - el consumidor. En este sentido, cabe señalar la afirmación de un eminente jurista alemán NEUHAUS, que ha evidenciado la importancia de la autonomía de voluntad de las partes contratantes en la reglamentación del Derecho Internacional Privado de los contratos, precisando que dicha autonomía ha perdido su sentido, al igual que la autonomía en derecho material, cuando permite la potestad de la parte más fuerte frente a la parte más débil⁶⁸.

56. En el Derecho Internacional Privado europeo podemos mencionar que el artículo 17 del Reglamento 1215/2012 establece soluciones tuitivas para los consumidores, sin embargo, dichas pueden ser excepcionadas por el juego de la autonomía de la voluntad. No obstante, en los contratos internacionales de consumo se limita la autonomía de voluntad en tanto en cuanto beneficie al consumidor.

57. El artículo 19 del Reglamento 1215/2012 establece que los acuerdos atributivos de competencia en los contratos celebrados por los consumidores ya sea por vía tradicional, o ya sea por vía electrónica, sólo operan si se trata de acuerdos celebrados con posterioridad al nacimiento del litigio, o si son acuerdos que permitan al consumidor formular demandas ante los tribunales distintos a los indicados en el Reglamento; o finalmente, si se trata de acuerdos que, estando ambos contratantes domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado parte en el momento de la celebración del contrato, sometieran el asunto a los tribunales de tal Estado, siempre que la ley de éste no prohíba tales acuerdos. Esta última disposición trata de proteger al cocontratante del consumidor ante la situación en que, en un momento posterior a la celebración del contrato, el consumidor transfiere su domicilio a otro Estado y que, por consiguiente, a falta de convenio entre las partes, conlleva iniciar el litigio ante los tribunales del nuevo Estado. En segundo lugar, pretende también proteger la apariencia que se deduce de la residencia habitual de una persona en un lugar diverso al de su domicilio, apariencia con la que pudo contar el contratante del consumidor⁶⁹.

58. Sin embargo el Código Procesal Civil moldavo cómo ya los hemos mencionado no establece ningún foro especial de protección del consumidor, así que tampoco regula los acuerdos atributivos de competencia en materia de consumo.

59. El Código Procesal Civil moldavo contiene una norma general llamada competencia contractual o también la “*prorrogación de la competencia*”. Es una extensión de la competencia de un órgano jurisdiccional según una ley, decisión judicial pronunciada por un órgano judicial superior o

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, A.-L., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica Procesal Civil Internacional (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos)*, Granada: Comares XXIII, 2001, pp. 100-102.

⁶⁸ M. NEHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. éd., Tübingen, 1976, p. 257.

⁶⁹ L. F. CARRILLO POZO, “Competencia en materia de contratos...”, op. cit., p. 317.

mediante un acuerdo entre las partes litigantes para resolver litigios, que habitualmente no entran en su competencia. La competencia contractual tiene un carácter dispositivo en materia de derechos materiales civiles, así como de los derechos procesales civiles. Antes de incoar el procedimiento judicial, las partes litigantes mediante un convenio pueden cambiar la competencia judicial internacional prevista por las normas de un juzgado al otro. La prorrogación tiene naturaleza internacional cuando el juzgado del foro extiende su competencia en detrimento de un tribunal extranjero, o al revés. La doctrina jurídica establece que la prorrogación puede ser clasificada en legal, judicial y convencional⁷⁰.

60. Analizando el artículo 462, párrafo 1 del Código Procesal Civil moldavo⁷¹ la competencia judicial internacional puede ser cambiada mediante el acuerdo de las partes por dos modalidades:

- a) se otorga a un juzgado extranjero la competencia de juzgar la acción judicial que es de competencia de los juzgados moldavos en conformidad con las disposiciones de la ley;
- b) la concesión al órgano judicial moldavo la competencia de juzgar un litigio del que no tiene su competencia.

61. El cambio de la competencia judicial internacional para enjuiciar un litigio sólo se permite con el cumplimiento de la única condición, es decir, que se haga antes de incoar el proceso civil. Dicho acuerdo de prorrogación de competencia judicial internacional se puede firmar tanto en los litigios ya aparecidos, como en los eventuales litigios. No se puede cambiar la competencia judicial mediante el acuerdo de las partes en los casos establecidos por el párrafo 2 del artículo 461 del Código Procesal Civil. La competencia judicial en los litigios de derecho internacional privado fijada en el artículo 33 (Competencia de las Cortes de Apelación), el artículo 34 (Competencia de la Corte Suprema de Justicia), el artículo 36 (Competencia de las Cortes de Apelación Económicas), el artículo 40 (Competencia excepcional) no puede ser cambiada por el acuerdo de las partes⁷². Tampoco es posible la prorrogación de competencia en el caso de competencia exclusiva de un juzgado de la República de Moldavia o del órgano jurisdiccional extranjero.

62. Para prorrogar la competencia establecida en el artículo 462 del Código Procesal Civil el convenio celebrado por las partes se permite sólo en los casos de competencia judicial internacional, ya que la competencia judicial interna está fuera del ámbito de las reglamentaciones del artículo 462 del Código Procesal Civil.

63. Dicho convenio de prorrogación se puede extender también a los litigios de consumo. No es válido el convenio, si las partes eligen la competencia de un juzgado extranjero, cuando el litigio es de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales moldavos (las disposiciones previstas por el artículo 461 del Código Procesal Civil moldavo) y viceversa. Señalamos que existen casos legales que indican expresamente la posibilidad de modificación de la competencia, lo que está previsto en el párrafo 3, del artículo 33 del Tratado de asistencia jurídica entre República de Moldavia y Ucrania, el artículo 21 del Convenio de asistencia jurídica entre los Estados miembros de CEI, el artículo 21, párrafo 2 del Tratado de asistencia jurídica entre República de Moldavia y la Federación Rusa). Cuando no exista una norma de competencia internacional, entonces por acuerdo de las partes se establece la competencia en conformidad con el artículo 41 del Código Procesal Civil de la República de Moldavia⁷³.

⁷⁰ V. BABARA, *Dreptul International Privat*, Chişinău, ed. a 3-a, Ed.: „Elena-V.I.”, SRL, 2009, p. 128.

⁷¹ El párrafo 1 del artículo 462 del Código Procesal Civil moldavo dispone: “(1) *En un litigio de naturaleza civil con elemento extranjero, las partes antes de la incoación del proceso, pueden cambiar la competencia del litigio e investir un determinado tribunal con competencia jurisdiccional (la prorrogación convencional)*”.

⁷² En este sentido, el Convenio sobre la asistencia judicial y las relaciones jurídicas en los procesos de orden civil, de familia y penal entre los Estados CEI de 22 de enero de 1993 establece en su artículo 21 que los órganos jurisdiccionales disponen del derecho a examinar otras circunstancias, si existe un acuerdo escrito entre las partes sobre su transmisión, reflejando directamente que en estos casos la competencia exclusiva no puede ser cambiada mediante el acuerdo entre las partes.

⁷³ El artículo 41 del Código Procesal Civil de la República de Moldavia denominado “Competencia contractual” dispone: “*Las partes pueden cambiar mediante el convenio de la competencia territorial en el asunto respectivo. Sin embargo, la competencia fijada por los artículos 33, 34, 36 y 40 no puede ser modificada por el acuerdo de las partes*”.

64. El artículo 463 del Código Procesal Civil moldavo establece que los juzgados moldavos mantienen su competencia, cuando ya incoaron el proceso civil y examinaron la demanda judicial con elemento extranjero, pero durante el proceso judicial el demandante cambiara su nacionalidad, domicilio o intervinieron otras circunstancias que modifican la competencia de los juzgados extranjeros.

65. En los contratos internacionales de consumo, el principio de autonomía de la voluntad debe ser limitado para ofrecerle una seguridad al consumidor, siendo la parte más débil contractual. A pesar de que en la doctrina jurídica los acuerdos atributivos de competencia después del nacimiento del litigio previstos por el artículo 17 del Reglamento 44/2001 (actualmente el artículo 19 del Reglamento 1215/2012) fueron objeto de debate, ya que algunos autores destacaban sus desventajas⁷⁴.

66. Consideramos que el artículo 19 del Reglamento 1215/2012 hace referencia a un acuerdo concluido de forma consciente por las partes, después de la aparición del litigio entre el consumidor y el empresario. No se trata de una cláusula presente en un contrato de adhesión, porque ya existe el litigio y por eso las posiciones de las ambas partes se igualan sensiblemente. Y por otra parte, al consumidor se le permite optar por otros fueros no previstos en el artículo 19 del Reglamento, favoreciéndole al consumidor.

67. En conclusión, mencionamos que los foros designados por las partes contratantes mediante el juego de la autonomía de voluntad responden a sus intereses a la hora de contratar. Cuando las partes contratantes están situadas en situación de igualdad, el principio de autonomía de voluntad es el que mejor revela sus intereses contractuales. Pero, en las situaciones con la presencia de los consumidores - la parte contratante más débil económicamente y menos experimentada jurídicamente, necesita más protección, por ello es necesario limitar este principio. En el Derecho Internacional Privado europeo, a través de las normas del artículo 19 del Reglamento 1215/2012 el consumidor dispone de mecanismos legales para corregir dicha disparidad contractual, con el fin de proteger sus intereses y no de disminuir por el principio de la autonomía de voluntad. Los foros designados por las partes contratantes por el juego de la autonomía de voluntad son los que mejor responden a los intereses de los consumidores. Se trata de una autonomía, en la medida de que sólo cabe su utilización en tanto cuanto beneficie al consumidor. Sería bienvenida la adopción de un foro en el Código Procesal Civil moldavo que regule también los acuerdos atributivos de competencia en los contratos internacionales de consumo. Dicha norma ofrecería una serie de ventajas para el consumidor, como son la seguridad jurídica, la reducción de costes derivados del litigio, la celeridad en el proceso, etc.

68. A pesar de que el legislador moldavo realizó un trabajo continuo para desarrollar la protección de los consumidores aún existen lagunas y contradicciones en la legislación vigente. Tanto las normas de producción interna, como los convenios internacionales no contienen foros de protección para los consumidores en las situaciones privadas internacionales. Es un buen comienzo la protección del consumidor a nivel nacional, pero hoy en día como el concepto del consumidor tiene vocación internacional es necesario adoptar normas protectoras a las situaciones con elemento extranjero.

IV. La ley aplicable a los contratos internacionales de consumo

69. Una vez establecido que el órgano jurisdiccional moldavo es competente para solucionar el litigio de consumo el juez se enfrenta al problema de determinar la ley aplicable al fondo del asunto. Las normas de Derecho Internacional Privado que determinan la ley aplicable están previstas en los convenios internacionales, el Código Civil y otras leyes de la República de Moldavia, así como las costumbres internacionales reconocidas en el territorio moldavo.

⁷⁴ L. KRAMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Collection Droit et Consommation 15, Bruxelles, Ed.: Story, 1988, pp. 359-360.

70. Para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo se aplica la Ley sobre la protección de los consumidores de 2003, en la medida que no contraviene a las disposiciones del Código Civil moldavo. Por falta de una norma de conflicto especial en materia de los consumidores, se aplican las reglas generales previstas por la Parte III del Código Civil moldavo. Sin embargo, si los Convenios internacionales en los que República de Moldavia es parte, prevén disposiciones distintas de las reglamentaciones nacionales sobre la protección de los consumidores, se aplicarán las normas de los convenios internacionales en conformidad con lo previsto por el artículo 7 del Código Civil moldavo⁷⁵ y el artículo 4, párrafo 2 de la Constitución de la República de Moldavia⁷⁶. Tampoco existen normas de conflicto que regulen los contratos de consumo celebrados a través de Internet, lo que constituye una laguna considerable en la legislación moldava hoy en día con el aumento de las compras por Internet. Por eso, cuando surgen litigios de consumo en la contratación electrónica, se utilizan las reglas generales previstas por la Ley sobre la Protección de los Consumidores de 2003.

71. La norma general que determina la ley aplicable a las relaciones de derecho civil con elemento extranjero está contemplada en el artículo 1576, párrafo 1 del Código Civil moldavo⁷⁷. Es una regla general que regula la determinación del derecho aplicable a una relación con elemento extranjero. Como criterio subsidiario para determinar la ley aplicable a las relaciones con elemento extranjero se recurre al principio de *proper law*⁷⁸. Es decir, cuando es imposible determinar la ley aplicable o falta la norma de conflicto, el juez aplicará el derecho del Estado que presenta vínculos más estrechos con la relación jurídica en cuestión. Los vínculos establecen el nexo de la situación privada internacional con un determinado derecho material de un determinado Estado. De este modo, no se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva jurídica del demandante por el motivo que no es posible determinar la ley aplicable a la relación jurídica civil.

72. Si la norma de conflicto designa la aplicación del derecho extranjero, los juzgados moldavos están obligados a aplicarlo de oficio, sin tener en cuenta si la parte se ha personado o no en el procedimiento o si haya manifestado o no su consentimiento en cuanto a su aplicación. El derecho extranjero se aplica en los casos, en las condiciones y en los límites establecidos por las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado moldavo. El artículo 1578 “La determinación del contenido de las normas de derecho extranjero” regula la aplicación del derecho extranjero. Según su naturaleza, la aplicación del derecho extranjero no es sólo una mera recepción del derecho extranjero, sino que constituye el mismo empleo del derecho extranjero.

73. En cuanto a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo habrá que distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual surge de los perjuicios causados por la adquisición de bienes, por los vicios aparentes u ocultos de los productos, y además constituye la forma de responsabilidad predominante en la legislación moldava. Asimismo, la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos tiene como base la acción judicial contractual. Pero, cuando se trata de los daños ocasionados por los productos, adquiridos por el consumidor, a su vida, salud o la integridad corporal estamos ante la responsabilidad extracontractual o delictual.

⁷⁵ El artículo 7 del Código Civil moldavo establece que: “*Cuando por las disposiciones del tratado internacional donde es parte República de Moldavia se establecen disposiciones distintas de las previstas por la legislación civil, se aplicarán las disposiciones del tratado internacional*”.

⁷⁶ El artículo 4, párrafo 2 de la Constitución de la RM dispone que: “*Si existen desacuerdos entre los pactos y los tratados sobre los derechos fundamentales humanos donde la República de Moldavia es parte y sus leyes nacionales, tendrán prioridad las reglamentaciones internacionales*”.

⁷⁷ El artículo 1576, párrafo 1 del Código Civil de la RM estipula que: “*(1) La ley aplicable a las relaciones de derecho civil con elemento extranjero se determina según las disposiciones de los convenios internacionales donde la República de Moldavia es parte, así como en conformidad con las disposiciones del presente Código, otras leyes de la República de Moldavia y las costumbres internacionales reconocidas en el territorio de la República de Moldavia*”.

⁷⁸ El artículo 1576, el párrafo 2 del Código Civil prevé que: “*(2) Cuando es imposible determinar la ley aplicable según el párrafo 1, se aplicará la ley que tenga vínculos más estrechos con las relaciones de derecho civil con elemento extranjero*”.

74. En materia contractual, como falta una norma de conflicto especial que determine la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo, recurrimos a las normas de conflicto generales previstas por el Código Civil moldavo que se aplican en materia de contratación. Analizando las normas de conflicto que designan la ley aplicable a los contratos en general, que serán aplicables también a los contratos internacionales de consumo:

1. La ley elegida por las partes contratantes
2. Los límites al principio de la autonomía de la voluntad
3. La ley aplicable en defecto de elección

1. La ley elegida por las partes contratantes

75. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes constituye una norma de Derecho Internacional Privado como otras normas de conflicto, ya que tiene el papel de la determinación del vínculo contractual con el sistema de derecho material de un determinado Estado. El principio de la autonomía de voluntad es una regla que permite a las partes contratantes elegir por sí mismas la ley aplicable a su contrato. Este principio en materia contractual promueve un cierto grado de libertad contractual, una libertad total, absoluta, un tipo de “*libertad salvaje*”, y debido a sus excesos tiene consecuencias adversas sobre la sociedad humana en las esferas económicas y sociales, lo que exige una reconsideración del concepto. Se impone la rehabilitación del equilibrio contractual perturbado, pero no en sentido de suprimir dicha libertad contractual, sino garantizar una protección mínima a todos los miembros de la sociedad⁷⁹, en este caso se trata de la tutela de los consumidores - la parte contratante que tiene una posición económica inferior y está menos experimentada jurídicamente frente al profesional.

76. Como regla general, el Reglamento Roma I indica que el contrato de consumo “se regirá por la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual [...]”⁸⁰. Sin embargo, existe la posibilidad de que las partes elijan una ley distinta, a condición de que esta elección no prive al consumidor de la protección brindada por las normas imperativas de la ley, que hubiera sido aplicable en defecto de elección la ley del Estado de residencia habitual del consumidor⁸¹.

77. Tanto el Derecho Internacional privado europeo como el moldavo regulan el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación. El artículo 6.2 del Reglamento Roma I nos indica que las partes contratantes pueden disponer de *electio legis* a la hora de celebrar con los consumidores, en conformidad con las disposiciones generales del artículo 3, a pesar de que el contrato cumple con las exigencias establecidas en el apartado 1 del artículo 6. No obstante, la ley elegida por las partes no podrá privar al consumidor de la protección que le ofrece la ley imperativa de su residencia habitual. Subrayamos que el Reglamento Roma I mantiene los dos pilares sobre los cuales se basaba el Convenio de Roma de 1980: la autonomía de voluntad y el principio de proximidad, atribuyéndoles un lugar importante que refuerza la seguridad jurídica.

78. Una vez elegido un concreto ordenamiento, la efectividad de la opción no va a estar en modo alguno asegurada, puesto que su validez vendrá condicionada por el juego de las excepciones de orden público y de fraude de ley, así como por el establecimiento de un marco legal especial, en determinadas materias, establecido por el legislador con la finalidad de proteger a la parte más débil. Uno de estos marcos legales especiales viene referido a los contratos celebrados por los consumidores.

79. Como afirma el profesor DIACONU, *lex voluntatis* representa un principio aplicable en la mayoría de los sistemas de derecho, de esa manera contribuye a una uniformidad en la solución de

⁷⁹ I. TURCU, L. POP, “*Contracte comerciale*”, vol. I, Bucuresti, Ed.: Lumina Lex, 1997, pp. 15 y ss.

⁸⁰ El artículo 6.1 del Reglamento Roma I.

⁸¹ El artículo 6.2 del Reglamento Roma I.

los conflictos en materia de los actos jurídicos⁸². El Derecho Internacional Privado moldavo guarda silencio sobre la aplicación del principio de la autonomía de voluntad de las partes contratantes en la celebración de los contratos de consumo con elemento extranjero. El Código Civil moldavo establece una norma general que regula la autonomía de voluntad en la contratación internacional, que igualmente la podemos aplicar a los contratos internacionales de consumo-el artículo 1610, el párrafo 1 del Código Civil moldavo⁸³. Por este artículo, se reconoce el principio de la autonomía de voluntad de las partes en una relación jurídica con elemento extranjero. Las partes disponen de la plena libertad de someter el contrato a cualquier derecho. La autonomía de las partes no implica una exoneración de la aplicación de las normas imperativas del sistema de derecho elegido - como el derecho aplicable al contrato. La elección directa (sea expresa o tácita) en conformidad con el consentimiento manifestado por las partes, tiene como objeto la aplicación del derecho material de un Estado extranjero, pero no a sus normas de conflicto, excluyéndose así el reenvío.

80. De las normas del Código Civil moldavo podemos deducir que la manifestación de la voluntad de las partes tiene como fin evitar un eventual conflicto de leyes. Las partes contratantes pueden someter la totalidad del contrato a un derecho, así como a cada parte del contrato a un derecho distinto⁸⁴. La autonomía de voluntad de las partes se manifiesta sobre la totalidad del contrato o sobre una única cláusula del contrato. La elección de la ley aplicable puede ser expresa o implícita, de modo que resulte del contenido del contrato⁸⁵ o de otras circunstancias⁸⁶. El juzgado debe respetar la elección de las partes, salvo que existan motivos legales para desconsiderar dicha elección, por ejemplo la violación de las leyes de policía, el fraude de la ley, etc.

81. Tanto el Reglamento Roma I, como el artículo 1610, párrafo 4 del Código Civil moldavo⁸⁷ establecen que la ley aplicable puede ser determinada por las partes contratantes antes, durante y después de la conclusión del contrato. Así, las partes pueden convenir en cualquier momento que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad. Cualquier modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de los terceros⁸⁸. Los contratantes pueden modificar posteriormente la ley aplicable al contrato o sólo una parte del contrato tanto para el futuro (*ex nunc*), como para el pasado (*ex tunc*)⁸⁹.

2. Los límites al principio de la autonomía de la voluntad

82. La libertad de elección del derecho aplicable tiene ciertos límites. Las limitaciones de la autonomía de las partes contratantes deben corresponder a las condiciones y los riesgos específicos. La limitación del principio de la autonomía de voluntad opera en aquellos supuestos en los que una de

⁸² N. DIACONU, *Drept internațional privat*, București, Ed.: Lumina Lex, 2007, p. 228.

⁸³ El artículo 1610, el párrafo 2 del Código Civil moldavo dice: "(1) El contrato se rige por la ley elegida por los contratantes mediante un acuerdo.

⁸⁴ El artículo 1610, el párrafo 2 del Código Civil moldavo dice: (2) Las partes contratantes pueden establecer la ley aplicable tanto al contrato en su conjunto, como a determinadas partes de éste.

⁸⁵ En el contenido del contrato pueden ser utilizados los términos comerciales aceptados en el circuito internacional, pero cuando faltan dichas precisiones sobre el contenido, las partes contratantes podrán indicar el uso de las costumbres correspondientes a los términos comerciales respectivos.

⁸⁶ El artículo 1610, el párrafo 3 del Código Civil moldavo dice: (3) La determinación de la ley aplicable debe ser expresa o que resulte de los términos del contrato o de otras circunstancias.

⁸⁷ El artículo 1610, el párrafo 4 del Código Civil moldavo dispone: (4) La ley aplicable puede ser determinada por las partes contratantes en cualquier momento, tanto en el momento de su conclusión como en cualquier otro momento posterior. Las partes contratantes disponen del derecho de acordar en cualquier momento la modificación de la ley aplicable.

⁸⁸ El artículo 1610, el párrafo 5 del Código Civil moldavo dice: (5) Después de la celebración del contrato, la determinación de la ley aplicable tiene efecto retroactivo cuando se considera válida a partir de su conclusión sin afectar a la validez formal del contrato o a los derechos adquiridos por las terceras personas por este contrato.

⁸⁹ M. BURUIANA, O. EFRIM., N. ESANU, A. BAIESU, (AA.VV.), *Comentariul Codului Civil al Republicii Moldova*, Vol. II, Chișinău, Ed.: ARC, 2006, p. 1332.

las partes contractuales es considerada más débil y, por consiguiente, existe falta de protección ante la designación de un ordenamiento jurídico estatal que perjudica sus intereses.

83. En cuanto al Reglamento Roma I, en general mantiene los límites de la autonomía de la voluntad de las partes. Según el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, las partes pueden elegir la ley aplicable a un contrato internacional de consumo. En principio, se mantiene la posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad, la cual disponen conforme al artículo 3 del Reglamento Roma I. Los contratantes, por tanto, dispondrán de las mismas posibilidades de elección que tienen las partes en la mayoría de los demás contratos. Sin embargo, la elección de la ley por las partes contratantes no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (el artículo 6.2 del Reglamento Roma I) (=criterio de la inderogabilidad *in peius*)⁹⁰. En caso contrario, “la elección de la ley aplicable podría transformarse en una imposición fraudulenta con perjuicios para el contratante más débil”⁹¹. Es suficiente que la ley elegida no ofrezca una protección jurídica al consumidor que sea inferior a la que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual. Cuando dicho pacto no fuera válido, se recurriría a la ley designada por la conexión supletoria (país de residencia habitual del consumidor).

84. En cuanto “al resultado de privar al consumidor de la protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y contenidas en la Ley del país en el que dicho consumidor tenga su residencia habitual” (el artículo 6.2 Reglamento Roma I), existen algunas interpretaciones en la doctrina jurídica. En primer lugar, entre tales disposiciones cabe entender no sólo las normas especiales para la protección de los consumidores, sino también las normas y desarrollos jurisprudenciales propios del Derecho general de los contratos que “igualmente sirvan para proteger a la parte débil del contrato”⁹². En segundo lugar, nadie discute que el carácter imperativo o, en su caso, el mecanismo de las disposiciones del país de residencia habitual del consumidor debe resolverse *unilateralmente* conforme a dicho ordenamiento jurídico estatal. LEIBLE afirma que si se cumplen las condiciones del artículo 6.2 Reglamento Roma I, la especial voluntad de eficacia internacional de estas normas debiera presumirse *iuris et de iure*⁹³. Y por último, según los profesores españoles CARRASCOSA GONZÁLEZ y GARCIMARTÍN ALFÉREZ el artículo 6.2 Reglamento Roma I no ha precisado ni *cómo se debe verificar* que la ley elegida no es una ley impuesta al consumidor para privarle de derechos esenciales, ni *quién debe acreditar* cuál de las leyes presenciales es más favorable al consumidor⁹⁴.

85. En la misma línea cabe mencionar que las disposiciones establecidas por el artículo 1582, párrafo 1 del Código Civil moldavo⁹⁵ hacen referencia a las normas imperativas, pero en igual medida prevén las leyes de aplicación inmediata aplicables según la disposición de la norma o su importancia para asegurar los derechos e intereses de los sujetos del derecho civil, indiferentemente de la ley de-

⁹⁰ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, 85, 2008, p. 20; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 140-142.

⁹¹ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 8.

⁹² S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, op. Cit., p. 21; J.-P. PIZZIO, “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations – Colloque Droit du marché et droit commun des obligations”, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1998, pp. 53-69.

⁹³ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, op. Cit., pág. 21.

⁹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, op. Cit., p. 283; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

⁹⁵ El artículo 1582 del Código Civil moldavo: “(1) Las disposiciones del presente libro no afecta a la acción de las normas imperativas de derecho de la República de Moldavia, según las cuales en virtud de la indicación directa en la norma o por su importancia especial para asegurar los derechos e intereses de los sujetos de derecho civil, regulan dichas relaciones indiferentemente del derecho aplicable.

signada en conformidad con las normas de conflicto generales. La frase “*los intereses de los sujetos de derecho civil*” es muy ambigua⁹⁶. Se plantea el problema que se entiende por los intereses de todos los sujetos de derecho civil moldavo y para eso hace falta tener en cuenta los intereses públicos de carácter económico, social, político o de otra naturaleza y no sólo los intereses de las partes contratantes en la relación jurídica correspondiente. Las normas de aplicación inmediata se imponen y se aplican directamente, cualquiera sea el derecho aplicable elegido por las partes contratantes o el derecho establecido por las normas de conflicto generales. La delimitación entre las normas imperativas y las normas de aplicación inmediata no está siempre muy claras en todos los casos. Cuando existen dudas, las normas de aplicación inmediata son aquellas que no sólo protegen los intereses de las partes contratantes, sino de una manera más elevada amparan los intereses públicos o también son aquellas que exigen expresamente su aplicación a las relaciones jurídicas con elemento extranjero.

86. El párrafo 1 del artículo 1582 del Código Civil moldavo constituye el marco general de aplicación de las leyes de aplicación inmediata. El legislador moldavo considera que la ley sobre la protección de los consumidores es una ley de aplicación inmediata, necesaria como son las leyes de policía⁹⁷. Por su naturaleza, por su contenido o por el interés marcado del legislador, dichas normas deben ser inmediatamente aplicadas sin hacer jugar la regla de conflicto. En este caso el fin y su contenido es la tutela del consumidor, como la parte contratante más débil de la contratación internacional.

87. La ley moldava sobre la protección de los consumidores se considera una ley de aplicación inmediata no sólo por la existencia del vínculo de domicilio o de residencia de los consumidores, sino también por la tutela de todos los consumidores como un interés general. Por una parte, el fin de la ley es tutelar al consumidor domiciliado en República de Moldavia, como la parte débil en la contratación, y por otra parte, es proteger el interés general que no puede causar un menoscabo en la organización social del Estado moldavo.

88. En el Derecho Internacional Privado moldavo las normas de aplicación inmediata extranjeras no son equiparables con las normas de aplicación inmediata nacionales. Las normas de aplicación inmediata extranjeras tienen como fin tutelar los intereses públicos del Estado extranjero y sus efectos surten sólo en el territorio del Estado respectivo. El Juez moldavo en general no aplica las leyes de aplicación inmediata extranjeras, pero en ocasiones puede tener en cuenta dichas leyes⁹⁸. Cómo el Derecho Internacional privado moldavo carece de regulación en este sentido, la libertad del juez moldavo en cuanto a la valoración cuáles son las leyes de aplicación inmediata, dicha libertad se extiende tanto a las leyes de aplicación inmediata del foro, como a las leyes extranjeras. Teniendo en cuenta que el derecho de los consumidores en República de Moldavia está en pleno desarrollo, su consideración como ley de aplicación inmediata puede conllevar en la práctica soluciones menos beneficiosas para los consumidores. Es posible que la ley moldava sobre la protección de los consumidores ofrezca menos protección y menos seguridad para los consumidores que la ley extranjera elegida por las partes contratantes. Y además, es muy difícil apreciar la naturaleza de las normas jurídicas en materia de consumo, ya que aún no existe jurisprudencia en dicha materia.

3. La ley aplicable en defecto de elección

89. El Reglamento Roma I y las normas del Código Civil moldavo nos ofrecen soluciones a falta de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales. No obstante, el Reglamento Roma I va

⁹⁶ M. BURUJANA, O. EFRIM, N. ESANU, A. BAIESU, (AA.VV.), *Comentariul Codului civil...*, op. Cit., pp. 1242 y ss.

⁹⁷ El artículo 1^a de la Ley Nº 105-XV, de 13 de marzo de 2003, de la protección de los consumidores, denominado *Ámbito de aplicación*: “(1) La presente Ley establece los requisitos generales de protección de los consumidores, les garantiza el marco general del acceso ilimitado a los bienes y servicios, les ofrece la información completa sobre las características esenciales de bienes y servicios, garantiza la protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en las prácticas comerciales desleales, garantiza su participación en la fundación y la toma de las decisiones que les afectan como consumidores”. (introducido por LP 140 de 28 de julio 2011, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* Nº 146 de 28 de agosto 2011.

⁹⁸ M. BURUJANA, O. EFRIM, N. ESANU, A. BAIESU, (AA.VV.), *Comentariul Codului Civil...*, op. Cit., p. 1243.

más allá y regula las situaciones de falta de elección del derecho aplicable en los contratos internacionales de consumo. Según el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, la ley de residencia habitual del consumidor es objetivamente aplicable en defecto de autonomía de la voluntad, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 6.1. El contrato de consumo se rige por la ley de la residencia habitual del consumidor, quedando descartada la conexión general en defecto de elección - residencia habitual del prestador característico. El concepto de residencia habitual para las personas físicas consumidores no se define en el Reglamento, por eso ha de concretarse, autónomamente, a partir de las circunstancias fácticas de cada supuesto.

90. La conexión del lugar de la residencia habitual del consumidor se justifica por diversas razones. Es una conexión favorable para conseguir el objetivo de tutelar al consumidor. La aplicación de la propia ley del consumidor le resulta más familiar lo que le ofrece un acceso más sencillo, menos costoso (es un litigio de escasa cuantía), un derecho más conocido para saber los plazos, el idioma etc. El Reglamento Roma I ofrece una garantía de protección a través de las normas de la ley de su país de residencia habitual. Es una norma que asegura una tutela eficaz del consumidor. Desde el punto de vista de la empresa que contrata con el consumidor es una ley perfectamente previsible; puesto que es la ley de un mercado en el que habitualmente opera o al que ha dirigido su actividad.

91. El apartado 3 del artículo 6 del Reglamento Roma I nos indica que: *“Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará en conformidad con los artículos 3 y 4”*. Se regirán por las normas generales aquellos contratos que no reúnen los requisitos establecidos en las letras a) y b) del apartado 1. Como hemos visto, el Reglamento mantiene la solución del CR conforme a la cual dichas cláusulas sólo juegan para bien del consumidor.

92. El Código Civil moldavo nos ofrece dos soluciones acerca de la determinación de la ley aplicable cuando las partes contratantes no han manifestado su voluntad sobre la elección de la ley aplicable o cuando dicha voluntad fue declarada nula.

93. En primer lugar, señalamos la solución prevista expresamente en el derecho conflictual de la República de Moldavia en el artículo 1611, párrafo 1 del Código Civil. Según este precepto, cuando faltan disposiciones sobre la elección de la ley por las partes contratantes, se aplica la ley del Estado con la que el contrato tenga vínculos más estrechos, salvo las excepciones previstas por el párrafo 2 del mismo artículo. El derecho con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos se determina para cada relación jurídica por el juzgado, en función del conjunto de circunstancias de derecho y de hecho, así como teniendo en cuenta las particularidades que presenta cada relación jurídica⁹⁹. El artículo 1611 establece como vínculo general el lugar de domicilio, residencia o del registro de la persona jurídica del “deudor de la prestación”¹⁰⁰ en el momento de la celebración del contrato. Eso constituye el criterio principal de localización, es decir la existencia de los vínculos más estrechos entre el contrato y el derecho.

94. Por prestación característica se entiende aquella prestación única (característica) para una variedad de contratos. Se refiere a los actos jurídicos en general¹⁰¹. La prestación característica se refiere a la función del contrato en la vida económico-social donde fue insertado. Esto significa que el deudor de la prestación característica es un profesional, para él el contrato concluido juega un papel importante en la vida socio-económica donde está desarrollando su actividad empresarial. La otra parte contratante suele

⁹⁹ M. BURUIANA, O. EFRIM, N. ESANU, A. BAIESU, (AA.VV.), *Comentariul Codului Civil...*, op. Cit., p. 1335.

¹⁰⁰ La expresión “*deudor de la prestación*” debe ser interpretada como el deudor de la prestación característica”, ya que sólo de esta manera puede ser identificado un solo deudor en un contrato bilateral. *Vid.* igualmente el profesor A. BAIESU, *Contractele comerciale internaționale*, Chișinău, CEP, USM, 2007, p. 70.

¹⁰¹ El artículo 1609, párrafo 2 del Código Civil moldavo dispone que: *“Las condiciones de fondo del acto jurídico están gobernadas por su autor o por la ley del Estado con cual el acto jurídico tenga vínculos más estrechos, o por la ley del lugar donde el acto jurídico unilateral fue elaborado”*.

ser un cliente para quien el contrato es una operación jurídica ocasional en su vida. Por ello, el contrato presenta los vínculos más estrechos con la ley del domicilio o de la residencia del deudor de la prestación¹⁰².

95. Del artículo 1611 párrafo 1, se deduce que a falta de elección de la ley aplicable por los contratantes, se aplique la Ley del Estado que tenga vínculos más estrechos con el asunto. Como criterio general, se aplicará la Ley del Estado del domicilio del deudor de la prestación en el momento de la celebración del contrato. En este caso, los intereses del consumidor pueden verse afectados por la aplicación de la ley del vendedor, ya que posiblemente no les ofrezca una protección beneficiosa. La solución sería que el consumidor justifique que la ley del vendedor no presenta los vínculos más estrechos con el contrato, sino es la ley de su domicilio o de su residencia, indicando los puntos de nexo, como por ejemplo cuándo fue ejecutado el contrato o si le ha ocasionado daños en el territorio de su país, o si el profesional tiene una filial en el territorio del país de residencia del consumidor. El juez dispone de plena libertad para establecer los vínculos más estrechos con el contrato, es decir puede ser la ley moldava o la ley extranjera. No obstante, en la práctica es posible que la ley del país del vendedor sea más ventajosa para el consumidor que la ley de su domicilio.

96. El párrafo 2 del artículo 1611 Código Civil moldavo establece algunas excepciones cuando se trata de la aplicación de la ley del Estado que tenga los vínculos más estrechos con el contrato¹⁰³. Según BABARA a falta de elección de la ley aplicable por los contratantes en la contratación internacional como criterios de determinación de la ley aplicable pueden servir además, el lugar de conclusión y el lugar de ejecución del contrato¹⁰⁴.

97. Como conclusión, podemos afirmar que no se puede establecer un criterio único o ciertos criterios para todos los tipos de contratos para determinar la ley aplicable cuando falta la *lex voluntatis*, ya que hace falta tener en cuenta las distinciones que existen entre los diversos contratos. Sin embargo, consideramos que los criterios de determinación de la ley aplicable deben ser establecidos por la ley y no por los tribunales judiciales según los criterios de valoración. Y además, es muy importante establecer criterios muy claros cuando una parte contratante es el consumidor.

V. La ley aplicable a la forma del contrato de consumo

98. En cuanto a la forma del contrato el artículo 11.4 del Reglamento Roma I establece dos reglas complementarias: una negativa y otra positiva. La regla negativa está prevista por los apartados 1 a 3 del artículo 11 del Reglamento. Dichas disposiciones no se aplican a los contratos internacionales de consumo contemplados por el artículo 6 del Reglamento Roma I. La regla positiva establece que

¹⁰² C. T. UNGUREANU, *Drept internațional privat. Protecția consumatorilor...*, op. cit., p. 55. La profesora UNGUREANU menciona que por el establecimiento de la ley del domicilio o de residencia de la parte contratante que realiza la prestación característica como un vínculo estrecho con el contrato, el legislador ha renunciado a la práctica de determinación de la ley aplicable por la investigación de la voluntad presumida de las partes contratantes. La regla de conflicto se basa en un fundamento objetivo: la naturaleza de la obligación de la relación jurídica. La ley de la prestación característica permite de establecer un vínculo conflictual del contrato por sus elementos internos-la naturaleza de la obligación, y no los elementos externos, como es la nacionalidad de las partes contratantes o el lugar de celebración del contrato.

¹⁰³ El párrafo 2 del artículo 1611 Código Civil moldavo dice : (2) *Por falta de un acuerdo entre las partes sobre la determinación de la ley aplicable al contrato, o por derogación del precepto previsto en el primer párrafo:*

a) *el contrato cuyo objeto es un bien inmueble, así como el contrato de administración fiduciaria, se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el bien;*
 b) *el contrato de trabajo en construcción y el contrato de trabajo para efectuar trabajos de proyección e investigación, se aplicará la ley del Estado donde fueron realizados los resultados previstos en el contrato;*
 c) *el contrato de asociación civil, se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicha actividad;*
 d) *el contrato celebrado durante una subasta o mediante el concurso, se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio fue organizada la subasta o el concurso [...]*”.

¹⁰⁴ V. BABARA “Legea aplicabilă contractelor în lipsa de *lex voluntatis*”, *Revista Națională de Drept*, 2006, núm. 5. pp. 23 y ss.

los contratos de consumo se someten a la ley del país de la residencia habitual del consumidor. Se trata de una norma de conflicto especial para las cuestiones de forma de los contratos internacionales de consumidores que opera, en todo caso, en este tipo de contratos. Como afirma MARTINY¹⁰⁵, la forma del contrato internacional de consumo constituye un punto de conexión único y una consecuencia jurídica: la aplicación de la ley del país en que tenga la residencia habitual el consumidor. En todo caso, no se establece ninguna exigencia de forma especial para la elección de la ley aplicable por las partes.

99. El artículo 11.5 del Reglamento Roma I establece una norma especial para las cuestiones de forma de ciertos *contratos cuyo objeto sea un bien inmueble*: “... todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en el que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: /a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y /b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo”. La amplitud con que está formulado el supuesto de hecho de esta norma (“todo contrato...”) evidencia con claridad que, en él, están incluidos tanto los contratos de empresa como los contratos de consumidores.

100. En cuanto al Derecho Internacional Privado moldavo señalamos que no hay ninguna norma de conflicto especial que regule las condiciones de forma de los contratos celebrados por los consumidores. Por ello, acudimos a la norma de conflicto general - el párrafo 1 del artículo 1613 del Código Civil moldavo¹⁰⁶.

101. El artículo 1609, párrafo 1 del Código Civil moldavo¹⁰⁷ regula la ley aplicable a la forma del acto jurídico. En la doctrina jurídica moldava hay un debate abierto sobre el artículo que regula la forma de los actos jurídicos en cuanto si puede ser aplicado o no a los contratos internacionales de consumo, cuando el consumidor tenga su domicilio o la residencia en el territorio de la República de Moldavia¹⁰⁸, al considerar que dichas reglas sobre la forma del contrato son normas imperativas moldavas.

VI. La ley aplicable a la responsabilidad delictual en los contratos internacionales de consumo en República de Moldavia

102. En materia delictual vemos un paso adelante realizado por el legislador moldavo, ya que establece una norma de conflicto especial que designa la ley aplicable en los litigios internacionales de consumo. En la legislación moldava de derecho internacional privado se adoptó una norma de conflicto para proteger a los consumidores- el artículo 1617 del Código Civil moldavo¹⁰⁹.

¹⁰⁵ D. MARTINY “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, p. 689.

¹⁰⁶ El párrafo 1 del artículo 1613 del Código Civil moldavo establece: “(1) *El contrato debe realizarse con las condiciones de forma establecidas por la ley estipuladas en el artículo 1609, párrafo 1.*”

¹⁰⁷ El artículo 1609, párrafo 1 del Código Civil moldavo prevé lo siguiente: “(1) *Las condiciones de forma del acto jurídico están establecidas por la ley del Estado que rige el fondo del acto jurídico. El acto jurídico concluido fuera del territorio de la RM se considera válido desde el punto de vista formal si cumple una de las siguientes condiciones:*

- a) *se respeta la ley del lugar donde fue emitido;*
- b) *se respetan las exigencias de la legislación de la RM;*
- c) *se respeta la ley nacional o el domicilio de la persona que emitió el acto;*
- d) *es válido en conformidad con la ley aplicable al órgano competente que examina la validez del acto jurídico”.*

¹⁰⁸ M. BURUIANA, O. EFRIM, N. ESANU, A. BAIESU, (AA.VV.), *Comentariul Codului civil...*, op. Cit., p. 1311.

¹⁰⁹ El artículo 1617 del Código Civil moldavo dice: “1. *Las pretensiones indemnizatorias que resultan de los perjuicios causados por los productos viciados están gobernados por la elección del consumidor;*

- a) *la ley del Estado en cuyo territorio tenga el domicilio o la residencia la persona perjudicada;*
- b) *la ley del Estado en cuyo territorio fue adquirido el producto, con la condición de que el productor o el suministrador pruebe que el producto (el bien) fue introducido en el mercado sin su consentimiento.*

2. *Las pretensiones contempladas en el párrafo 1 sólo pueden ser interpuestas cuando los bienes tienen el fin de productos de consumo final o familiar”.*

103. En el Derecho Internacional Privado moldavo el perjuicio ocasionado al consumidor se somete de modo tradicional a la ley del lugar donde fue cometido “*lex loci delicti commissi*”. Se trata de una norma de conflicto generalmente aceptada tanto en plan teórico, como en plan práctico¹¹⁰. Debido a su carácter de universalidad permite conseguir los objetivos de previsibilidad, certeza y seguridad jurídica y además conlleva a una armonía internacional de solución¹¹¹. También, asegura el orden en el territorio del Estado donde se produjo el daño, protegiendo a todas las personas que sufrieron por los daños ocasionados. Es un principio aceptado de una manera general, con la ventaja que puede ser fácilmente determinado e implica una solución simple, atribuyéndole a las partes una certeza máxima. La doctrina jurídica afirma que sólo el Estado en cuyo territorio se produjeron las consecuencias del daño o del perjuicio contribuye al restablecimiento del equilibrio de los derechos de las partes implicadas que fue alterado por el acto ilícito cometido y además, el concepto del equilibrio impone la aplicación de la ley local al conjunto de los hechos surgidos en el territorio del Estado¹¹².

104. Actualmente, estamos ante una extensión de la responsabilidad civil que ya no puede ser regulada únicamente por la norma de conflicto “*lex loci delicti commissi*”, por ser una definición general y abstracta, por lo que se debe ampliar con regulaciones especiales para determinados supuestos concretos¹¹³. Con la internalización de los bienes, estos pueden ser producidos, depositados y vendidos en diferentes países. Por ello, se excluye la norma tradicional de conflicto y se adopta un sistema particular en materia de responsabilidad delictual.

105. En este sentido, el párrafo 1 de del artículo 1617 ofrece al consumidor dos posibilidades de elegir entre la ley de su domicilio o de su residencia habitual y la ley en cuyo territorio fue adquirido el bien viciado, salvo en los casos en los que el fabricante o el suministrador tenga pruebas de que el producto fue introducido en el mercado sin su consentimiento.

106. La aplicación de la ley del domicilio o de la residencia de la persona perjudicada suele coincidir con la *lex fori*, que en los países importadores ofrecen una protección adecuada a los consumidores. Al contrario, los países de exportación optan por la conexión del país de la sede del profesional, ya que ofrecen soluciones previsibles facilitando la celebración de contratos de seguro de responsabilidad civil con muchas ventajas¹¹⁴ que ofrece al profesional una tutela contra las demandas de los consumidores perjudicados. La profesora UNGUREANU¹¹⁵ considera que la clasificación de los países en exportadores e importadores no ofrece la explicación de optar entre la ley del domicilio o de residencia habitual del consumidor y la ley del país del profesional cuando se trata de la responsabilidad que resulta de los productos.

107. Subrayamos que República de Moldavia es un país importador, por eso la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual del consumidor es preferida en lugar de la ley del profesional. Sin embargo, hace falta indicar que la ley moldava sobre la protección de los consumidores puede ser menos favorable que la ley del profesional. La utilización como nexo del domicilio o la residencia habitual del consumidor como idea de la localización subjetiva del delito parece ser utilizada por el legislador moldavo. La protección menos beneficiosa ofrecida por esta ley parece ser compensada parcialmente por la posibilidad del consumidor de elegir otra ley, la ley del Estado donde fue adquirido el bien defectuoso.

¹¹⁰ C. T. UNGUREANU, *Drept international privat. Protectia consumatorilor...*, op. Cit., p. 75.

¹¹¹ D. XU, *Le droit International privé de la responsabilité délictuelle-L'évolution récente internationale et le droit chinois*, Suisse, Ed.: Universitaires Fribourg, 1992, p. 7.

¹¹² I.P. FILIPESCU, *Drept Internațional Privat*, București: Actami, 2002, vol II, p. 136, M. ELIESCU, *Raspunderea civila delictuala*, Bucuresti, Ed.: Academiei, 1972, p. 487; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1983, p. 246.

¹¹³ P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », RCADI, 1989, p. 280.

¹¹⁴ P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international... », op. cit., p. 295.

¹¹⁵ C.T. UNGUREANU, *Drept international privat. Protectia consumatorilor...*, op. cit., p.78.

108. La ley del Estado donde fue adquirido el bien (al primer párrafo, punto (b) del artículo 1617 del Código Civil moldavo) como la segunda opción del consumidor para la determinación de la ley aplicable se fundamenta en las siguientes razones¹¹⁶.

- a) puede ser considerada el lugar del hecho dañoso (*lex loci delicti commissi*) cuando el profesional atrae a su clientela mediante publicidad.
- b) el país donde fue adquirido el producto presenta importancia en la previsibilidad de la ley aplicable, para marcar las líneas de la política comercial, para prevenir los riesgos y para la organización del mercado nacional.
- c) el lugar donde fue adquirido el producto puede tener la significación de la localización de la obligación de seguridad del profesional ante el consumidor.

109. Respecto al concepto de adquisición del bien consideramos que aparece no sólo mediante el contrato de compraventa de un bien defectuoso, susceptible de causar perjuicios, sino que se trata de un concepto más amplio¹¹⁷.

110. La posibilidad de elegir la ley aplicable en materia de responsabilidad delictual es una nueva tendencia en el Derecho Internacional Privado moldavo. Esta tiene su origen en el principio de la autonomía de voluntad que proviene de la materia contractual, según la cual, las partes en una relación jurídica pueden determinar la ley aplicable. En materia de protección de los consumidores, el principio de autonomía de voluntad interviene con carácter subsidiario, ofreciendo al consumidor la opción de elegir entre dos leyes, ambas competentes. En definitiva, la elección es limitada y relativa: no son las partes contratantes las que disponen del derecho de elección, sino los consumidores con una posibilidad muy restringida. El consumidor puede optar entre la ley de su domicilio o la de su residencia habitual o la ley del lugar donde fue adquirido el bien. La verdad es que el consumidor a la hora de elegir la ley que le ofrezca más ventajas puede encontrar una serie de problemas, ya que una ley puede ser favorable para una parte y menos favorable para la otra. Asimismo, el consumidor debe elegir sólo una ley, porque no puede acumular las disposiciones favorables de ambas leyes que pertenecen a sistemas de derecho distintos.

VII. Conclusiones

111. En definitiva, deducimos que consumir en forma internacional es una realidad de nuestra época. La globalización, la aproximación de los mercados, la integración de los mismos, la apertura a productos y servicios extranjeros, el carácter internacional de las relaciones privadas son, según la doctrina actual, los grandes desafíos del derecho de consumidor. El derecho moldavo está claramente abierto al comercio internacional y a la regionalización, lo que se manifiesta en la adopción de convenios y acuerdos con la UE y también con los países del espacio postsoviético. La elaboración de reglas nacionales, consideradas de orden público internacional, *lois de police* o leyes de aplicación inmediata, así como la armonización de las reglas nacionales que aseguran la protección del consumidor, es la tendencia actual de la República de Moldavia.

112. El Derecho Internacional Privado moldavo en lo que se refiere a los contratos de consumo requiere una reforma urgente. La inclusión de foros de protección y de una norma especial que determine la ley aplicable en los contratos de consumo constituye un parámetro protector y una seguridad jurídica en el tráfico externo. Al incluir estos cambios se consigue una mayor certeza tanto para los consumidores como para los profesionales. La armonización de la legislación moldava con la legislación europea tomando como modelos las Directivas existentes de la UE, debería de ser completada por la armonización con las disposiciones de los Reglamentos de la UE, en particular Roma I y Bruselas I bis.

¹¹⁶ M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, Bruxelles, 1982, p. 401.

¹¹⁷ C. T. UNGUREANU, *Drept international privat. Protectia consumatorilor...*, op.cit., p. 83.

EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS EN EL DERECHO COMPARADO Y EUROPEO

CONTENT CONTROL OF STANDARD TERMS IN BUSINESS-TO-BUSINESS CONTRACTS IN COMPARATIVE AND EUROPEAN LAW

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.07.2015 / Aceptado: 31.07.2015

Resumen: La imposición de contenidos contractuales que conlleva la contratación mediante condiciones generales hace necesario que la parte adherente se vea protegida por controles específicos para los negocios jurídicos concluidos mediante este peculiar procedimiento de formación, como son el control de incorporación y el control material. En España, tan solo los contratos con consumidores entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido. Por el contrario, fuera de nuestras fronteras, diversos ordenamientos jurídicos contemplan de forma expresa al empresario adherente como sujeto susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas o bien están inmersos en procesos de reforma de su Derecho privado en este sentido (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Portugal y Holanda). La misma solución adoptan las propuestas más importantes de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL).

Palabras clave: condiciones generales de la contratación, contratos entre empresarios, cláusulas abusivas, Derecho comparado, textos europeos de Derecho de contratos.

Abstract: The use of standard contract terms entails the lack of a full freedom of negotiation. Due to this particular process of contractual formation, it becomes necessary to protect the weaker party – the adherent- against unfair clauses by means of an incorporation and a content control. Under Spanish regulation, only consumer contracts are subject to a content control. On the contrary, several European legal systems provide material protection against unfair terms included in business-to-business standard form contracts. In others, reform projects are being undertaken to review and extend that protection further than consumer contracts. Almost every European Contract Law projects, for their part, have taken the same wide approach to the control of business-to-business non negotiated terms.

Keywords: standard contract terms, business-to-business contracts, unfair terms, Comparative Law, European Contract Law.

Sumario: I. Introducción. II. Una visión de derecho comparado. 1. Protección en el ordenamiento jurídico francés. A) Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. B) Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones. a) Protección mediante reglas contenidas en el *Code civil*. b) La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio. c) Reforma del Derecho de obligaciones. d) Breve recapitulación. 2. Protección en el ordenamiento jurídico italiano. A) *Codice Civile*: artículos 1341

y 1342. B) Codice del consumo: artículo 36.4 y el “derecho de regreso”. C) Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual. D) La perspectiva de una reforma del Libro IV del *Codice Civile*. 3. Protección en el ordenamiento jurídico inglés. A) Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. B) Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: Unfair Contract Terms Act 1977. a) Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil. C) Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (*Law and Scottish Law Commission*): propuestas. 4. Protección en el ordenamiento jurídico alemán. A) Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la *AGB-Gesetz* de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002). B) Protección del empresario adherente. a) Cláusula general de buena fe y *Transparenzgebot* (§ 307.1 y 2 BGB). b) *Indiztheorie* (§§ 308 y 309 BGB). C) ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?. 5. Protección en el ordenamiento jurídico portugués. A) Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor. B) Protección al empresario adherente: LCCG. III. La protección al adherente empresario en los Textos europeos de Derecho de contratos. 1. De los PECL al DCFR, pasando por los Principios Acquis y el Proyecto de Pavía. A) Control de incorporación. B) Control de contenido. 2. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El proceso de formación de los contratos mediante condiciones generales difiere del de los contratos negociados en un aspecto básico: la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral. Una de las partes –el adherente- no ha tenido oportunidad de participar en la determinación del contenido del contrato sino que éste le viene impuesto por su posición débil en el mismo frente al predisponente. No se puede decir, por lo tanto, que dicho contrato sea expresión de la libertad e igualdad de los contratantes, como lo sería un contrato negociado.

Esta idea del déficit de la autonomía de la voluntad, a nuestro juicio, no es exclusiva de los contratos de consumo. Con matices, también en contratos mediante condiciones generales entre empresarios se pueden producir problemas de desigualdad y también en estos contratos el adherente, empresario parte débil de la relación, puede estar necesitado de protección frente a contenidos abusivos que le son impuestos.

2. La regulación *ad hoc* prevista en nuestro ordenamiento jurídico y aplicable a estos contratos predispuestos entre empresarios de forma general –sin perjuicio de puntuales normas sectoriales- se limita a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). Esta norma solo prevé a favor del empresario adherente un control de incorporación basado en los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia en la redacción del clausulado (arts. 5 y 7). Este control de inclusión es de aplicación a los contratos mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente. Por lo tanto, consumidores y empresarios se ven protegidos por este filtro obligatorio para que las cláusulas formen parte del contrato. Y lo hacen sin diferencias en la regulación, es decir, sin que el nivel de tutela sea más intenso para los consumidores que para los empresarios adherentes. El control de incorporación se complementa, a su vez, con las reglas clásicas de interpretación en este tipo de contratos –regla de la prevalencia y, en especial por su importancia práctica, regla de interpretación *contra proferentem*- aplicables, también, a todo adherente. Por el contrario, el control de contenido de las cláusulas abusivas está reservado solo para los contratos con consumidores, sin que sea de aplicación a los contratos predispuestos entre empresarios. Así, en virtud del art. 8 LCGC, solo puede ser declarada la nulidad de condiciones generales en contratos en los que no interviene un consumidor en la medida en que se trate de cláusulas contrarias al Derecho imperativo, pero no por su contenido abusivo. El sentido de esta regulación, por otra parte, se consolida con la publicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, de 16 de noviembre), norma que vuelve a limitar de forma expresa a los contratos de consumo el ámbito de aplicación subjetivo de la nulidad por abusividad.

3. Como se aprecia, por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico no prevé ninguna especialidad para los contratos predispuestos entre empresarios respecto del régimen que sería aplicable a cualquier contrato negociado en lo que a control material se refiere. Solo se verían afectados, por tanto, por las normas imperativas o prohibitivas generales, esto es, por los límites generales a la autonomía de la voluntad contenidos en el art. 1255 Cc para todo contrato: Ley imperativa, moral y orden público. Y ello, a pesar del peculiar procedimiento de formación de los negocios jurídicos mediante condiciones generales, caracterizado, como decíamos, por un déficit de autonomía de la voluntad. Déficit que, por otra parte, no se ve compensado o equilibrado por la exigencia de un mero control de incorporación.

4. Esta situación, sin embargo, contrasta con la regulación del problema fuera de nuestras fronteras. El empresario adherente, parte débil de la relación jurídica no negociada, sí que se incluye en muchos ordenamientos como sujeto susceptible de ser protegido mediante un control material. De ahí que el análisis de estos diversos regímenes y su configuración resulte de gran interés para el estudio y justificación del control de contenido en los contratos mediante condiciones generales también entre empresarios. En este sentido, veremos a lo largo del trabajo cómo el estudio del Derecho comparado, primero, y de los Textos de Derecho europeo de contratos, después, sirve como refuerzo para el argumento a favor de la necesidad de tal control material en este tipo de contratos predispuestos, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

II. Una visión de derecho comparado

5. Dado el enorme desarrollo de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales y el proceso unificador de las reglas del mercado y del contrato en el que está inmersa Europa, no es posible abordar, desde una perspectiva meramente nacional, la problemática que genera la cuestión de la tutela de este tipo de sujetos cuando se sitúan en la parte débil de la relación contractual.

6. La unificación de regímenes que pretendió en su momento la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se queda reducida a la contratación entre un profesional y un consumidor, excluyendo de su ámbito de aplicación la contratación entre sujetos que actúan dentro de su esfera comercial o de negocios. Como tendremos ocasión de analizar, el sistema elegido por cada ordenamiento jurídico para la regulación de esta disciplina presenta sus propias peculiaridades aunque se pueden diferenciar dos modelos generales en torno al sistema francés y al sistema alemán¹. Mientras que el primero tiende a la protección del consumidor como única parte débil, la preocupación del segundo está centrada en poner coto al abuso de ciertas cláusulas contractuales que atentan contra el equilibrio contractual protegiendo a todo adherente, con independencia de que sea consumidor o profesional.

7. En las siguientes líneas pasaremos a estudiar los rasgos básicos de una serie de ordenamientos jurídicos vecinos en lo que a protección del empresario adherente se refiere. No se hace mención de todos los que, en el marco europeo, ofrecen una protección en este sentido² sino que se han elegido cinco

¹ P. NEBBIA., *Unfair contract terms in European Law, A study in Comparative and EC Law*, Oxford and Portland, Hart, 2007, p. 34.

² M. EBERS, "La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/12/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione", *Contratto e impresa/Europa*, anno XII, n° 1, gennaio-giugno 2007, pp. 696 – 733, clasifica en cuatro grupos a los Estados según su modelo de control de la abusividad: los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), que admiten un control de todos los contratos (también entre empresarios) y también de las cláusulas individualmente negociadas; los Estados que siguen la "teoría del coste de transacción" (Alemania, Portugal, Austria, Holanda, Hungría, Lituania, Eslovenia), que incluyen un control de todos los contratos pero sólo respecto a las condiciones generales; ordenamientos que circunscriben el control de contenido a los contratos con consumidores aunque también respecto de las cláusulas individualmente negociadas (Francia, Bélgica, Luxemburgo, República Checa, Letonia o Malta); Estados en los que el control de contenido se reduce a los contratos con consumidores y tan sólo a las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual (España, Grecia, Irlanda, Italia, Reino Unido, Polonia, Eslovaquia y Chipre). Fuera de Europa, es de señalar el caso de Israel, que ya el 12 de febrero de 1964 aprueba su *Standard Contracts Law*, que recoge un control

Estados que se podrían organizar en torno a los dos modelos señalados y que, por las peculiaridades de su aproximación a la problemática, presentan un gran interés.

El orden elegido, por otra parte, no es aleatorio, estando escalonados estos Estados de menor a mayor protección: los casos francés e italiano comparten la ausencia de regulación expresa del control de contenido de los contratos entre empresarios —al menos hasta ahora, en el caso francés— mientras que, en el ordenamiento jurídico inglés, existe este control pero sólo para cierto tipo de cláusulas. Por su parte, Alemania y Portugal, como veremos, recogen una protección específica para el empresario adherente en lo que a control de contenido se refiere, al igual que hace el ordenamiento jurídico holandés, respecto del que haremos un breve comentario.

1. Protección en el ordenamiento jurídico francés

A) Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas

8. Sin perjuicio de lo que señalemos posteriormente en relación con la reforma del Derecho de obligaciones que se está tramitando en estos momentos en el país, el ordenamiento francés carece en la actualidad de una normativa específica relativa a las condiciones generales de los contratos. No se recoge ninguna previsión al respecto en el Código civil ni se ha promulgado ninguna ley específica, como podría ser una equivalente a la Ley española 7/1998, de condiciones generales de la contratación.

Como tendremos ocasión de analizar, ha sido la jurisprudencia la que ha intentado otorgar protección al adherente que se ve perjudicado por la desigualdad entre las partes contratantes, desde unos planteamientos contractualistas³.

9. Por el contrario, las cláusulas abusivas se encuentran expresamente reguladas en el Código de consumo francés⁴, que define esta figura de manera similar al resto de países europeos⁵. Mientras

administrativo voluntario destinado a evitar la incertidumbre que caracteriza el control judicial y a permitir la aprobación de la cláusula introducida en el contrato antes de su utilización o de surgir la controversia. Esta ley, modificada en 1969 y, posteriormente, en 1982, es considerada una de las primeras leyes en la materia y atrajo una gran atención internacional. No distingue entre contratos con consumidores o contratos entre empresarios y son los tribunales los encargados de diferenciar caso por caso e interpretar las reglas según las específicas circunstancias del caso en particular. Con un sistema de control dual, judicial y administrativo, incluye también una lista “gris” de cláusulas que se presumen abusivas. Para un primer acercamiento, ver L. D’AMBROSIO, “Tecnique e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modello israeliano”, en M. BIANCA (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2º, Milán, Giuffrè Editore, 1981, pp. 342 – 399; A. BIN-NUN, *The law of the state of Israel*, Jerusalem, Rubin Mass, 1999, pp. 88 - 90; R. DELFINO, “Consumer protection in the European community and in Israel before and after Maastricht”, en A. MORDECHAI (ed.), *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, pp. 493 – 510.

³ Esta tesis se basa sobre la idea de que los contratos de adhesión no presentan particularidades en su configuración respecto de los contratos en general. Como veremos, los tribunales aplican a los primeros las reglas generales de formación, interpretación y control de los contratos (M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 211 y ss.)

⁴ Texto promulgado el 26 de junio de 1993 y modificado en 1995 por la Ley nº 95-96, de 1 de febrero, para transponer la Directiva europea.

⁵ El artículo L. 132-1 del Código de consumo, en su primer párrafo, precisa que se entiende por abusivas aquellas cláusulas “que tienen por objeto o por efecto crear, en perjuicio del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato”. Esta definición se completaba hasta la Ley nº 2008-776, de 4 de agosto con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas presumiblemente abusivas, lista que en la actualidad se ha duplicado, dando lugar a un elenco de cláusulas que se podrían denominar “grises”, es decir, presumiblemente abusivas pero que admiten que el profesional aporte prueba sobre el carácter no abusivo de la cláusula litigiosa en cuestión y a otra serie de cláusulas, “negras”, que son declaradas abusivas de manera irrefutable (listas reguladas, respectivamente, en los artículos R. 132-2 y 1 del Código de consumo, modificados por el Decreto nº 2009-302, de 18 de marzo). Sobre esta modificación, entre otros, G. NOTTE, “Liste des clauses abusives (Décret nº 2009-302 du 18 mars 2009)”, *Contrats, Concurrente, Consommation*, nº 4, 1 avril 2009, pp. 2 – 3; “Liste de clauses abusives; Note sous Décret numéro 2009-302 du 18 mars 2009, *Journal Officiel* du 20 mars 2009, page 5030”, *JCP E, Semaine Juridique (édition entreprise)*, nº 13, 26 mars 2009, pp. 3 – 4; M. DEPINCE, “Nouveau décret sur les clauses dites abusives en droit de la consommation”, *Lexbase Hebdo-Edition Privée Générale*, 2 avril 2009, nº 344.

En 2014 algunos artículos han sufrido una reforma como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley nº 1014-344, de 17 de marzo, relativa al consumo. Además de incluir modificaciones sobre la actuación de los jueces (art. L.141.4) y las acciones colectivas (arts. L-421-2, L-421-6 y L.141-1 VIII), el art. L.132-2 regula sanciones de carácter administrativo para los casos en

que los textos de consumo existentes en aquellos Estados con una regulación específica al efecto suelen restringir el ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores personas físicas⁶, el Código de consumo francés introduce una novedad en ese sentido en la medida en que la protección frente a las cláusulas abusivas no se limita a los contratos entre profesionales y consumidores sino que también se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y “no profesionales”, como figura equiparada, en este sentido, a la del consumidor.

10. Debemos, pues, detenernos a examinar qué se entiende por “*non-professionnel*” y si esta mención, como alusión separada de la del consumidor, implica que el ordenamiento jurídico francés otorga algún tipo de protección al empresario adherente.

11. Respecto a lo primero, y dado que el Código de consumo no recoge una definición de profesional, de consumidor ni de no-profesional, debemos recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, como cauce a través del que se ha dotado de contenido a estos conceptos.

12. Si la figura del consumidor se caracteriza en la legislación francesa por su restricción a las personas físicas⁷, *a sensu contrario*, parece que la de “no profesional” pretendería incluir a las personas jurídicas dentro de la protección contra las cláusulas abusivas. Así lo ha entendido la Corte de Casación, en su comentada sentencia de 15 de marzo de 2005⁸, que ha venido a consagrar la protección de las personas jurídicas en el ámbito del Código de consumo, en resistencia a una “comunitarización” del Derecho francés y recogiendo los argumentos anticipados por una parte de la doctrina a favor de dicha extensión⁹ sin que, sin embargo, se decida en la mencionada sentencia a favor de la

los que en estos contratos se incluya una o más cláusulas abusivas. Sanciones que no pueden exceder de los 3000 euros para una persona física y 15000 euros para una jurídica. Puede ser objeto de publicidad de la conminación hecha al profesional para que suprima de sus contratos u ofertas de contratos cláusulas abusivas.

Es interesante resaltar la labor en materia de cláusulas abusivas de una Comisión creada por el art. L.132-2 del Código de consumo, denominada *Commission des Clauses Abusives* y encargada, entre otros, de examinar los modelos de contratos propuestos por los profesionales y las recomendaciones de supresión o modificación de cláusulas que puedan ser abusivas (<http://www.clauses-abusives.fr/index.html>).

⁶ Como excepción, podemos mencionar nuestro Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 incluye dentro del concepto de consumidor o usuario, a efectos de esta norma, no sólo a las personas físicas que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, sino también a las personas jurídicas que actúen en las mismas circunstancias.

⁷ Sobre la noción estricta de consumidor existe una unanimidad: es consumidor la persona física que adquiere un bien o un servicio para un objetivo no profesional, J. CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en L. THÉVENOZ; N. REICH (dir.), *Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève; Zurich; Bâle, Schulthess, 2006, p. 67; J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consommation...*, op. cit., pp. 7 y ss.

⁸ Cass. Civ. 1, 15 mars 2005, n° H 02-13285, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe computer systèmes (ECS). Los hechos se centran en un contrato de alquiler de material informático con opción de compra entre una comunidad de ganaderos y un proveedor informático, contrato que incluye una cláusula según la cual a la expiración del periodo inicial de alquiler, el arrendatario tendrá la facultad, con un preaviso de nueve meses, de adquirir el equipo, restituirlo o firmar un nuevo contrato de alquiler. Si no se lleva a cabo esta elección, se entiende que el alquiler se prorroga por tácita reconducción, lo que la comunidad de ganaderos considera tiene carácter abusivo. Comentando esta sentencia, entre otras, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ; E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9 ed., Paris, Montchrestien, 2007, pp. 104 – 107.

⁹ La Corte de Casación hace referencia a la sentencia de 22 de noviembre de 2001 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, según la cual la noción de consumidor de la Directiva 93/13/CEE debe ser interpretada de forma restrictiva incluyendo tan sólo a las personas físicas, para concluir que, por tanto, la noción francesa de “no profesional” debe abarcar, por el contrario, a las personas jurídicas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las cláusulas abusivas. A favor, D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs. L’application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, n° 21, mai 2005, pp. 856 - 857. En la misma línea, A. BOUJEKA, “L’influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur”, *Petites Affiches*, 393 année, n° 168, 23 août 2004, pp. 6 – 9; “Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français”, *Recueil Dalloz*, n° 28, 21 juillet 2005, p. 1952, para quien no existe una oposición radical entre la concepción francesa que distingue entre no profesional y consumidor y la aproximación comunitaria que sólo tiene en cuenta al consumidor. Otro punto de vista aportan J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consommation...*, op. cit., p. 17, al cambiar su opinión respecto de anteriores ediciones en lo que a la protección de ciertas personas jurídicas se refiere. Según los autores, aceptar que ciertas personas jurídicas sean protegidas porque están en situación de debilidad, conduce, en ciertos casos, a elecciones

aplicación de las normas del Código de consumo al supuesto de hecho, por entender el Tribunal que la parte que reclamaba la protección “*no había podido concluir el contrato más que en calidad de profesional*”¹⁰.

13. Y es que, en cualquier caso, la admisión de la tutela respecto de las personas jurídicas está subordinada, de igual modo que en el caso de las personas físicas, al hecho de que el contratante actúe con motivo de un fin no profesional. La jurisprudencia ha evolucionado en la forma de aplicación de este criterio, abandonando un primer criterio subjetivo de incompetencia del profesional¹¹ para aplicar uno más objetivo y decidir que las disposiciones protectoras contra las cláusulas abusivas no tienen cabida en los contratos llevados a cabo por un comerciante en “*los contratos de suministro de bienes o de servicios que tengan una relación directa con la actividad profesional ejercida por el contratante*” o, en general, “*para las necesidades de su comercio*” o “*dentro del cuadro de relaciones profesionales habituales*”¹².

Así, se entiende que la adquisición de material gráfico en un salón internacional por parte de un comprador -a su propio nombre- que, acto seguido, suscribe un crédito en nombre de una explotación de imprenta en proceso de creación, unido este hecho a la tecnicidad y coste del material, sólo puede corresponder a una adquisición llevada a cabo por un profesional y, por tanto, “*tener una relación directa con la actividad profesional, incluso futura*” (Corte Casación Civil 1ª, de 10 de julio de 2001¹³). En el caso de un contrato de suministro de agua a una sociedad de depuración y desgasificación, no se considera de aplicación el artículo L. 132-1 Código de consumo respecto de una cláusula que prohíbe una reclamación en caso de aumento excesivo de consumo como consecuencia de una fuga en el empalme entre el contador y la empresa, por considerar que, aunque esté contratando “*fuera de su esfera habitual*”, existe una relación directa con la actividad de la sociedad (Corte Casación Civil 1ª, de 5 de marzo de 2002¹⁴). En la misma línea, se reputa fuera del campo de aplicación de la protección frente a las cláusulas abusivas una cláusula parte de un contrato de seguro que exige para su ejecución, no sólo encontrarse el sujeto en situación de imposibilidad de realizar ninguna actividad remunerada, sino incluso la obligación de tener que recurrir a una tercera persona para los actos ordinarios de la vida, en la medida en que, con independencia del contenido de la cláusula, dicho contrato de seguro “*tiene un carácter accesorio respecto de unos préstamos profesionales suscritos por el sujeto para las necesidades de la explotación de unos fondos de comercio*” (Corte Casación Civil 2ª, de 18 de marzo de 2004¹⁵). Por último, en el caso de un contrato de instalación y mantenimiento de un distribuidor automático de bebidas calientes en un local, contrato que contiene una cláusula de exclusividad a favor del distribuidor, tampoco se considera de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo respecto de dicha cláusula de exclusividad por entender que “*no se aplica a los contratos de suministro de bienes o de servicios concluidos entre sociedades comerciales*”, dado que se está contratando para las necesidades de la actividad profesional al

difíciles e inciertas, lo que va en contra de la necesidad de seguridad jurídica de los contratantes. Así, lamentan que el Derecho francés no siga la misma línea que el Derecho comunitario en este sentido.

¹⁰ El Tribunal, aún admitiendo, como hemos visto, la posibilidad de que se proteja a las personas jurídicas frente a este tipo de cláusulas, entiende que la comunidad ha concluido el contrato en calidad de profesional, al valerse del material informático para realizar las operaciones de control de resultados e identificación del ganado, tareas que integran su objeto social, no siendo de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo.

¹¹ Se entendía que la necesidad de proteger a los profesionales derivaba del hecho de encontrarse en el mismo estado de ignorancia que un consumidor al estar contratando fuera de su sector económico de actividad, desprovistos de competencias particulares respecto de la operación que concluyen o el producto que utilizan (Cass. Civ. 1, 20 octubre 1992, nº 89-16736, Société Diris et Cie SNC c/ Le Maréchal).

¹² Alusión a dicha evolución encontramos en D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs...”, op. cit., pp. 857 – 858; L. LEVENEUR, “Une société commerciale n’est ni un consommateur, ni un non-professionnel”, *Contrats Concurrence Consommation*, nº 3, mars 2009, pp. 18 – 19; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud”, *Petites affiches*, nº 31, 12 février 2009, p. 54.

¹³ Cass. Civ. 1, 10 juillet 2001, nº 99-12512, M. Jean-Yves Leblanc c/ M. Bernard Soinne.

¹⁴ Cass. Civ. 1, 5 mars 2002, nº 00-18202, Commune de Bayonne c/ Société atlantique d’assainissement et de dégazage (SAADEG).

¹⁵ Cass. Civ. 2, 18 mars 2004, nº 03-10327, Caisse nationale de prévoyance assurances c/ M. Jean Fourcade.

buscar “ofrecer un espacio de descanso a su personal y a sus clientes y para hacer agradable el ámbito de trabajo y de las relaciones comerciales” (Corte Casación Civil 1ª, de 11 de diciembre de 2008)¹⁶¹⁷.

14. A la vista del Código de consumo, parece que el solo hecho de que un adherente tenga la cualidad de profesional no implica de forma inmediata que se le excluya de la protección respecto de las cláusulas abusivas, siempre que ese sujeto esté contratando en un ámbito desprovisto de cualquier relación con su actividad profesional. Sin embargo, la práctica jurisprudencial nos revela que son raros los casos en los que se aprecia que una persona jurídica puede contratar sin “*rapport direct*”, jugando este criterio, por tanto, casi sistemáticamente en perjuicio del profesional¹⁸.

Como ejemplo, en la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 5 de noviembre de 1996¹⁹, se estima como existente la relación directa con la actividad profesional en un contrato de material telefónico de un fabricante de pulseras de cuero. Por el contrario, y siendo interesante por apartarse de alguna manera de la orientación general de la jurisprudencia en la materia, podemos citar la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 8 de julio de 2003²⁰, en la que se considera que no existe relación directa entre la actividad pastoral ejercida por el cura de una parroquia y la adquisición, para las necesidades de la misma, de una fotocopiadora²¹.

15. Se deriva de esto, pues, que por la vía de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo a la figura del “*non-professionnel*” no se alcanza una verdadera protección al empresario, incluso cuando contrata fuera de su especialidad profesional²². Tanto más cuando, por consiguiente, contrate mediante actos que se incluyan dentro de su comercio o negocio –tema objeto del presente trabajo–: aún interpretando esta figura novedosa que introduce el Código de consumo francés

¹⁶ Cass. Civ. 1, 11 décembre 2008, n° 07-18128, Sté Éts Jean Patouillet c/ Sté Sonalp, comentada por L. LEVENEUR, “Une société commerciale...”, op. cit., pp. 18 - 19. El autor muestra su acuerdo con la resolución y su rechazo al argumento, sostenido por la empresa receptora de las máquinas, de que no tener conocimientos acerca de los distribuidores automáticos de bebida implique no saber el significado de una cláusula de exclusividad.

¹⁷ También negando la posibilidad de aplicación del art. L.132-1 del Código de comercio por existir una relación directa entre el contrato y la actividad profesional del adherente, véase: Cass. Civ. 1, 22 mai 2002 (contrato de *leasing* de una embarcación concluido con el banco por un farmacéutico que tiene, no obstante, la cualidad de arrendador profesional de embarcaciones tal y como se desprende de los beneficios y desgravaciones en sus declaraciones fiscales); Cass. Civ. 1, 15 mars 2005 (contrato de alquiler con opción de compra de equipo informático concluido por un sindicato profesional en calidad de empresario); Cass. Civ. 1, 27 septembre 2005 (un préstamo contratado por una federación deportiva para financiar la adquisición y acondicionamiento de su nueva sede social entra dentro de la actividad profesional del sujeto).

¹⁸ D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs...”, op. cit., p. 858; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54.

¹⁹ Cass. Civ. 1, 5 novembre 1996, n° 94-18.667, Compagnie des téléphones et d’électronique du Centratel c/ Etablissements Boss.

²⁰ Cass. Civ. 1, 8 juillet 2003, n° 01-11640, Société Actibail c/ M. Jean-Marc Dante La France.

²¹ En la sentencia de la Corte Casación Comercial, de 14 de mayo de 2001 (Cass. Com., 15 mai 2001, n° pourvoi 98-18603), por su parte, si bien parece reconocer la existencia de una relación, poca importancia le da por el diferente sector de especialización de los contratantes. Al hilo de un contrato de venta de un sistema informático, el órgano jurisdiccional encuentra correctamente suprimida por la Corte de Apelación la cláusula de exclusión de garantía contenida en las condiciones generales de venta, a pesar de tratarse de un negocio jurídico entre empresarios pues el comprador no era un profesional de la informática sino que ejercía una actividad de mayorista en otro ámbito, de tal forma que el contrato se había concluido entre profesionales de especialidades diferentes.

²² Dada la incertidumbre que genera esta mención, dependiendo el resultado del criterio interpretativo que se utilice en cada caso para valorar la relación existente en el objeto del contrato y la actividad empresarial, ciertos autores han abogado por una supresión de la figura. Ver pie de página 9 *in fine*. Por su parte, G. PAISANT, “La protection par le droit de la consommation”, en C. JAMIN; D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, p. 32, apunta que, para preservar la equidad de los profesionales que contratan en situación de inferioridad, no es oportuno arriesgarse a desnaturalizar el Derecho de consumo. La supresión de la noción de “no profesional” del artículo L. 132 del Código de consumo, dado los efectos perturbadores que genera, presentaría numerosas ventajas, como asegurar una mayor coherencia dentro del propio Código de consumo, reforzar la protección que se le presta a los sujetos protegidos por esta normativa o eliminar una fuente –“*inutile*”– de inseguridad jurídica. En la literatura española, J. LETE ACHIRICA, “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas y presentación de los contratos”, *La Ley*, n° 1, 1996, pp. 1720 – 1728, con motivo de la Ley de 1995, apuntó que la tendencia a ampliar la noción estricta de consumidor para abarcar también el consumo empresarial excede de la finalidad inicial de la norma jurídica sobre protección de consumidores y convierte la noción de “consumidor” en superflua por demasiado general (p. 1725).

del modo más favorable al empresario, quedarían igualmente desprotegidos aquellos sujetos que, siendo adherentes y aún contratando en el curso de su actividad económica, fueran merecedores de amparo.

B) Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones

16. La falta de una disciplina legislativa acerca del control de las cláusulas predisuestas que pudieran resultar desproporcionadas en contratos entre empresarios ha hecho que la jurisprudencia francesa recurra a figuras del Derecho general de las obligaciones, intentando cubrir dicha carencia normativa. Entre todas ellas, la causa tendrá una relevancia especial como instrumento de control del equilibrio contractual respecto de las cláusulas limitativas de responsabilidad en contratos no negociados (a). Además, por otra parte, una reforma del Código de comercio llevó a incluir una sanción para los desequilibrios entre profesionales, a la manera de las cláusulas abusivas del Derecho de consumo, inclusión a la que dedicaremos el segundo apartado (b).

a) Protección mediante reglas contenidas en el *Code civil*

17. Respecto de un tipo de cláusulas frecuentes en la contratación entre empresarios, las cláusulas limitativas (o exoneratorias) de responsabilidad, el Código civil francés prevé una excepción general a su validez que no es otra que la imposibilidad de que el deudor se beneficie de ellas en casos de *dol* o *faute lourde* (falta grave), igual que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el art. 1102. Así lo dispone el art. 1150 del Cc francés²³, por lo que una cláusula limitativa de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave podría ser eliminada y el acreedor resarcido en todos los daños –tanto si el contrato es negociado como si no lo es-. Pero, a esta previsión legal específica que supone un límite a las cláusulas de limitación de responsabilidad, la jurisprudencia ha sumado una segunda fundamentada sobre una “*utilización original*”²⁴ de la figura de la causa.

18. Y es que cuando la mayoría de los países europeos han dejado a un lado la idea de la causa y cuando varios proyectos de armonización europea no recogen ninguna referencia a la misma, el Derecho francés permanece apegado a este concepto²⁵. En materia de control contractual, la causa parece que puede ser utilizada para controlar la equivalencia de las prestaciones intercambiadas²⁶. Así lo han hecho los tribunales franceses, devolviendo fuerza y utilidad al concepto y forjando un instrumento que pretende luchar por la protección de los intereses de cada parte contractual y, especialmente en el caso de los contratantes profesionales, para paliar la ausencia de protección de los mismos frente a las cláusulas abusivas^{27 28}.

²³ Article 1150 Cc.: “*Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée*”. Y lo mismo cabe decir, por asimilación con el dolo, respecto de culpa grave (F. TERRÉ; P. SIMLER; Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 565, 608, 612; P. MALAURIE; L. AYNES; P. STOFFEL-MUNCK; *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Paris, Defrénois, 2005, p. 499; A. ÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., Paris, Montchrestien, 2005, p. 288; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 2ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 659).

²⁴ En palabras de E. SAVAUX, *L’objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

²⁵ J. ROCHFELD, “A future for the cause?...”, op. cit., p. 73. Para una lectura más profunda acerca de la causa en relación con la validez del contrato, ver J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, 944 p., especialmente, en cuanto a la conservación de la figura en Derecho francés por parte de la doctrina, la definición subjetiva y objetiva de la misma, pp. 51 y ss. Hay que tener en cuenta, no obstante, los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones y su configuración de la causa, que no permanece en todos invariable ni corre la misma suerte.

²⁶ J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 39, 50 – 51.

²⁷ Sobre la renovación de la definición de causa, de su uso y de sus sanciones, en relación al control de existencia de la misma, J. ROCHFELD, “A future for the cause?...”, op. cit., pp. 75 – 100. Respecto al recurso a la causa por parte de los tribunales franceses como instrumento de control del equilibrio del contrato, ver también J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 174 y ss.; D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur d’une règle générale sanctionnant l’abus de dépendance en droit des contrats”, en P. DIDIER, *Études de droit privé*, Paris, Economica, 2008, pp. 345 y ss.; J. ROCHFELD, A future for the cause?...”, op. cit., pp. 94 - 99.

²⁸ Sin embargo, hay que matizar que, aunque se ha dicho que, en su origen, este nuevo recurso a la causa se concibió para luchar contra las estipulaciones no negociadas incluidas en contratación en masa (B. FAGES, “Obligations et contrats spéciaux. Obligationss en général, Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité (Com. 13

19. El primer pronunciamiento al respecto –primero de una famosa saga de sentencias– fue el referente al llamado *caso Chronopost*, mediante la sentencia de la Corte de Casación de 22 de octubre de 1996²⁹, en la que el tribunal entiende que debe ser considerada como no escrita una cláusula de un contrato predispuesto de transporte de mercaderías que limita la responsabilidad, en el caso de incumplimiento del plazo de entrega, a la devolución del precio pagado por el transporte. Dado que se trata de un contrato llevado a cabo por una empresa especialista en el transporte rápido, garantizando la fiabilidad y celeridad de sus servicios (de hecho su lema es “*Les maîtres du temps*” (“Los dueños del tiempo”)), la obligación de entrega en tiempo se considera como esencial para la voluntad contractual y, por tanto, la presencia en el contrato de tal cláusula limitativa de responsabilidad, que permite al transportista incumplir sin apenas consecuencias, contradice la propia causa del contrato³⁰. La novedad de esta primera sentencia consiste en vincular por primera vez la violación de una obligación fundamental con la noción de causa y no con la de culpa grave³¹. Sin embargo, la Corte de Casación vuelve al criterio subjetivo de la culpa grave como límite a este tipo de cláusulas en su sentencia de 9 de julio de 2002³². En ella conoce de un nuevo caso de contrato de transporte, esta vez regulado por un contrato-tipo (“*contrat type messagerie*”) establecido reglamentariamente para el sector, contrato-tipo que incluye una cláusula según la cual solo se permite reclamar todos los daños al transportista en caso de que haya incurrido en culpa grave. A partir de este momento la posición de la Corte de Casación frente a estas cláusulas de limitación de responsabilidad será la siguiente: en el caso de contratos-tipo de transporte establecidos por Decreto, solo se podrán reclamar todos los daños al transportista en el caso de que éste haya incurrido en culpa grave –en aplicación de la limitación prevista reglamentariamente-³³; en el caso de contratos cuyo contenido sea el establecido convencionalmente y no el del contrato-tipo³⁴, además del dolo o la culpa grave³⁵, la cláusula limitativa de responsabilidad puede ser eliminada en caso de incumplimiento de una obligación esencial sobre el argumento de la ausencia de causa³⁶.

février 2007)”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n° 3, 2007, p. 567), en las distintas argumentaciones no siempre aparece como requisito esa ausencia de negociación. Es cierto que por el tipo de contratos –en los ejemplos, en su mayoría de transporte– lo normal es que haya una imposición por parte del contratante fuerte y sí que hay referencias en este sentido a situaciones en las que una parte “se prevalece” de su clausulado o a que se trata de contratos mediante condiciones generales. Pero se advierte que no en todas las resoluciones el elemento de la no negociación aparece como una pieza clave en los razonamientos jurídicos.

²⁹ Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Société Banchereau c/ Société Chronopost. Comentarios en J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, pp. 181 - 212; D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur...”, op. cit., pp. 345 - 346; J. ROCHFELD, “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 94 - 95. En la misma línea, Cass. Com. 17 juillet 2001, n° 98-15678, Securinform c/ Sté AC Timer et Sté Higway.

³⁰ Se trata de un contrato entre Chronopost y otra sociedad por el que esta última encarga la entrega ante un organismo público en París de varios sobres que contienen documentos de licitación para una contrata. No se respeta el plazo de entrega en 24 horas garantizado sino que se entrega en 48 horas, lo que, si bien para la sentencia recurrida no era constitutivo de culpa grave que pudiera excluir la limitación de responsabilidad, lleva a la Corte de Casación a considerar que supone un incumplimiento de una obligación esencial y a concluir que la cláusula limitativa de responsabilidad debe reputarse como no escrita, pues contradice el alcance de la obligación contraída.

³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664.

³² Cass. Com. 9 juillet 2002, n° pourvoi 99-12554.

³³ La valoración de la *faute lourde* necesaria para eliminar la limitación de responsabilidad en los contratos-tipo que hace la Corte de Casación a raíz de estas sentencias es estricta, es decir, no aprecia fácilmente la existencia de la misma (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664). Y, como consecuencia de la distinción entre las dos vías –dolo/culpa grave vs. causa y obligación esencial–, se profundiza en el aspecto subjetivo y se dice que no puede deducirse la culpa grave únicamente del incumplimiento por el deudor de una obligación, aunque sea esencial, sino que debe deducirse de la gravedad de su comportamiento: “[...] [*La faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur [...]*” (Cass. Com. 13 juin 2006, n° pourvoi 05-12619). “*Constitue une faute lourde un comportement d’une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur de l’obligation à l’accomplissement de la mission contractuelle qu’il avait acceptée*” (Cass. Chambre Mixte 22 avril 2005, n° pourvoi 02-18326).

³⁴ Aquí *convencional* se entiende por oposición a regulación *legal* y no a *predispuesta* porque, de hecho, como decíamos, una buena parte de los contratos, por la forma común de proceder en el sector, son predispuestos y no negociados. Es decir, se refiere a todo contrato que no sea el contrato-tipo establecido reglamentariamente.

³⁵ Entendemos que por aplicación del ya citado art. 1150 del Código civil francés.

³⁶ Así, en la sentencia de 30 de mayo de 2006 (Cas. Com. 30 mai 2006, n° pourvoi 04-14974), que conoce también de un clausulado de Chronopost, se confirma esta posición pues la Corte de Casación entiende que en la sentencia de instancia se tenía que haber analizado, antes de su aplicación, si la cláusula limitativa de indemnización de la que prevalecía la compañía de transporte –no prevista por un contrato-tipo establecido por Decreto–, debía haber sido reputada como no escrita por el efecto de incumplimiento del transportista a una obligación esencial del contrato.

Por lo tanto, entremezcladas en el tiempo, la Corte de Casación aborda la validez de cláusulas limitativas de responsabilidad en otros casos a través de la figura de causa. Así se hace en el ya citado primer caso Chronopost de 1996 o en la también referida con anterioridad sentencia de 30 de mayo de 2006³⁷. De igual modo, en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 5 de junio de 2007³⁸, se priva del beneficio de la cláusula limitativa de responsabilidad a un transportista que pierde las mercancías sin haber incurrido en culpa grave, en atención a la naturaleza esencial de la obligación vulnerada, que afecta a la causa. Y también la sentencia de la Sala primera de la Corte de Casación, de 22 de junio de 2004³⁹, neutraliza una cláusula de no garantía de horario que una compañía aérea opone a un cliente, cuyo avión se retrasa más de veinticuatro horas y que decide volar con otra compañía, por considerar que se trata de un retraso excesivo por el que el transportista no se puede exonerar previamente de toda responsabilidad sin atender a la esencia del contrato de transporte aéreo de personas.

20. Cambiando de sector, la causa ha servido para evitar los efectos de una cláusula de limitación de garantía en un contrato de prestaciones informáticas entre dos empresas en la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 2007 (Cass. Com. 13 février 2007, n° pourvoi 05-17407): se constata que la sociedad que se había comprometido a entregar una versión de un paquete de software no había procedido a cumplir con dicha obligación de entrega, sin justificar caso de fuerza mayor, y sin que se hubiera convenido ningún otro desarrollo más que esa versión, de lo que resulta un incumplimiento de naturaleza esencial que frustra la aplicación de la cláusula limitativa de responsabilidad. Pero la jurisprudencia parece que endurece en otras resoluciones los requisitos para entender afectada la “*obligation essentielle*” en el sentido de declarar sin efecto las cláusulas de limitación de responsabilidad. Así, en la sentencia de la Corte de Casación de 29 de junio de 2010 (Cass. Com. 29 juin 2010, n° pourvoi 09-11841), vinculada con la anterior pues se trata de las mismas sociedades y también de un contrato de licencia, mantenimiento, formación y puesta en marcha de un software, el órgano jurisdiccional señala que el simple incumplimiento de una obligación del contrato no es suficiente para eliminar los efectos de una cláusula limitativa de responsabilidad y que es necesario que la cláusula contradiga el alcance de la obligación esencial suscrita por el deudor: es necesario apreciar la cláusula limitativa teniendo en cuenta la economía general del contrato y determinar si vacía de toda sustancia a la obligación esencial del contrato⁴⁰. Y lo mismo había argumentado en la sentencia de la Sala comercial de 18 de diciembre de 2007, al hilo de un contrato de suministro de electricidad con un profesional, al recurrir al argumento de ver privada de toda sustancia a la obligación esencial del contrato por parte de la cláusula limitativa de responsabilidad⁴¹.

21. Parece, a la vista de lo expuesto, que la doctrina de la causa puede ser una nueva base legal para introducir el control de las “*clauses abusives*” –no negociadas y desequilibradas- entre profesionales,

³⁷ Vide nota al pie anterior.

³⁸ Cass. Com. 5 juin 2007, n° pourvoi 06-14832.

³⁹ Cass. Civ. 22 juin 2004, n° 01-03926, Société MVC Marketing voyage conseil c/ société Decléor.

⁴⁰ En el caso concreto, aplicando esta idea, se considera válida la cláusula de limitación de responsabilidad pues no tenía el efecto de liberar a la sociedad deudora del cumplimiento de una obligación esencial o de privar de toda sustancia a dicha obligación, sino solamente de fijar un techo de indemnización que no era irrisorio, pues era igual al montante de precio pagado por el cliente por razón del contrato de licencia, lo que supone un reparto del riesgo y no priva a la contraparte de toda contrapartida. Es de resaltar, asimismo, que se menciona en la sentencia como dato a tener en cuenta, que, en este supuesto de hecho, el tribunal entiende que la cláusula ha sido libremente negociada y aceptada por ambas sociedades.

⁴¹ Cass. Com. 18 décembre 2007, n° pourvoi 04-16069. Aunque el fallo no estima la privación de efectos de la cláusula, se alude para llegar a esa conclusión –entre otros argumentos vinculados con el Derecho de la competencia-, a la obligación esencial, que no se ve vaciada en este caso por la existencia de la cláusula limitativa pues la limitación se refiere solo a los supuestos de corte de electricidad imprevistos, salvo caso de culpa grave del suministrador.

Según D. MAINGUY, “Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, n° 5, 5 février 2009, p. 314, esta sentencia demuestra que se puede aplicar un control a las “cláusulas exageradas” en los contratos de adhesión entre profesionales sin recurrir a las técnicas de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo –no hay que olvidar que el ámbito de esta sentencia, un contrato de suministro de electricidad para un profesional, es el mismo precisamente sobre el que, en otras ocasiones, se ha debatido la aplicación del Derecho consumo en torno a la controvertida noción de “relación directa”-.

concretamente en lo que respecta a las limitaciones de responsabilidad⁴². La pieza clave de esta solución es identificar cuáles son las obligaciones esenciales del contrato (“*obligations essentielles*”) que, por ser esenciales, no pueden verse afectadas por las cláusulas limitativas de responsabilidad, reputándose éstas como no escritas en caso contrario. Sin embargo, para algunos autores⁴³, esta forma de proceder jurisprudencial no es la más adecuada. Primero, porque, a la vista de las resoluciones que han ido dictando los tribunales franceses en supuestos de eliminación de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad, no existe unanimidad a la hora de determinar cuáles son estas obligaciones esenciales⁴⁴. Tampoco está claro cómo tiene que afectar la cláusula limitativa de responsabilidad a esa obligación esencial, pues la postura ha ido variando (y, por otra parte, ¿qué significa contradecir? ¿Qué supone vaciar de todo contenido la obligación esencial?). Además, coexisten dos aproximaciones para justificar la aplicación o no aplicación de cláusulas limitativas de la responsabilidad en supuestos de hecho similares: unas veces se recurre al criterio de carácter objetivo de la naturaleza de la obligación y su carácter esencial (causa), y otras a un criterio subjetivo que atiende al comportamiento de las partes a través de la figura de la *faute lourde*, aunque en ambos casos, sin embargo, ambas serían realmente de aplicación por tratarse de figuras de “*Droit commun*” de obligaciones. En definitiva, el hecho de que se aprecien ciertas disparidades a la hora de aplicar los criterios, incluso en sentencias procedentes de una misma sala de la Corte de Casación, conlleva una cierta falta de predicción y, por tanto, inseguridad jurídica, lo que hace que el criterio de la causa tenga sus detractores por falta de efectividad para solucionar los problemas que surgen en relación con las cláusulas contractuales abusivas⁴⁵.

22. Por otra parte, no parece que el recurso a otras normas de Derecho general de las obligaciones, tales como la noción de lesión, el principio de buena fe, la figura del abuso de derecho o la necesidad de un equilibrio mínimo respecto a las cláusulas penales, sean instrumentos suficientes para ofrecer una protección adecuada a los adherentes empresarios⁴⁶.

Respecto a la teoría de la lesión, el art. 1118 Cc francés es la única disposición en la que se consagra en la actualidad en el Código civil francés la falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes en los contratos conmutativos. Además del papel reducido que juega esta figura, que sólo causa un vicio en los contratos en ciertos casos particulares⁴⁷, la ubicación del artículo, recogido dentro de la sección referida a los vicios del consentimiento, ha sido criticada por la mayoría de la doctrina en la medida en que se considera más conveniente situar una disposición acerca de la falta de equivalencia en las prestaciones en la sección relativa al objeto o en un precepto específico dedicado a las cláusulas abusivas⁴⁸. Por su parte, en cuanto al principio de buena fe, aunque éste podría llevar a sancionar de forma

⁴² En este sentido, según J. ROCHFELD, “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 98 – 99, la generalización de este tipo de sanción muestra la vocación renovada del control de ausencia de causa, en particular, respecto al restablecimiento del equilibrio en el contenido del contrato, con independencia del estatus de las partes –consumidores o empresarios-. Como consecuencia, la noción de ausencia de causa se ha convertido en un arma en la lucha contra las cláusulas injustas introducidas con motivo de la diferencia de poder de negociación de las partes.

⁴³ R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length of the French judiciary’s foot”, en J. CARTWRIGHT; S. VOGENAUER; S. WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford, Hart, 2009, pp. 113 – 115.

⁴⁴ Sobre la dificultad de delimitar la noción de obligación esencial, T. GENICON, “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 13, diciembre 2009, pp. 135 y ss.: “Al final, ya que no se puede predecir con total seguridad que tal obligación del contrato es una obligación esencial o una parte suficientemente importante de una obligación esencial, no podemos predecir de manera segura que la cláusula limitativa de reparación que la apunta será admitida a sobrevivir o no. El sistema, en realidad, promete mucho más de lo que puede: tienta a los observadores con una previsibilidad que no puede cumplir” (p. 137).

⁴⁵ R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length...”, op. cit., pp. 115 – 117, evidencia que el criterio no actúa como un elemento disuasorio para prevenir el uso de cláusulas abusivas en los contratos. El autor critica, no que los jueces franceses eliminen cláusulas contractuales, sino la forma en la que las eliminan, proponiendo enviar un mensaje claro a los predisponentes con una especificación de los límites de uso de ciertas cláusulas.

⁴⁶ Sobre la protección de los profesionales por el “*droit commun*” y la inferioridad e insuficiencia de la tutela, D. MAZEAUD, “Le protection par le droit commun”, en C. JAMIN; D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Paris, Economica, 1998, pp. 33 – 54.

⁴⁷ Article 1118 Cc.: “La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes, ainsi qu’il sera expliqué en la même section” (“El perjuicio solo viciará los acuerdos en ciertos contratos o en relación con ciertas personas, como se explicará en la misma sección”).

⁴⁸ J. HUET; R. CABRILLAC, “Validité – Objet (art. 1121 à 1123)”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations*

general los desequilibrios contractuales, los tribunales franceses no son tendentes a utilizar directamente este principio para eliminar aquellos desequilibrios más relevantes, como sí lo hacen los alemanes, tal y como estudiaremos en el apartado correspondiente. La noción de buena fe inspira en Derecho francés ciertas decisiones pero no constituye una técnica jurídica autónoma⁴⁹. En el mismo sentido se puede argumentar la insuficiencia de la figura del abuso de derecho, en la medida en que también los tribunales franceses son reacios admitir el abuso de derecho en materia contractual⁵⁰. Por último, sí que disponen los tribunales de un poder de revisión de las cláusulas penales ya que, en virtud del art. 1152 Cc francés, pueden moderar aquellas penas convenidas que sean excesivas –o irrisorias-⁵¹.

23. Existen otros preceptos de Derecho general de obligaciones –no reservados, por tanto, para contratos con consumidores- que podrían utilizarse para luchar contra cláusulas abusivas concretas. Por una parte, el Código civil francés determina que la presencia de ciertas cláusulas implica una causa de nulidad del contrato, como aquellas cláusulas que hacen depender la ejecución del contrato de la voluntad de una de las partes (artículo 1174 Cc.), cláusulas en virtud de las cuales se determina unilateralmente el precio de venta (artículo 1591 Cc.) o cláusulas por las que uno de los contratantes se encuentra obligado por un contrato cuya duración puede continuar indefinidamente. Por otro lado, se pueden reputar como no escritas, entre otras, aquellas cláusulas que tienden a suprimir o a reducir la garantía en caso de vicios ocultos de la cosa vendida (artículo 1643 Cc.) o aquellas por las cuales un transportista pretende exonerarse de su responsabilidad por la pérdida o deterioro de los objetos transportados (artículo L. 133-1 Código de comercio). Son, como se puede apreciar, soluciones que implican una protección meramente puntual para aquellos casos más evidentes que no suponen un cambio en la idea de la insuficiencia de instrumentos para el control en la contratación entre empresarios⁵².

24. Se puede concluir, por tanto, que las relaciones mediante condiciones generales entre empresarios necesitan de una regulación efectiva en el Derecho francés, con directrices más claras sobre qué se entiende por abusivo y qué cláusulas pueden ser eliminadas. Esta carencia general no tiene solución a través del Derecho de consumo y no se ve cubierta con el recurso a las normas generales contenidas en el Código civil vigente hasta la fecha.

25. Fue el Código de comercio el que, a raíz de una reforma en 2008, albergó una especie de norma de control en las relaciones entre empresarios. Cerrando la sección de los mecanismos protectores existentes en estas relaciones, nos centraremos, precisamente, en el análisis de esta regla del texto mercantil y su relación con las cláusulas abusivas en la contratación empresarial.

26. Por otra parte y desde hace años, un sector de la doctrina, aprovechando la época de reforma del Derecho francés de las obligaciones, ha abogado por integrar una regla general de control del equili-

et de la prescription, Paris, La documentation Française, 2006, p. 36. Tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión en el apartado relativo a la reforma del Derecho de obligaciones francés. Acerca de la relación de la causa y la lesión, ver J. GHESTIN, *Cause de l'engagement...*, op. cit., pp. 701 – 713.

⁴⁹ Tal y como señalan S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, “Good faith...”, op. cit., p. 38, si se analiza el impacto de la buena fe en el Derecho de contratos francés, “*nadie respondería que la idea de la buena fe inspira muchas de las soluciones actuales a problemas legales*”.

⁵⁰ J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consummation...*, op. cit., pp. 201 – 202.

⁵¹ Según el artículo 1152 Código civil francés, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria, siendo nula toda estipulación en contrario (“*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”).

En nuestro ordenamiento jurídico es posible moderar las cláusulas penales cuando están pensadas para un incumplimiento total y se produce un incumplimiento parcial (art. 1154 Cc). No se permite al juez, por el contrario y siguiendo a la doctrina mayoritaria, reducir una pena por ser excesiva o desproporcionada si se ha producido el incumplimiento para el que había sido prevista.

⁵² No descubrimos nada nuevo si decimos que estos supuestos, en líneas generales, están contemplados también en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otros, podemos señalar el art. 1256 del Cc español, como sede de la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, o el art. 1485.II del mismo texto, declarando nula la limitación de responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe.

brio de los derechos y obligaciones recíprocos en el contrato que permita a todo contratante, profesional o particular, solicitar la revisión de aquellas cláusulas que pudieran calificarse como “abusivas”. A ello dedicaremos la última parte del epígrafe, en la que recogeremos unas notas sobre los diversos proyectos de modificación del Derecho de obligaciones francés y, en especial, respecto del último texto de reforma por estar próxima su aprobación.

b) La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio

27. La llamada Ley para la Modernización de la Economía⁵³, junto a otras modificaciones, algunas de las cuales suponen un refuerzo de la protección del consumidor y del no profesional en el Código de consumo⁵⁴, introduce en el Código de comercio un mecanismo en las relaciones entre los profesionales que guarda ciertos parecidos con la protección frente a las cláusulas abusivas. Vaya por delante, sin embargo, que hay una diferencia principal de base y es que los instrumentos de tutela de la norma mercantil no se limitan a los contratos predispuestos sino que resultan de aplicación a todos los contratos, negociados y no negociados⁵⁵. Esto no quiere decir que en algunos supuestos no pueda ser tenido en cuenta el factor de imposición de las cláusulas, como es el caso que nos ocupa.

28. Así, el artículo L. 442-6 I 2º, Libro IV, Capítulo II, *De las prácticas restrictivas de la competencia*, recoge la responsabilidad y obligación de todo productor, comerciante, industrial o persona en el desempeño de un oficio de reparar los perjuicios causados como consecuencia de “someter o intentar someter a la otra parte comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes”⁵⁶. Aunque no se exige formalmente la predisposición del contenido contractual está claro que la ausencia de negociación y el hecho de que una parte se pliegue a la voluntad unilateral del otro contratante –característica de los contratos predispuestos–, encaja con la idea que subyace en los términos “someter” o “intentar someter”.

29. A primera vista, parece evidente la influencia del Derecho de consumo en el citado artículo en la medida en que hace referencia a las cláusulas que generen un “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”, expresión similar a la del artículo L132-1 del Código de consumo y que podría llevar a pensar que se ha introducido un control frente a las cláusulas abusivas en las relaciones comerciales⁵⁷. Sin embargo, aunque la reforma se presenta como lo que parece ser una modi-

⁵³ Loi n° 2008-776 du 4 août, de Modernisation de l'Économie.

⁵⁴ Ver nota pie página número 5.

⁵⁵ Y. PICOD, *Les clauses abusives*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

⁵⁶ Article L.442-6 I Code commerce: “I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.”

El precepto ha sido modificado por dos normas, la primera, la Loi n° 2010-874, 27 juillet 2010, y la segunda, recientemente a través de la Loi n° 2014-344, 17 mars 2014. Las reformas, no obstante, no han afectado a este apartado en concreto y sí a otros supuestos que recoge el artículo y que son penalizados con la nulidad por restringir la libre competencia.

Curiosamente, cabe resaltar que este artículo ha sido objeto incluso de una cuestión de constitucionalidad, presentada por una gran empresa distribuidora (DARTY) planteando la conformidad de sus disposiciones (la sanción del desequilibrio con multas) con los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El Consejo Constitucional, sin embargo, en su Decisión de 13 de enero de 2011 (Décision n° 2010-85 QPC), concluye la conformidad del artículo con la Constitución puesto que el concepto “desequilibrio significativo” no es desconocido en el ordenamiento jurídico francés y los criterios para determinarlo están suficientemente desarrollados y clarificados por la jurisprudencia por ser una noción clave en el Derecho de consumo. No hay peligro, pues, de una interpretación arbitraria del mismo.

⁵⁷ B. FAGES, “Obligations en général...”, op. cit., pp. 116 - 118. El autor, en su comentario a la sentencia Cass. Civ. 1, de 27 de noviembre de 2008, n° 07-15226, acerca de un contrato que incluye una cláusula de vinculación por impago, señala que, después de que la Ley para la Modernización de la Economía haya exportado del Código de consumo el criterio de calificación de las cláusulas abusivas para introducirlo en el Código de comercio, toda sentencia que califique como abusiva una cláusula contenida en un contrato de consumo puede adquirir una relevancia particular, sobre todo si se trata de una estipulación frecuente en los contratos entre empresarios.

ficación sustancial del Derecho francés, la influencia real del Derecho de consumo sobre el Derecho de la competencia es relativa, siendo necesarias una serie de apreciaciones.

30. En primer lugar, si bien la *ratione personae* del artículo L.442-6 I 2º Ccom se refiere claramente a las relaciones entre “*partenaires commerciaux*”, la *ratione materiae* es más imprecisa que en el caso del Derecho de consumo: el “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*” al que hace mención es el generado por las “obligaciones” y no por las “cláusulas” como en el caso del artículo L.132-1 del Código de consumo⁵⁸. Por otra parte, a pesar de ser utilizada esta expresión en ambas normas, no es evidente que la aproximación a su interpretación deba ser la misma en los dos casos: las situaciones de hecho son suficientemente diferentes para justificar un tratamiento jurídico diferenciado⁵⁹. Efectivamente, aunque el objetivo de los textos es similar, esto es, sancionar los abusos susceptibles de ser cometidos por un contratante dominante, hay quien piensa que el artículo L. 442-6 I 2º Ccom parece haber sido creado para atemperar la negociación de tarifas y condiciones de venta, huérfanas de regulación con la supresión del punto 1º del mismo precepto -referente a la prohibición de discriminaciones-, intención alejada de la figura de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que, precisamente, no entran a valorar los desequilibrios en relación con el precio⁶⁰.

31. A ello se le suma que, mientras que en Derecho de consumo el solo desequilibrio permite la aplicación del control del artículo L. 132-1 puesto que se entiende que, al ser el contrato de consumo un contrato de adhesión, el consumidor es la parte débil y su consentimiento se presume forzado, en el caso de la contratación profesional no ocurre así. No existe, como decíamos, ninguna mención acerca de la necesidad de que las partes se encuentren, por ejemplo, en una relación de dependencia económica⁶¹ ni tampoco de que se trate de un contrato de adhesión⁶². Por último, en lo que al concepto de “*déséquilibre significatif*” se refiere, junto a esta figura que, a primera vista parece ser la noción clave y central del control de abusos en las relaciones entre profesionales en el sentido del Derecho de consumo, subsisten alrededor otra serie de situaciones que sancionan igualmente abusos y que hacen que el concepto analizado, en principio de gran trascendencia, esté, en cierto modo, diluido⁶³.

⁵⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 55.

⁵⁹ F. BUY, “Entre droit spécial et droit común: l’article L. 442-6,I,2º du Code de comerce”, *Petites affiches*, nº 252, 17 decembre 2008, p. 3.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 4. La Ley para la Modernización de la Economía suprime el artículo L. 442-6 I 1º, regulador del principio cardinal del Derecho económico francés de prohibición de discriminaciones. Dicho artículo prohibía el hecho de “*pratiquer, à l’égard d’un partenaire économique ou d’obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d’achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties reyes en créant, de ce fait, pour un partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrente*”. BUY señala como una gran diferencia entre el artículo del Código de comercio y el que podría ser equivalente en el Derecho de consumo el hecho de que el texto mercantil considere como abuso el hecho de obtener o intentar obtener de la otra parte negocial una ventaja que no se corresponde con ningún servicio efectivamente prestado o manifiestamente desproporcional en relación con el valor del servicio prestado, mientras que el artículo L.132-1 del Código de consumo prohíbe de modo expreso que se pueda controlar mediante las cláusulas abusivas un desequilibrio referente al precio. Acerca de la supresión del artículo L. 442-6 I 1º y la inclusión del punto 2º, ver D. MAINGUY; J. L. RESPAUD; S. DESTOURS, “Droit de la distribution”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, nº 19, 7 mai 2009, pp. 22 – 29. Acerca de la supresión de dicho artículo y de las vías restantes para limitar las discriminaciones, E. DIENY, “La prohibition des discriminations après l’abrogation de l’article L. 442-6-I, 1º du Code de commerce”, *Concurrences*, nº 2, 2009, pp. 89 – 97.

⁶¹ M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle?”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, p. 17. La autora se pregunta si el hecho de aceptar libremente las condiciones que suponen un desequilibrio implicaría un obstáculo a la aplicación del artículo L. 442-6 del Código de comercio, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia según la cual el hecho de haber concluido voluntariamente una contrato con una cláusula de exclusividad excluye el abuso de dependencia económica en el sentido del artículo L. 420-2 del Código de comercio (artículo que regula dicha figura).

⁶² Aunque, como se ha señalado antes, la imposición de un contrato tipo predispuesto será un claro indicio a favor de que, en su caso, la cláusula se considere generadora de un desequilibrio significativo. Así, K. RIERA- THIEBAULT; A. COVILLARD, “La notion de déséquilibre significatif visée à l’article L. 442-6,I,2º du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?”, *Gazette du Palais*, vol. 133, nº 1, 13 – 14 février 2013, p. 207, señalan que el desequilibrio significativo se presume cuando la cláusula presenta un carácter unilateral no negociado sin contrapartida y desproporcionado. Tras el análisis de diversas cláusulas sancionadas por los tribunales, las autoras ponen de relieve que el punto en común en muchas de ellas –además de la desproporción y ausencia de contrapartida- es que se trata de cláusulas determinadas unilateralmente, no negociadas.

⁶³ M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 14. Podemos citar las “*condiciones manifiestamente*”

32. Más allá de los matices respecto a la noción de desequilibrio significativo, existen otra serie de aspectos a destacar no menos importantes. La sanción que se prevé en el artículo L. 442-6 I 2º no es equivalente a la recogida en el artículo L. 132-1 del Código de consumo. Así, la consecuencia de que se genere el desequilibrio significativo en las relaciones entre empresarios no es la supresión de la cláusula, como en el caso de los contratos con consumidores, sino, entre otras, la responsabilidad y la obligación de reparar los perjuicios causados a la contraparte⁶⁴.

33. Aunque de menor entidad, también podemos señalar diferencias respecto a la carga de la prueba, que, en el caso de la contratación entre empresarios, correspondería a aquella parte que quisiera beneficiarse de la abusividad de la cláusula, sin que exista una presunción de abuso como en la contratación con consumidores, y diferencias en cuanto a la estructura de la regulación del mecanismo de control, puesto que no recoge el Código de comercio ninguna lista de cláusulas que se presumen o que son irrefutablemente abusivas⁶⁵.

34. Por último, dada la particularidad del Derecho francés de la competencia, cuya regulación sobre prácticas restrictivas no pretende tanto preservar la competencia en el mercado como equilibrar las relaciones entre las partes económicas, especialmente en el sector de la distribución, y una vez analizada una cierta –aunque matizada– relación entre el artículo L.442-6 I 2º y el artículo L.132-1 del Código de consumo, la doctrina se ha preguntado acerca del enfoque que se le debe dar al primer artículo: ¿una interpretación civilista (o, más bien, contractual) del desequilibrio significativo o una interpretación concurrencial, retomando la condición del abuso de dependencia?. Hay autores⁶⁶ que estiman que si la jurisprudencia adoptara una interpretación del texto en cuestión desde el punto de vista de Derecho de la competencia, en base a la condición de la dependencia, la reforma no habría servido para nada⁶⁷, mientras que quienes defienden la interpretación concurrencial⁶⁸ entienden que la situación de dependencia está igualmente implícita para aquel al que se le impone un desequilibrio desfavorable. En cuanto a la aceptación de una postura contractualista, se ha señalado como aspecto negativo el riesgo de conducir a un control generalizado del equilibrio contractual con la consiguiente incertidumbre jurídica⁶⁹. En el derecho de la distribución, las partes no se encuentran necesariamente en una situación de desigualdad, con lo que no todo desequilibrio significativo debería ser sancionado por sí solo, especialmente si la Ley para la Modernización de la Economía pretende reforzar la libertad de negociación. Una solución para este peligro, se ha dicho, residiría

abusivas respecto a los precios, los plazos de pago, las condiciones de venta o los servicios no correspondientes a las obligaciones de compra y de venta” (artículo L. 442-6 I 4º), las condiciones “*manifiestamente abusivas*” (artículo L. 442-6 I 7º) o la sanción de la ventaja “*manifiestamente desproporcionada*” (artículo L. 442-6 I 1º).

⁶⁴ El art. L.442-6.III Ccom legitima para ejercitar la acción a “toda persona interesada” (entre ellos, obviamente, la parte contractual afectada), en cuyo caso la “sanción” de haber sometido al contratante a un desequilibrio significativo sería la ya mencionada indemnización por los perjuicios sufridos. Pero también legitima, por otra parte, al Ministerio Público, al Ministro de Economía y al Presidente de la Autoridad de la Competencia, en cuyo caso, además de reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos, podrán ordenar el cese de las prácticas, la nulidad de las cláusulas o del contrato y, sobre todo, imponer una multa, que puede llegar a ser el triple del importe de las sumas indebidamente pagadas. Según la Corte de Casación comercial (Cas. Com. 21 janvier 2014, n° 12-29166), la multa civil no tiene como objeto reparar un perjuicio sino reprimir las prácticas prohibidas por el legislador y evitar que se repitan (“[...] *l’amende civile prévue par l’article L. 442-6 III du code de commerce a pour objet, non de réparer un préjudice, mais de réprimer les pratiques interdites par le législateur pour en empêcher la répétition [...]*”).

No parece, por lo tanto, que el contratante afectado por el desequilibrio significativo pueda lograr la nulidad de la cláusula ejercitando la acción correspondiente. Además, el elenco de legitimados activamente para el ejercicio de la acción y algunas de las consecuencias es bastante elocuente en cuanto a la naturaleza de la misma.

⁶⁵ En este sentido, es importante volver a traer a colación la resolución del *Conseil Constitutionnel* de 13 de enero de 2011 (decisión 2010-85 QPC), que considera que los jueces se pueden inspirar en la jurisprudencia relativa al art. L.132-1 del Código de consumo para su aplicación del art. L.442-6.I.2º Ccom. Eso sí, como se ha precisado posteriormente, si bien pueden inspirarse para delimitar los contornos de la infracción de desequilibrio significativo, no pueden recurrir a un razonamiento por analogía en cuanto el campo de aplicación de ambos textos es distinto (Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de octubre de 2014 (Cour D’Appel de Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059)).

⁶⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., pp. 16 – 17.

⁶⁷ A partir del artículo L. 442-6 I 2º se sanciona el “desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes” en lugar de la noción utilizada anteriormente “*abus de la relation de dépendance*” o “*puissance d’achat*”.

⁶⁸ D. FERRIER; D. FERRE, “La réforme des pratiques commerciales (Loi numéro 2008-776 du 4 août 2008)”, *Recueil Dalloz Sirey*, n° 32, 18 septembre 2008, pp. 2235 – 2240.

⁶⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 17.

en conectar el desequilibrio significativo con la noción de buena fe, entendiendo que se debe exigir a tal desequilibrio, para que pueda ser condenado, que sea contrario a la buena fe contractual⁷⁰.

35. Desde la entrada en vigor del artículo que nos ocupa hasta la actualidad, se han adoptado algunas resoluciones que pueden orientar respecto del enfoque del mismo⁷¹. Los supuestos se encuadran en contratos de distribución y las cláusulas que se han valorado como generadoras de un desequilibrio significativo en el sentido del art. L.442-6 I 2º Ccom⁷², de la forma en que están configuradas, aprovechan al distribuidor y suponen una posición claramente desventajosa para el proveedor sin que, además, se demuestre la existencia de otra condición que implique un reequilibrio de las partes. Así ocurre con las cláusulas relativas a la revisión de precios o tarifas que, aunque son lícitas, para no ser consideradas como generadoras de un desequilibrio significativo deben guardar una cierta reciprocidad e impedir que toda bajada de precios repercuta siempre negativamente en el proveedor o que el distribuidor pueda tener una absoluta discrecionalidad al respecto⁷³. También con las relativas a la “*taux de service*”⁷⁴, tasa o nivel de servicio al que se obliga el proveedor en las sentencias citadas que también genera un desequilibrio significativo pues es muy elevada (98.5%)⁷⁵, es de aplicación automática -sin tener en cuenta otras circunstancias- y no está claramente especificada su definición y cómo ha de calcularse. Por otra parte, las cláusulas en virtud de las que el proveedor debe recoger y quedarse con los productos sin vender, suponen cargar al proveedor con todas las consecuencias de una bajada de ventas de un producto -que, además, al desconocer, no puede gestionar de cara una reventa posterior- así como con los costes de la recogida⁷⁶.

También referidas en su mayoría a contratos de distribución, se han considerado generadoras de un desequilibrio significativo algunas cláusulas de terminación unilateral del contrato -sin preaviso y sin indemnización o dependiendo de la voluntad unilateral de una de las partes-⁷⁷; cláusulas relativas a los plazos de pago -imposición de pagos anticipados desproporcionados y en asimetría con las condiciones de pago de la contraparte-⁷⁸; o cláusulas penales exorbitantes⁷⁹ 80. Muchos de estos supuestos serán también objeto de cuestionamiento en el ordenamiento jurídico español.

36. Esta norma del Código de comercio, por lo tanto, está situada entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia pero con una intención y filosofía más vinculada con este último. Ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas son compartidos plenamente con los de un régimen de control de contenido en contratos predispuestos. Solo hace falta recordar, a modo de detalle, la legitimación activa para la acción y la importancia que representa la multa dentro del sistema de sanciones del precepto, fruto sin duda de que, en última instancia, se esté preservando la afectación de la competencia y, por ende, del orden público económico. Aunque el art. L.442-6.I.2º Ccom pueda perseguir algunos objetivos comunes a los del Derecho de condiciones generales -la protección de la parte débil frente a desequilibrios significativos-, y en este sentido sí que puede amparar ciertos supuestos protegibles también vía control de contenido en condiciones generales, al primero le preocupa la competencia y el equilibrio del mercado y al segundo paliar el déficit de autonomía de la voluntad en la formación del contrato.

⁷⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 17.

⁷¹ Entre otras, Tribunal de Commerce de Lille, 7 septembre 2011, nº 2009/05105; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 juillet 2013, nº 12/07651; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 11 septembre 2013, nº 11/17941.

⁷² Sin perjuicio de las indemnizaciones a la contraparte, en lo referente a las multas impuestas, éstas ascienden en los ejemplos tomados a 1.000.000 de euros en los fallos del Tribunal de Commerce de Lille y de la Cour D’Appel de Paris, de 11 septembre 2013, y a 600.000 euros en el caso de la Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

⁷³ La Corte de Apelación de París, en su sentencia de 4 de julio de 2013, en este sentido, señala la importancia de que el proveedor tenga conocimiento de la evolución de los precios durante el contrato para su competitividad.

⁷⁴ La tasa o nivel de servicio del proveedor, es decir, el porcentaje obligatorio de respuesta a un pedido. Según lo describe la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de julio de 2013, la diferencia de cantidades entre los pedidos y las entregas.

⁷⁵ Cour D’Appel de Paris, 11 septembre 2013.

⁷⁶ Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

⁷⁷ Tribunal de Commerce de Meux, 6 décembre 2011, nº 2009/02295.

⁷⁸ Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, nº 2009-5184; Tribunal de Commerce de Meaux, 6 décembre 2011, nº 2009/02295.

⁷⁹ Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, nº 2009-5184.

⁸⁰ K. RIERA-THIEBAULT; A. COVILLARD, “La notion de déséquilibre significatif...”, op. cit., pp. 206 – 208.

C) Reforma del Derecho de obligaciones

37. Como hemos visto hasta ahora, la visión que se tiene del control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios en el Derecho francés es la de una regulación desmembrada, a través de diferentes fórmulas que van desde el control más expreso que se deriva del artículo L. 442-6 I 2º Ccom hasta el recurso a reglas generales de Derecho de obligaciones, como puede ser la causa en la doctrina *Chronopost* para las cláusulas limitativas de responsabilidad. Dado este panorama, se apuntó por parte de la doctrina la posibilidad, aprovechando la situación de reforma en la que está inmerso el Derecho de obligaciones francés, de introducir en el mismo una regla general que permitiera el control de los abusos contractuales para cualquier tipo de adherente⁸¹. Así ocurrirá, de hecho, cuando en un periodo corto de tiempo se apruebe el texto de reforma que está en las últimas fases de tramitación.

38. Las intenciones de reforma del Derecho de obligaciones en Francia se plasmaron, inicialmente, en tres textos diferentes: el Ante-proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y de la prescripción, conocido como *Avant-projet Catala* (2005)⁸², el más inspirado en la tradición histórica francesa; un Anteproyecto del Ministerio de Justicia francés, el Proyecto de reforma del Derecho de contratos de la Cancillería (primera versión, 2008)⁸³; y, por último, el *Projet de réforme du droit des contract de l'Academie des Sciences Morales et Politiques*, denominado Proyecto Terré (2009)⁸⁴, que, al contrario del proyecto Catala, presenta un perfil innovador dando cabida, más bien, a las nuevas corrientes de Derecho europeo de los contratos⁸⁵.

39. Si entramos en el contenido de los distintos proyectos de reforma respecto a lo que aquí nos ocupa, la contratación no negociada y las opciones de control material en estos supuestos, cabe señalar que todos recogen la figura del “*contrat d'adhésion*” –en el caso del proyecto Catala (art. 1102(5)) y de la Cancillería (art. 11)- o de las “*conditions générales*” –en el caso del proyecto Terré (art. 23(2))- de forma general, para todo adherente⁸⁶. En cuanto a la previsión de reglas que pudieran conllevar un con-

⁸¹ A partir de esta idea, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 57 – 61, sugiere una disposición basada sobre la noción del desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato para aquellas cláusulas no negociadas. Por su parte, D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur...”, op. cit., pp. 325 – 352, argumenta la apuesta por la integración de una regla general basada en la sanción del abuso de dependencia, esto es, una regla que, en el caso de que la formación del contrato esté caracterizada por una situación de dependencia entre los contratantes –situación que requiere la imposibilidad de negociar libremente la cláusula- se prevea la revisión o anulación del contrato afectado por un desequilibrio contractual excesivo. Según el autor, en la normativa y jurisprudencia del momento se podían encontrar signos de esa voluntad de crear una regla general en el Derecho de contratos francés.

⁸² En septiembre de 2005 es presentado al Ministro de Justicia francés, por un grupo de juristas franceses, bajo la dirección de Pierre Catala un Ante-proyecto de reforma que pretendía la mayor reforma del Código civil llevada a cabo desde su entrada en vigor en 1804 alterando varios aspectos centrales del derecho de contratos, entre otros. Acerca de este Ante-proyecto Catala, ver P. CATALA, “Présentation générale de l'avant-projet”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation Française, 2006, pp. 11 – 16; G. CORNU, “Introduction, Des obligations”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation Française, 2006, pp. 19 – 24; J. CARTWRIGHT; S. VOGENAUER; S. WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford, Hart, 2009, 930 p.

⁸³ Ha habido varias versiones desde la primera en 2008. Nosotros utilizamos el texto de mayo de 2009 (disponible en: http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf). Sobre el proyecto de reforma de la Cancillería y sus líneas generales, L. LEVENEUR, “Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats: à améliorer”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, pp. 1 – 2.

⁸⁴ Texto y comentarios de este proyecto en F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats: reflexions et propositions d'une groupe de travail*, Paris, Dalloz, 2009.

⁸⁵ Un estudio en español del Anteproyecto Catala en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, nº 2, 2007, pp. 621 – 848. Algunas notas en general acerca de estos proyectos en español en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Observaciones comparadas de los Proyectos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 206 – 209; P. SABORIDO SÁNCHEZ, “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”, *InDret*, nº 1, enero 2013, pp. 18 y ss.

⁸⁶ Asimismo, incluyen expresamente la regla de interpretación *contra proferentem* y prevén un control de incorporación –en el caso de los proyectos de la Cancillería (art. 24) y Terré (art. 23(2)), no así en el proyecto Catala-

trol de contenido, existen diferencias entre las figuras a las que recurren los distintos textos. En el caso del Proyecto Catala, caracterizado por su conservadurismo, la doctrina de la causa sigue presente como base legal para la eliminación de ciertas cláusulas al estipular su art. 1125(2), respecto de todo contrato, que “*se reputa como no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa*” (recordamos la famosa saga *Chronopost*)⁸⁷. Como mención innovadora, cabe señalar que la no negociación tiene relevancia en este texto respecto de la posibilidad de controlar el contenido de un contrato. Así, aquella cláusula que cree en el contrato un desequilibrio significativo en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a la demanda de ésta, en el caso en el que la ley la proteja por una disposición particular, especialmente por su cualidad de consumidor o aún aquellas que no hayan sido negociadas (art. 1122(2)). Este precepto permitiría, no sólo que un consumidor pueda solicitar la revisión o supresión de una cláusula que podría ser calificada de “abusiva”, tanto si ha sido negociada como si no lo ha sido, sino también que todo contratante, esto es, tanto consumidor como profesional, pueda solicitar dicha revisión o supresión en aquellos casos en los que la cláusula no haya sido negociada⁸⁸.

En cuanto a los proyectos de la Cancillería y Terré, en ambos textos se recoge una disposición similar, ya prevista expresamente para las cláusulas no negociadas y todo adherente. De esta forma, aludiendo al mismo criterio -el desequilibrio- se permite el control de contenido de aquellas condiciones que creen un “*déséquilibre significatif*” en el contrato, si así lo solicita la parte perjudicada⁸⁹. Mientras que en el caso del proyecto de la Cancillería, el juez puede solo suprimir la cláusula, en aplicación del proyecto Terré, del mismo modo que ocurría en el Catala, se le permite tanto la supresión como su revisión.

40. Si el paso del tiempo desde que viera la luz en 2005 el primero de los proyectos -el Proyecto Catala- y la aparición de diversos textos, podía hacer pensar que la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos no llegaría, parece que desde finales de 2013 se acelera y, tras varias idas y venidas⁹⁰, está abierto en la actualidad un proceso de reforma en torno a una propuesta de *Projet*

⁸⁷ Esta disposición fue criticada en la medida en que se limitaba a mantener el *status quo* precedente sin aportar directrices que los jueces pudieran seguir para llevar a cabo su tarea de eliminar las cláusulas que sean incompatibles con las obligaciones fundamentales del contrato. Ver R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length...”, op. cit., pp. 112 – 113, 115.

⁸⁸ A favor de esta interpretación, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54. En contra, considerando que solo se ven afectados los contratos con consumidores, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 207.

La autora (N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 54 – 57), se mostró en su momento favorable a una norma así ante la falta de regulación al efecto en el Derecho interno mediante otros mecanismos. Consideraba justificada la incorporación de una disposición de esta naturaleza en el Derecho de contratos de cara a erradicar las cláusulas abusivas, sin que esto supusiera una desnaturalización del Código civil dado que, tanto el legislador nacional como los legisladores de otros países europeos, tienen una voluntad de proteger al contratante víctima de un desequilibrio.

⁸⁹ El art. 79 del Proyecto de la Cancillería dispone que: “*Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l’objet du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation*”. Por su parte, en virtud del art. 67 del Proyecto Terré: “[...] *la clause non négociée que crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l’une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande*”.

⁹⁰ En noviembre de 2013 se presenta un Proyecto de Ley en el Senado por el que, de ser aprobado, se habilitaría al gobierno a legislar por *ordonnances* (sin debates parlamentarios) las medidas de simplificación del derecho y de los procedimientos en el ámbito de la justicia y asuntos internos. Con esto, se pretendía tomar las medidas necesarias para “[...] *modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de moderniser, de simplifier, d’améliorer la lisibilité, de renforcer l’accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l’efficacité de la norme [...]*” (art. 3 del *Projet de loi* depositado en el Senado el 27 de noviembre de 2013). En enero de 2014 el Senado no acepta el Proyecto de Ley en lo referente a la legislación mediante *ordonnances* del Derecho de contratos y obligaciones, suprimiendo el artículo correspondiente (Sénat n° 69, Session ordinaire, 23 janvier 2014). Al respecto, la Comisión de Leyes del Senado había considerado que la reforma del Derecho de obligaciones y contratos, reforma mayor del Código civil, era demasiado importante para ser regulada por *ordonnances*, siendo merecedora de un debate público (comunicado disponible en: <http://www.senat.fr/presse/cp20140115c.html>). Sin embargo, después de un año de tramitaciones, el 28 de febrero de 2015, la Asamblea Nacional reintroduce de nuevo la habilitación al Gobierno para legislar por este procedimiento (texto n° 467, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0467.asp>), hecho que lleva a sesenta senadores al día siguiente a plantear la constitucionalidad de este artículo ante el *Conseil constitutionnel*. Este órgano, en una decisión del 12 de febrero de 2015, concluye la constitucionalidad del artículo que habilita al Gobierno a legislar mediante *ordonnances* en materia de Derecho de contratos (Décision n° 2015-710 DC, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-710-dc/decision-n-2015-710-dc-du-12-fevrier-2015.143268.html>). Parece, por tanto, que será éste el procedimiento por el que se llevará a cabo en Francia la reforma del Título III del Libro III del Código civil.

d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publicada por el Ministerio de Justicia francés el 25 de febrero de 2015 y cuya aprobación definitiva se estima para los últimos meses de este mismo año.

Respecto del contenido de este nuevo *Projet d'Ordonnance*⁹¹, en lo que aquí nos interesa y dado que parece que estará cercano al contenido final de la reforma, cabe señalar que el texto concibe el “*contrat d'adhésion*” como aquel cuyas estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre negociación, han sido determinadas por una de las partes⁹², regulando un control de incorporación –pues es necesario que las condiciones generales invocadas por una parte hayan sido dadas a conocer a la otra y las haya aceptado⁹³- y, lo más importante, un control material. Así, el juez, a instancia de la parte perjudicada, puede suprimir una cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, dejando fuera de esta apreciación de desequilibrio los elementos esenciales del negocio jurídico⁹⁴. Eso sí, es de resaltar que, si bien en los otros textos de reforma el elemento de la ausencia de negociación tenía presencia en el control de contenido de las cláusulas desequilibradas, parece que aquí este control se extiende a todo tipo de cláusulas, negociadas o no, puesto que el precepto no distingue, ni por su ubicación ni por su redacción⁹⁵.

D) Breve recapitulación

41. Se ha observado una progresiva concienciación entre la doctrina francesa acerca de la insuficiencia de los mecanismos correctivos existentes para hacer frente a cláusulas que podrían considerarse como abusivas en la contratación entre empresarios. Ejemplo de ello es la utilización jurisprudencial de la figura de la causa para conseguir la nulidad de ciertas cláusulas. O también la reforma del Código de Comercio y su correlativa inclusión del concepto de “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” en este ámbito, aunque con las salvedades y cautelas que han sido señaladas. En todo caso, el avance más claro en este sentido, sin duda, se produce en los distintos proyectos de reforma del Derecho de obligaciones francés que, por fin, va a llevarse a cabo. Hoy por hoy, hasta la aprobación de este último texto tan amplio en cuanto a la protección frente a cláusulas desequilibradas, la conclusión es que no se puede afirmar que exista en el ordenamiento jurídico francés un régimen general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, del mismo modo que tampoco existe, como pasaremos a estudiar a continuación, en el sistema italiano.

2. Protección en el ordenamiento jurídico italiano

A) Codice civile: artículos 1341 y 1342

42. El Código civil italiano, dando respuesta normativa a un problema que la jurisprudencia precedente a la entrada en vigor del texto había advertido, regula en 1942 el fenómeno de las condiciones

⁹¹ Texto disponible en:

http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

⁹² Article 1108(2): “*Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties*”.

⁹³ Article 1120: “*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard d l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet*”.

⁹⁴ Article 1169: “*Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*”.

⁹⁵ Acerca de esta regulación de las cláusulas abusivas podemos remitir a N. DISSAUX, “*Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte*”, *Droit & Patrimoine*, n° 240, octobre 2014, pp. 53 – 56; P. STOFFEL-MUNCK, “*Les clauses abusives: on attendait grouch...*”, *Droit & Patrimoine*, n° 240, octobre 2014, pp. 56 – 59. Se trata de comentarios, no sobre el *Projet d'Ordonnance* de febrero de 2015 pero sí sobre el texto del que proviene este proyecto, un documento de trabajo del Ministerio de Justicia francés fechado en octubre de 2013 y publicado a principios de enero de 2014, que tiene exactamente el mismo contenido. Texto disponible en: http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733_document---avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats.htm (definición de contrato de adhesión, art. 8(2); control de incorporación, art. 20; control de contenido, art. 77).

generales del contrato⁹⁶. El artículo 1341 es el encargado de instaurar un control para este tipo de cláusulas que, como veremos, es meramente formal, sin que el precepto contenga, por otra parte, definición alguna del concepto de “*condizioni generali*”. Han sido la jurisprudencia y la doctrina las que, posteriormente, han precisado el significado de dicha expresión a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma⁹⁷.

El control al que hace referencia el citado artículo se basa en la cognoscibilidad de las condiciones generales predisuestas por uno de los contratantes (conocía o debía haber conocido desplegando una diligencia normal), requisito para la eficacia de las mismas⁹⁸. A su vez, el apartado segundo del artículo 1341 introduce lo que se han llamado “*clausole vessatorie*”, una serie de cláusulas que, por ser especialmente gravosas para el adherente, no tendrán efecto si no son específicamente aprobadas por escrito⁹⁹. El control de estas cláusulas, lo que en España se conocería como “cláusulas abusivas”, no es un control de contenido sino meramente de incorporación en la medida en que se limita a requerir una específica aceptación¹⁰⁰.

Por otra parte, el artículo 1342 Cc está previsto para la contratación mediante la suscripción de formularios preparados para el propósito de regular ciertas relaciones contractuales de una manera uniforme, respecto a los que se prevé una regla de prevalencia de las cláusulas añadidas a estos formularios sobre los términos originales de los mismos cuando sean incompatibles con ellos^{101 102}.

A la vista de estos artículos, podemos concluir que el control que regulan es meramente formal y su ámbito de aplicación subjetivo incluye cualquier tipo de contratante, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos entre empresarios¹⁰³, sin que sea necesaria, además, la debilidad económica

⁹⁶ E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza”, en C. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1981, p. 4.

⁹⁷ Los elementos constitutivos de la figura serían la predisposición unilateral y las características de generalidad, uniformidad y rigidez de la cláusula predisuesta. Sobre los elementos definitorios de las condiciones generales ver E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 4 - 8; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, F. GALGANO (dir.), I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, n° 28, Padova, Cedam, 1996, pp. 1 - 12.; E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, vol. III, Padova, Cedam, 1997, pp. 1 y ss.; L. VALLE, “Commentario articoli 1341 e 1342 Codice civile”, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, pp. 1120 - 1121; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*, Torino, Utet Giuridica, 2006, p. 1587; A. ZACCARIA, *Commentario articolo 1341*, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1420 - 1421.

⁹⁸ Artículo 1341.1° Codice civile: “*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza*”.

⁹⁹ Las cláusulas a las que hace referencia el artículo 1341.2° son, entre otras, cláusulas de limitación de responsabilidad, de terminación del contrato, de limitación de la facultad de oponer excepciones, cláusulas que restringen la libertad contractual en relaciones con terceros o cláusulas de prórroga tácita. Tras una discusión doctrinaria acerca del carácter taxativo o no de este elenco de cláusulas, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han entendido que tiene carácter taxativo y no ejemplificativo. A modo de ejemplo, Sentencia Cass. Civ. Sez. I, 19 de marzo de 2003, n° 4036, *Giustizia Civile, Massimario annotato della Cassazione*, 2003, n° 1, pp. 553 - 554. Ver E. CÉSARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., pp. 89 y ss.; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 207 y ss.; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., p. 1587; L. VALLE, “Commentario articoli 1341...”, op. cit., p. 1122; A. ZACCARIA, *Commentario articolo 1341...*, op. cit., pp. 1421 - 1422.

¹⁰⁰ En palabras de E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 80, la voluntad del legislador reside en “*assicurare la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose inserite nelle condizioni generali di contratto*”.

¹⁰¹ Artículo 1342 Codice civile: “*Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell’articolo precedente*”.

Acerca del concepto de “*moduli*” y de “*formulari*”, ver E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 27 - 31; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 665 y ss.

¹⁰² Parece que la diferencia de ámbito de aplicación entre ambos preceptos se centra en el carácter más “general” de las condiciones recogidas en el 1341 respecto del artículo siguiente, donde el acento se pone en la “predisposición”, A. ZACCARIA, “*Commentario articolo 1342*”, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, p. 1420. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 665, entiende que este artículo se centra, no en un problema de formación del contrato, sino de interpretación del mismo.

¹⁰³ Respecto a la coordinación con la figura y la disciplina de la tutela del consumidor, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, n° 35, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Camerino pp. 108 - 110; L. VALLE, “*Commentario articoli 1341...*”, op. cit., p. 1126. La autora entiende que el artículo 1341 Cc, desarrolla una función propia en los contratos con consumidores como control formal, complementario al control sustancial recogido en el artículo 33 del Código de consumo.

de una de las partes. Así, se entiende que es suficiente con que uno de los contrayentes haya predisposto las condiciones generales del contrato a las que se haya adherido el otro contratante¹⁰⁴.

43. La protección que dispensan estas normas se complementa con la previsión del artículo 1370 Cc italiano, que no recoge sino la regla *contra proferentem*, según la cual, las cláusulas insertadas en los contratos con condiciones generales o en modelos o formularios predisuestos por uno de los contratantes se tienen que interpretar, en caso de duda, a favor del otro¹⁰⁵.

44. La inexistencia de un instrumento de control de contenido en los artículos específicos prece-dentes¹⁰⁶ se soluciona para los contratos con consumidores a partir de la transposición en 1996 de la normativa comunitaria de consumo, pues ya en ella se preveía un control específico de contenido mediante una cláusula de buena fe, como se apuntará en el siguiente epígrafe. Quedan sin protección material, sin embargo, los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. La doctrina se planteó, como se ha visto en el caso del ordenamiento jurídico francés y se verá en el nuestro, la posibilidad del empleo de otros mecanismos ya existentes y de aplicación general por tratarse de reglas generales del Derecho de obligaciones. La prohibición general de excluir o limitar la responsabilidad por dolo o culpa grave -declarando tal cláusula nula el artículo 1229 Cc¹⁰⁷-, el principio de la buena fe¹⁰⁸ o el recurso al orden público, especialmente al orden público económico¹⁰⁹, son figuras con las que se pretende ejercitar un control sobre las condiciones generales del contrato, permitiendo al juez una intervención sobre la regulación contractual de forma que fuera posible la completa realización de la operación económica en la cual las partes estaban interesadas¹¹⁰ y transponiendo en cierta medida, así, algunas de las soluciones

¹⁰⁴ E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 8–9. En la misma línea, E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁵ Esta regla interpretativa, que se puede relacionar con el artículo 35.2º del Código de consumo y que no excluye la aplicación de las reglas interpretativas generales recogidas en el artículo 1362 Cc., presenta dos presupuestos de aplicación: por una parte, su ámbito de aplicación está restringido a los contratos recogidos en los artículos 1341 y 1342 Cc.; por otra, es un criterio subsidiario que sólo es de aplicación en los casos en los que la voluntad manifestada en las cláusulas no sea clara (según la sentencia Cass. Civ. Sez. III, 8 de marzo de 2001, nº 3392, *Giustizia Civile*, nº 52, 2002, 2, pp. 2270–2275, respecto de un contrato de distribución de hidrocarburos, no es de aplicación el principio interpretativo recogido en el artículo 1370 Cc. puesto que el contrato del supuesto de hecho es un contrato negociado de modo individual y, por tanto, carece de las características de las condiciones generales de contratación y de los formularios). Acerca de la relación con los artículos 1341 y 1342 Cc., V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., pp. 315 y ss (en relación con artículo 1341) y pp. 323 y ss. (en relación con artículo 1342). Acerca del precepto, S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 187 y ss.; E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., pp. 83–84; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., p. 1637; G. SICCHIERO, “Commentario artículo 1370 Codice civile”, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, p. 1153; A. ZACCARIA, “Commentario artículo 1370”, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1533–1534.

¹⁰⁶ Ya en 1983, V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., pp. 11–14, manifiesta la inadecuación del sistema codificado y la necesidad de prestar atención, no sólo a una perspectiva procedimental y a la fase de formación del contrato, sino también a la necesidad de individualizar nuevas formas de control que puedan garantizar una justa regulación desde una perspectiva sustancial. Por su parte, L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 2004, pp. 342 y ss., pone de manifiesto la limitada eficacia como medio de control de los artículos 1341 y 1342 Cc., en la medida en que sólo aseguran protección en los casos taxativos y sólo en cuando a la incorporación.

¹⁰⁷ Nulidad por exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave o por constituir una vulneración de obligaciones derivadas del orden público. Artículo 1229 Codice civile: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”. Sobre la relación entre este artículo y el artículo 1341 C.c., D. MEMMO, *Commentario articolo 1229 Codice civile*, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, pp. 984. Ver, asimismo, P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., pp. 1445–1446; A. ZACCARIA, “Commentario artículo 1229...”, op. cit., pp. 1273–1275.

¹⁰⁸ Según el art. 1337 del Código civil italiano, las partes deben comportarse de buena fe en el desarrollo de las negociaciones en la formación del contrato (“*Le parti, nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”).

¹⁰⁹ Ver V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., p. 84.

¹¹⁰ *Ibidem*, op. cit., pp. 74 y ss. El autor sostiene que, de las tres vías en las que es utilizada la buena fe –como instrumento de integración del contrato y fundamentos de obligaciones accesorias, como instrumento de delimitación de las condiciones de ejercicio del derecho y como instrumento para la modificación del contenido del contrato en el sentido de la eliminación de las cláusulas iníquas y de la formación judicial de una regulación de intereses justa y de equidad- es la última la que ha hecho sentir más el peso del principio en materia de condiciones generales del contrato (p. 77).

características de la disciplina de las cláusulas “vejatorias” en los contratos con consumidores a las relaciones contractuales entre empresarios¹¹¹.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia de la Corte de Casación de 2 noviembre de 1998¹¹², mediante la cual se declara la nulidad de una cláusula en un contrato de *leasing* entre empresarios que confiere al arrendatario la facultad de pagar al suministrador (“*fornitore*”) antes de que este último haya entregado el bien al usuario, con lo que se invierte el riesgo de la falta de entrega del bien por parte del vendedor. La Corte Suprema entiende que esta cláusula es contraria a la previsión de la buena fe en la ejecución del contrato recogida en el artículo 1375 Cc¹¹³, de la que se deriva la obligación de garantizar al usuario el goce del bien objeto del contrato.

45. La figura del abuso del derecho y de la buena fe ha sufrido una revalorización a partir de la muy comentada sentencia de la Suprema Corte de Casación de 18 de septiembre de 2009¹¹⁴. En la resolución se recurre a ambas para legitimar el control por el juez del ejercicio de un derecho de desistimiento *ad nutum* incluido en una de las cláusulas de un contrato de concesión de ventas de automóviles. Aunque se trata de un control del ejercicio del derecho y no de la cláusula en sí y no se declara la nulidad de la cláusula sino que se atiende a lo demandado, esto es, el resarcimiento de los daños sufridos por la parte afectada¹¹⁵, esta sentencia ha dado pie a que la doctrina se haya replanteado la posibilidad de la buena fe y el abuso del derecho como remedios para tutelar a las partes débiles en el mercado y su vinculación con otras figuras como el abuso de dependencia económica, que tendremos ocasión de ver en epígrafes siguientes¹¹⁶.

B) Codice del consumo: artículo 36.4 y el “derecho de regreso”

46. Con motivo de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, Italia promulga una nueva legislación mediante la Ley de 6 de febrero de 1996, n. 52 que se incluyó de forma singular en los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies* del Código civil¹¹⁷. En 2005, estos artículos pasarán a integrar el llamado *Codice de consumo*¹¹⁸, recogiendo en el artículo 33 y siguientes un control de contenido, mediante una cláusula que hace referencia, de forma similar a la Directiva, a la buena fe y al desequilibrio significativo de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor¹¹⁹. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación de esta protección se restringe a los consumidores, sin que, por tanto, el ordenamiento jurídico italiano prevea, en esta sede, tutela para el empresario adherente¹²⁰.

¹¹¹ L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie...*, op.cit., p. 362.

¹¹² Sentenza Cass. Civ. Sez. III, 2 de noviembre de 1998, n. 10.926, *Foro Italiano*, n° 121, 1998, 2, pp. 3081 – 3109, comentada por G. LENER, “Commentario sentenza Corte di Cassazione, sezione III civile, 2 novembre 1998”, *Foro Italiano*, 121, n° 2, 1998, pp. 3081 – 3092.

¹¹³ Artículo 1375 Cc.: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

¹¹⁴ Suprema Corte di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 18 settembre 2009, n° 20106.

¹¹⁵ Lo que, indirectamente, implica privar de efectos a la cláusula.

¹¹⁶ Al respecto de esta sentencia, señala A. SCOTTI, “Il controllo giudiziale sull’esercizio del diritto di recess nei rapporti di integrazione vertical tra imprese: un problema di mercato”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, p. 140, que es encomiable el intento del Tribunal de colmar la laguna existente en tanto en cuanto el abuso del derecho es una posible vía de tutela para salvaguardar el equilibrio formal y material del contrato. Otros comentarios sobre la referida sentencia se encuentran en E. BARCELONA, “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: “solidarietà sociale” o inderogabilità del “mercato”? (Note a propósito di Cass. n. 20106/2009)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 165 – 216; R. PARDOLESI, “Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale”, *Danno e Responsabilità*, vol. 17, n° 12, pp. 1165-1177.

¹¹⁷ Acerca de la doble regulación en los contratos con condiciones generales, G. FURGIUELE, “Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas”, *RDP*, febrero 2001, pp. 141y ss.

¹¹⁸ Ley 6 de septiembre de 1995, n. 206.

¹¹⁹ En la definición de cuándo una cláusula es considerada abusiva se recurre a los términos ya conocidos -contrariedad con la buena fe que conlleva un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor (“*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”)-, completando esta cláusula general con una listas de cláusulas que se presuponen abusivas.

¹²⁰ El artículo 33.1 del Código de consumo extiende la aplicación de la normativa referente a las cláusulas abusivas solamente a los contratos entre un consumidor y un profesional. Acerca de la noción restringida de consumidor, G. FURGIUELE, “Problemas jurisprudenciales en Italia...”, op. cit., pp. 142 – 144; F. LUCCHESI, “Commentario articolo 3”, en G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo*, Padova, Cedam, 2007, pp. 45 – 64.

47. No obstante, debemos hacer referencia a una novedad que presenta la normativa italiana respecto a la Directiva del año 1993 y que se ubica en el artículo 36.4 del Código de consumo –antiguo 1469 *quinquies*, 4º del Código civil. En esta disposición se establece un “derecho de regreso” del vendedor respecto a su proveedor. Concretamente, el texto normativo recoge la previsión de que un vendedor minorista tiene el derecho a reclamar a su proveedor una compensación por los daños que pueda haber sufrido si las cláusulas en el contrato del minorista con el consumidor han sido declaradas abusivas¹²¹. Nos encontramos con sorpresa, en un contexto de disciplina dedicada a la protección del consumidor, con una exigencia de tutela a favor de un sujeto de la cadena interna de la distribución comercial¹²².

48. Para comprender el alcance del precepto y poder establecer una comparación con la protección que se le otorga al consumidor, debemos partir del análisis del tipo de medida correctora que se ha incluido en el Código de consumo y que afecta a un contrato entre empresarios. Se trata del reconocimiento de un “*diritto di regresso*”, respecto de cuya naturaleza la doctrina no se ha puesto de acuerdo¹²³, que tiene por objetivo evitar que el proveedor-mayorista pueda beneficiarse de las consecuencias de una cláusula que él impone al vendedor-minorista y de las que no se podría haber beneficiado si hubiera contratado directamente con el consumidor sin intermediarios. La intención, así, es impedir que recaiga sobre el vendedor-minorista –que ostentaría la posición de contratante débil- el coste de una operación comercial determinada e impuesta por otro. Este coste sería el resultante de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión a la que está expuesto el minorista en su contrato con el consumidor. De este modo, se evita que aquél traspase a este último el propio riesgo contractual en términos de un mayor precio de los bienes o servicios objeto del contrato¹²⁴. Es decir, se trata de una norma que pretende, en última instancia, la protección del consumidor.

49. Como consecuencia de todo lo anterior, el derecho de regreso no tendrá aplicación cuando la cláusula declarada nula por abusiva en el contrato de consumo haya sido introducida autónomamente por el vendedor-minorista en su relación jurídica con el mayorista. Tampoco cuando el vendedor-minorista haya negociado la aceptación de la cláusula después reproducida en el contrato de consumo. En ambos supuestos se entiende que el vendedor-minorista, por haber determinado él mismo la cláusula o haber podido negociar su inclusión, ha asumido el riesgo como un resultado de su composición de intereses¹²⁵. La predisposición de la cláusula es clave para atribuir al vendedor-minorista la condición de parte débil protegible.

50. Por último, como apreciación más relevante y aunque hay discrepancias doctrinales al respecto, parece que de esta regulación no deriva una posibilidad inmediata de controlar el contenido del contrato entre empresarios. Es decir, el “*diritto di regresso*” no supone que de la ineficacia de la cláusula abusiva en el contrato con el consumidor resulte también la ineficacia de la cláusula recogida en el contrato entre empresarios¹²⁶. Evidentemente, esta cláusula puede ser ineficaz, si no por abusiva en el

¹²¹ “*Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i dan che ha subito in conseguenza della declaratoria d’inefficacia delle clausole dichiarate abusive*”.

¹²² Según G. PASSAGNOLI, “Commentario artículos 36, 38”, en G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo*, Padova, Cedam, 2007, p. 387, esta exigencia es debida a la profunda transformación de la práctica comercial a la que se ha asistido en las últimas décadas y, sobre todo, al fenómeno de la concurrencia vertical, de las relaciones entre el intermediario comercial y el productor.

¹²³ Son de señalar los problemas doctrinales respecto a la determinación de la naturaleza de este derecho de regreso atribuido al vendedor, que se ha calificado en relación con la responsabilidad extracontractual, responsabilidad precontractual, enriquecimiento sin causa, al regreso como “noción general” o se ha encuadrado en una “pluralidad de fuentes” entre la disciplina del contrato y de la competencia, G. PASSAGNOLI, “Commentario artículos 36, 38...”, op.cit., p. 388; M. BIANCHINI, “Commentario artículo 1469- quinquies...”, op.cit., pp. 217, 218; G. LENER, “La nuova disciplina delle clausole vessatorie...”, op. cit.

¹²⁴ Comentarios G. PASSAGNOLI, “Commentario artículos 36, 38...”, op.cit., p. 387; M. BIANCHINI, “Commentario artículo 1469- quinquies...”, op. cit., pp. 215 y ss.; G. LENER, “La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori”, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it>.

¹²⁵ G. PASSAGNOLI, “Commentario artículos 36, 38...”, op. cit., p. 387.

¹²⁶ En este sentido, L. VALLE, “Commentario artículo 1469...”, op. cit., pp. 1314-1315, sostiene que, a pesar de que estamos ante un artículo dentro de la disciplina de las llamadas cláusulas “vejetorias” en los contratos con consumidores que se ocupa de las relaciones entre empresas, es evidente que no deriva de esta regulación la inmediata posibilidad de control sobre el contenido del contrato concluido entre profesionales. En la misma línea, G. PASSAGNOLI, “Commentario artículos 36, 38...”, op. cit., p. 387.

sentido del Derecho de consumo, sí por otras reglas de Derecho común, con las limitaciones que han sido expuestas, o por nulidades especiales de determinados tipos de contratos entre empresarios.

51. Al respecto de esta última mención y una vez agotadas las posibilidades de protección del empresario adherente en las normas generales del Derecho de contratos y en el Derecho del consumidor, damos paso, en el último apartado, a un ejemplo de nulidad en las relaciones entre profesionales existente en el ordenamiento jurídico italiano: la nulidad en el contrato de subsuministro.

C) Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual

52. Mediante la Ley n. 192, de 18 de julio de 1998 el legislador italiano introduce un instrumento de control y de reequilibrio contractual en el ámbito de una categoría concreta, el contrato de subsuministro en la actividad productiva¹²⁷. Se trata de un mecanismo que se propone tutelar las situaciones de debilidad económica que se producen cuando un sujeto se encuentra en una posición contractualmente dominante y, como sujeto económico más fuerte, abusa de dicho posicionamiento.

Este control se recoge en el artículo 9 de la citada ley a través de la figura del abuso de dependencia económica. “*El pacto a través del cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo*”, según reza el apartado 3 de dicho artículo¹²⁸. Por lo tanto, todo gira en torno a la definición del concepto “*abuso di dipendenza economica*” que se convierte, así, en la disposición más relevante de toda la ley. El punto 1º del artículo 9¹²⁹ define esta figura como la situación en la que una empresa está en grado de determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones teniendo en cuenta la posibilidad real para la parte que ha sufrido el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias¹³⁰.

El punto 2º del artículo 9¹³¹, por su parte, delinea una definición descriptiva del abuso mediante un elenco ejemplificativo de supuestos, haciendo referencia a la negativa a vender o a comprar, a la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o a la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en desarrollo¹³².

¹²⁷ El artículo 1 de la Ley es el encargado de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, entendiendo por “*contratto di subfornitura*” aquel a través del cual un empresario se obliga frente a otro – comitente-, a manufacturar productos semielaborados o materias primas suministradas por este último, o se obliga a suministrarle productos o servicios destinados a ser incorporados o utilizados en el ámbito de la actividad económica del comitente o en la producción de un bien complejo, de conformidad con proyectos ejecutivos, conocimientos técnicos y tecnológicos, modelos o prototipos suministrados por el comitente (“*Un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’a impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente*”). Ha sido criticado por la doctrina el hecho de que no se indique el objeto de la ley sino que, más bien, se limite a definir un segmento del complejo procedimiento industrial, G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura”, *Giurisprudenza Italiana*, anno 151, n° 1, 1999, p. 672. Más directos son R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?”, *Rivista di Diritto Privato*, anno III, n° 4, ottobre-dicembre 1998, p. 73, quienes sostienen que los operadores del Derecho, no sólo no manejan una teoría adecuada sobre el subsuministro, sino que no saben bien qué “*cosa*” es esa.

¹²⁸ Artículo 9.3: “*Il patto attraverso il quale si realizza l’abuso di dipendenza economica è nullo*”.

¹²⁹ Artículo 9.1: “*È vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*”.

¹³⁰ La valoración de la situación de abuso no es estática, sino fruto de una consideración dinámica en la que se debe tener en cuenta una serie de variables como es la citada posibilidad por la parte que ha sufrido el abuso, de obtener otra opción a través del mercado, G. GIOIA, I rapporti di subfornitura..., op. cit., p. 676.

¹³¹ Artículo 9.2: “*L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*”.

¹³² Según la doctrina, el contenido de este precepto no es extraño al ordenamiento italiano y puede ser considerado análogo a lo previsto para el abuso de posición dominante en la ley antitrust (artículo 2359 del Código civil, modificado por el artículo 1 del D.L. 9 abril de 1991, n. 127, integrado en el artículo 7 de la ley antitrust), G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura...”, op. cit., p. 676. Sobre la relación entre ambas normas, ver también PROSPERI, F., “Subfornitura industriale, abuso di dipendenza

53. Una vez expuesto el contenido de los tres apartados que conforman el precepto sujeto a estudio, podemos realizar una serie de valoraciones para intentar determinar el alcance del mismo. Este artículo, que introduce límites a la autonomía de la voluntad negocial en el ámbito de la categoría del “*subfornitori*”, nos recuerda a la protección acordada para el consumidor contra las cláusulas abusivas predisuestas por el profesional en la medida en que en ambos casos se fijan límites para la tutela de la parte débil. De hecho, la expresión “*desequilibrio excesivo*” del artículo 9.1 de la Ley reguladora del contrato de subsuministro está muy próxima a la recogida en el artículo 33 del Código de consumo, que hace referencia a un “*desequilibrio significativo*”¹³³. Sin embargo, y además de los vínculos con la disciplina contractual, la disposición también está íntimamente relacionada con el Derecho antitrust, habiendo sido concebida, de hecho, como una modificación de la Ley de 10 de octubre de 1990, n. 287, esto es, la Ley antitrust italiana¹³⁴. Por lo tanto, nos encontramos ante una figura, la del abuso de dependencia económica, de naturaleza híbrida¹³⁵: el artículo 9 es una norma suspendida entre el Derecho de contratos –preocupado en el equilibrio de la frecuente posición de debilidad de las numerosas empresas subcontratistas respecto a la contraparte comitente- y el Derecho antitrust -con intención de salvaguardar los mecanismos concurrenciales del mercado-.

54. La doctrina italiana se ha planteado la posibilidad de una eventual aplicación generalizada de la figura del abuso de dependencia económica como regla supletoria en el ámbito hermenéutico. Así, la doctrina mayoritaria defiende una interpretación extensiva, según la cual el artículo 9 de la ley n. 192 del 1998 no tiene un ámbito de aplicación limitado a los contratos de subsuministro, en el sentido del artículo 1 de dicha ley, sino más amplio, amparando cualquier contrato en el que se manifieste la dependencia económica de una empresa respecto de otra. Los argumentos utilizados van desde la terminología utilizada¹³⁶ –la ley se refiere genéricamente a “*comprar*” o “*vender*” o a “*cliente*” y “*proveedor*”- hasta un *iter* legislativo oscuro, del cual no se desprende la verdadera intención del legislador respecto a la naturaleza de la norma¹³⁷. Para estos autores que apoyan la postura a favor de considerar este artículo como cláusula general de control no limitada a un específico ámbito contractual sino a la actividad entre empresarios en general, la norma puede ser una vía para controlar el contenido de los contratos entre empresarios¹³⁸. Los autores que, por el contrario, son de la opinión opuesta a la ampliación de la esfera de

economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale”, *Rassegna di diritto civile*, anno 20, n° 3, 1999, pp. 659 y ss.

¹³³ Acerca de la relación entre esta normativa y la protección de la figura del consumidor frente a las cláusulas abusivas, ver *ibidem*, op. cit., pp. 643 y ss. El autor realiza una reflexión sobre los puntos análogos y las diferencias –que considera profundas en algunos casos, como en lo referente a la necesidad o no de que el contrato sea estandarizado- en la tutela del consumidor y la figura del abuso de dependencia económica.

¹³⁴ El artículo analizado, fuertemente impregnado de parámetros económicos, descansa de forma evidente en los dos modelos legislativos de referencia en el momento: el alemán y el francés. A. MUSSO, *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni, Titolo III, Del singoli contratti – Supplemento Legge 18 giugno 1998, n. 192*, en F. GALGANO, “Commentario del Codice civile Scialoja Branca”, Bologna, Zanichelli, 2003, pp. 465 – 466; R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto...”, op. cit., pp. 732 – 733; G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura...”, op. cit., p. 675.

¹³⁵ A. MUSSO, *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...*, op. cit., pp. 465 y ss.; V. PINTO, “L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust”, *Revista di diritto civile*, 2000, II, pp. 390 y ss.; F. MACARIO, “Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?”, *Revista di Diritto Civile*, anno 51, n° 1, gennaio-febbraio 2005, pp. 673 y ss.

¹³⁶ F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante”, <http://www.archivioiceradi.luiss.it>, p. 3. Como constata A. P. SCARSO, “Il contraente “debole”, en F. D. BUSNELLI; S. PATTI; V. SCALISI (et. al.) (dir.), *Studi di Diritto Privato*, n° 22, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 203 – 204, el legislador, en lugar de utilizar los términos “*subfornitore*” y “*committente*”, hace referencia al elemento subjetivo como “*impresa*”. El argumento literal, esto es, una interpretación literal del artículo 9 de la ley que lleve a concluir que sea preferible limitar el ámbito de aplicación del abuso de dependencia económica sólo a los contratos de subsuministro, no tendría tanta importancia, sin embargo, para F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660, a quien le parece excesivo atribuir un significado decisivo a tal detalle lingüístico en un contexto normativo generalmente caracterizado por la escasa calidad de la técnica legislativa.

¹³⁷ F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti...”, op. cit., pp. 2 y ss.; F. MACARIO, “Abuso di autonomia negòciale...”, op. cit., p. 704.

¹³⁸ Así opina F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti...”, op. cit., pp. 6 y ss., 24 y ss.; R. CASO, “Luci ed ombre della legge sull’abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale”, <http://www.jus.unin.it>, pp. 17 y ss. Para R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto...”, op. cit., p. 733, la disposición tiene un campo de aplicación notablemente más alargado respecto al delimitado en el artículo 1, del mismo modo que G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura...*, op. cit., p. 675,

aplicación de la disposición se basan en la clara delimitación subjetiva del ámbito de la ley en el artículo primero de la misma, en la fragilidad del argumento respecto de la terminología empleada en el artículo 9 –no utiliza una denominación intencionadamente amplia de los sujetos afectados¹³⁹- y en la ubicación de la norma –mantenida definitivamente en el interior de una ley especial sobre el subsuministro en la actividad productiva-¹⁴⁰.

55. La realidad es que la sentencia de la Corte di Cassazione de 25 de noviembre de 2011¹⁴¹ ha venido a apoyar la idea de que el ámbito de aplicación objetivo de la norma, a pesar de estar incluida en una ley específica, se amplía a toda relación comercial vertical. Subraya el Tribunal el hecho de que la propia Ley hable en este supuesto de empresas “clientes”, cuando se trata de un término que no aparece en el resto del articulado. La figura del abuso de dependencia –que presupone la situación de dependencia económica entre una empresa cliente y su proveedor y el abuso de tal situación generando un desequilibrio significativo de derechos y obligaciones- se configura, así, como un supuesto particular de aplicación general¹⁴².

56. El elemento central de la figura del “*abuso di dipendenza economica*” es el desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones, expresión similar, como se vio, a la recogida en el ámbito del Derecho de consumo. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han puesto esta figura en relación con el principio de buena fe, como fundamento de la misma y guía en la valoración de la gravedad y la injusticia de las condiciones contractuales que dan lugar a la aplicación del abuso de dependencia económica¹⁴³. Esto así entendido implicaría que el abuso de dependencia económica es una mera especificación del deber general de buena fe en la conclusión del contrato, debiendo precisar que, en la contratación entre empresarios, vulnera tal deber la parte que se aproveche de una mayor fuerza contractual para inducir a la otra parte a concluir un contrato normativa o económicamente desequilibrado. Considerar el abuso de dependencia como un comportamiento contrario a la buena fe debilita la idea de que el control que aquella figura introduce tiene carácter excepcional y, por el contrario, representa un refuerzo para el planteamiento de la aplicación extensiva de la norma que, de este modo, enlaza con la idea de la tutela general de la parte contratante débil¹⁴⁴.

afirma que la disposición ha conservado el originario carácter expansivo, porque se refiere no sólo a las empresas proveedoras, sino a toda empresa cliente. Por su parte, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 641, la ley de la subcontratación introduce una previsión de carácter general destinada a operar fuera del ámbito específico del contrato de subcontratación, que prohíbe el abuso de dependencia económica en todos los contratos entre empresas, sancionando con la nulidad el pacto con el que se realiza tal abuso. También a favor de una aplicación general de un control sustancial sobre las cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre profesionales, L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie...*, op. cit., p. 360 y A. P. SCARSO, “Il contraente “debole”...”, op. cit., pp. 226 – 227. Sobre la aplicación de la figura del abuso de dependencia económica al contrato de franquicia, F. MACARIO, “Abuso di autonomia negòciale...”, op. cit., pp. 680 y ss. En general, para el autor, la norma expresada en el artículo 9 de la mencionada ley se ha convertido hoy en una cláusula general de abuso de poder contractual en las relaciones negociales entre empresas.

¹³⁹ Como ya se apuntó, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660. A favor de la limitación subjetiva de la norma, A. MUSSO, “La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...”, op. cit., p. 489.

¹⁴⁰ *Ibidem*, op. cit., pp. 484 - 485, entiende que, a pesar de que la intención primera del legislador fuera orientar la norma en una dirección más amplia, el hecho de que se haya mantenido en una normativa especial, impone la conclusión más restrictiva respecto a la interpretación dominante sin que el abuso de dependencia económica pueda ser considerado un instituto general aplicable fuera del contrato de subsuministro.

¹⁴¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 25 novembre 2011, n° 24906.

¹⁴² “*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998*”.

¹⁴³ F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 672; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milán, Giuffrè Editore, 2010, pp. 466 – 467.

En un intento de definir el contenido del abuso de dependencia económica y cuándo el desequilibrio de las prestaciones contractuales resulta excesivo y, por tanto, el comportamiento de la parte con más poder contractual deviene abusivo, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., pp. 651 - 652, señala que la jurisprudencia sí ha hecho del canon de la buena fe un uso decisivo en la determinación del contenido concreto obligatorio del contrato.

¹⁴⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 673.

57. A la vista de lo expuesto, la importancia de estos planteamientos está en íntima conexión con la consecuencia principal de extender la aplicación del artículo 9 de la ley n. 192 de 18 de julio de 1998 en un sentido general, más allá del ámbito estrictamente referido al contrato de subsuministro: un aumento sensible de la tutela de la parte contratante débil en todos los contratos entre empresarios que, de otra forma, tan sólo se ven protegidos por el control formal de incorporación previsto en los arts. 1341 y 1342 Cc¹⁴⁵.

D) La perspectiva de una reforma del Libro IV del *Codice Civile*

58. Tras la modernización del BGB en Alemania y teniendo en cuenta también las propuestas de reforma que surgen en Francia, los juristas italianos comienzan a plantearse la necesidad de una reforma del Derecho de obligaciones y contratos¹⁴⁶. Son abundantes las alusiones a las tendencias europeas y a esos otros proyectos de reforma llevados a cabo en Francia y en Alemania como punto de referencia para el jurista italiano¹⁴⁷, aunque, como señala BIANCA, si bien es de sobra conocida la necesidad de una reforma del *Codice civile*, no hay necesidad de copiar ninguno de los dos modelos, que contienen novedades ya presentes en el texto italiano¹⁴⁸.

Dentro de estas tentativas de reforma del *Codice*, es reiterada la preocupación en la doctrina por la justicia sustancial del contrato y el modelo de protección frente a abusos a los contratantes débiles. Al respecto, hay autores que abiertamente manifiestan la necesidad de exportar el modelo de control de los contratos entre empresarios y consumidores a los contratos entre empresas desiguales. NAVARRETTA, partiendo de un presupuesto que es condición imprescindible -la asimetría de poder-, concluye que la técnica de las condiciones generales de los contratos genera también respecto del empresario una condición de debilidad muy similar a la del consumidor, sin que puedan ser excluidos estos últimos en una futura reforma¹⁴⁹. PATTI, por su parte, considera conveniente evitar duplicidades no oportunas ni justificadas y extender el sistema de tutela a todos los contratantes débiles sin limitarlo solo a los consumidores, siguiendo la lógica presente en los arts. 1341 y 1342, insertando además, toda esta regulación

Por su parte, F. MACARIO, "Abuso di autonomia negòciale...", op. cit., p. 704, en su razonamiento a favor de una nueva cláusula general en relación con el abuso de la autonomía negocial y la contratación entre empresas, añade un argumento más, esta vez vinculado con el abuso del derecho. Hace mención a intervenciones legislativas puntuales pero reiteradas, caracterizadas por el uso de expresiones similares en contextos normativos diversos (entre otras, el "desequilibrio significativo" del abuso de dependencia económica en la Ley del contrato de subsuministro pero también en el artículo 1469.bis; el "acuerdo gravemente inicuo" en el artículo 7 de la ley n. 231 de 2002, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Este hecho puede justificar, según el autor, el intento de elaborar un nuevo principio de Derecho de contratos sobre la base de la teoría del abuso del derecho ("il tentativo di individuare una sorta di leitmotiv sul quale sperimentare la tenuta di un nuovo principio. In tal senso, anche il tentativo di riproporre e rielaborare la teoria dell'abuso del diritto in ambito di disciplina generale dei contratti potrebbe apparire legittimo"). Acerca de la relación con la figura del abuso del derecho, *Ibidem*, op. cit., pp. 685 y ss.; F. PROSPERI, "Subfornitura industriale...", op. cit., pp. 666 y ss.

¹⁴⁵ Aunque, como ha señalado algún autor, la "fórmula mágica" del abuso de la dependencia económica introducida por esta norma, como una especie de abuso del derecho hacia los empresarios débiles, no ha acabado de encontrar la fuerza suficiente para ser aplicada operativamente, R. PARDOLESI, "Nuovi Abusi del Diritto...", op. cit., p. 1169.

¹⁴⁶ Señala K. J. ALBIEZ DOHRMANN, "La incorporación de las condiciones generales...", op. cit., p. 210, que este movimiento favorable a una revisión culmina en un Congreso en 2006 en Padua. Efectivamente, el nº 6 de la *Rivista di Diritto Civile*, noviembre – diciembre de 2006 está dedicado a recoger las aportaciones de los diversos autores en el referido congreso: "Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il Diritto delle obbligazione e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale, Treviso, Palazzo dell'Università, 23 – 24 – 25 marzo 2006".

¹⁴⁷ A. GAMBARO, "La riforma del Diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del Diritto europeo", *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 29 – 32; P. RESCIGNO, "Il Libro della Obbligazioni tra "modernizzazione" e riforma", *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 33 – 42 (p. 38); C. M. BIANCA, "L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del Codice civile", *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 64 – 65, quien identifica una clara directriz a la que tienen los modelos, "la centralità del codice civile e dell'obbligazione".

¹⁴⁸ C. M. BIANCA, "L'obbligazione nelle prospettive...", op. cit., p. 65. Recordemos, a modo de ejemplo, las normas de control de incorporación recogidas en los arts. 1341 y 1342.

¹⁴⁹ E. NAVARRETTA, "Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma", *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 417, 420-421. Cosa distinta es, como señala el autor, la complejidad de la construcción de la hipotética norma de control en lo que refiere a la selección de la asimetría jurídicamente relevante (p. 423).

en el Código civil¹⁵⁰. Debe realizarse, según este autor, el valor de “*giustizia contrattuale*” pues “*a la idea de igualdad formal se superpone y deviene prioritaria aquella de la justicia contractual. En otros términos, no se cree ya más en un equilibrio contractual que deriva de la fuerza libre del mercado: la justicia contractual está en riesgo y por tanto, más que permanecer fieles a algunos principios abstractos conviene garantizar un control eficaz de los contratos estándar. Deben ser previstas en el Código civil normas que aseguren la justicia del contrato y deben hacer referencia a todos los contratantes independientemente de su cualificación subjetiva*”¹⁵¹.

59. En este sentido, la importancia y características propias de las relaciones jurídicas entre dos empresarios en las que uno de ellos está en posición de dependencia respecto del otro, ha dado lugar incluso a que se hable por parte de la doctrina de un “*personaggio nuovo*”¹⁵², el “*terzo contratto*”, como contratos que no se encuadran ni dentro del modelo clásico (contrato negociado en libertad entre iguales, que sería el “primer contrato”) ni dentro de los contratos de consumo (“segundo contrato”)¹⁵³.

3. Protección en el ordenamiento jurídico inglés

A) Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

60. Las fórmulas para luchar en el Derecho inglés contra las “*unfair terms*”, cláusulas no equitativas o injustas¹⁵⁴ -cláusulas que no siempre tienen como presupuesto la ausencia de negociación, como se verá-, están recogidas en diferentes niveles de fuentes legales, habiendo sido parcialmente elaboradas por los tribunales –*common law remedies*¹⁵⁵- y parcialmente introducidas a través de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA¹⁵⁶). Por su parte, y respecto a los contratos concluidos con consumidores, en 1994 se aprueba una norma, reformada en 1999, que tiene por objeto transponer la Directiva Comunitaria de 1993 al ordenamiento inglés, norma que se conoce por el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR)¹⁵⁷.

61. Existen, pues, dos textos normativos que tienen por objeto el control de las *unfair terms*, siendo necesario proceder a un deslinde de su ámbito de aplicación para poder analizar la protección otorgada por el ordenamiento jurídico inglés al empresario adherente¹⁵⁸.

¹⁵⁰ S. PATTI, “Sulla riforma del Quarto Libro del Codice civile: i contratti per adesione”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, p. 211.

¹⁵¹ *Ibidem*, op. cit., p. 213.

¹⁵² G. AMADIO, “Introduzione”, en G. GITTI; G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 7.

¹⁵³ E. RUSSO, “Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto”, *Contratto e impresa*, 2009 -1, p. 123. En general, sobre la categoría de “*il terzo contratto*”, vide G. GITTI; G. VILA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, 352 p. (concretamente, la distinción respecto de los otros tipos de contratos en G. AMADIO, “Il terzo contratto. Il problema”, en G. GITTI; G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 8 y ss.).

¹⁵⁴ No estamos ante conceptos equivalentes, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 28.

¹⁵⁵ P. NEBBIA, *Unfair contract terms in European Law...*, op. cit., pp. 28 – 29. Las reglas desarrolladas por los tribunales se relacionan con las normas de incorporación y de interpretación de cláusulas, así como con los denominados conceptos “*fundamental breach*” y “*breach of a fundamental term*”. Tal y como expone la autora, la libertad judicial para motivar el uso de estos mecanismos indirectos como criterio para considerar una cláusula como *unfair* se vio reducido drásticamente cuando entra en vigor la Unfair Contract Terms Act de 1977 al ser la limitación legislativa más importante en materia de cláusulas injustas junto con la normativa aplicable a los contratos con consumidores.

¹⁵⁶ Esta norma entró en vigor el 1 de febrero de 1978.

¹⁵⁷ Ambas normativas, UCTA y Directiva reflejan dos filosofías distintas de control, con lo que habría sido técnicamente muy complejo adaptar la primera. De ahí que el gobierno británico eligiera implementar la Directiva mediante una norma separada dejando intactos los controles contractuales preexistentes. Ver P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 41. Acerca de la UTCCR, C. WILLET, *Fairness in consumer contracts. The case of unfair terms*, Hampshire; Burlington, Ashgate, 2007, pp. 161 y ss.

¹⁵⁸ Una comparación entre ambas regulaciones se encuentra en E. PEEL, *The law of contract*, 12 ed., London, Sweet&Maxwell, 2007, pp. 290 – 292. Asimismo, sobre el régimen de las *standard terms* y *exclusion clauses*, S. B. MARKESINIS; H. UNBERATH; A. JOHNSTON, *The German Law of contract. A comparative treatise*, 2º ed., Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 164 y ss.

62. En lo que al ámbito de aplicación objetivo se refiere, la UCTA no es una norma que realmente se ocupe, tal y como a primera vista se desprende de su denominación, de las cláusulas injustas en general sino, tan sólo, de las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, las llamadas *exemption clauses*¹⁵⁹, mientras que la norma de 1999 sí que abarca todas las *unfair terms*. También existe divergencia en cuanto al perfil de las cláusulas sujetas a control, restringiéndose en el caso de la *Regulations* sobre contratos con consumidores a los términos no negociados individualmente¹⁶⁰ y abarcando la Ley de 1977, por el contrario, todas las cláusulas, incluso las negociadas¹⁶¹.

63. Además de otras disimilitudes¹⁶², la más relevante a efectos del tema que nos ocupa es la referente al ámbito subjetivo de aplicación. Así, mientras que el UTCCR de 1999 tutela tan sólo a los consumidores, el ámbito de aplicación de la UCTA de 1977 se extiende, aunque no de igual forma en todos los casos, a todo tipo de contratos, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos en los que ambas partes tengan la consideración de profesionales. Por lo tanto, nos centraremos en el estudio de la estructura y el contenido de esta última norma por ser la que extiende su protección a los contratos entre empresarios.

B) Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: Unfair Contract Terms Act 1977

64. Recopilando las menciones respecto a las cláusulas que pueden ser consideradas como *unfair* y que se encuentran diseminadas a lo largo del texto normativo, podemos concluir que las cláusulas que pueden ser declaradas ineficaces en la contratación entre empresarios a la luz de la *Unfair Contract*

¹⁵⁹ Esta noción se extendería a aquellas cláusulas que buscan conseguir el mismo efecto indirectamente. Según la s. 13 de la UCTA, se incluyen las cláusulas que: a) sujeten la responsabilidad o su validez a condiciones onerosas o restrictivas; b) excluyan o restrinjan cualquier derecho o remedio relacionado con la responsabilidad o sometan a la persona a cualquier perjuicio como consecuencia de perseguir estos derechos o remedios; c) excluyan o restrinjan reglas de prueba o procedimiento.

¹⁶⁰ Ver E. MACDONALD, *Exemption clauses and unfair terms*, London; Edinburgh; Dublin, Butterworths, 1999, pp. 172 – 174; P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 116 y ss.

¹⁶¹ Así, en la UCTA solo es relevante de forma directa el hecho de estar ante contratos predispuestos en una serie de supuestos, concretamente, en las excepciones contenidas en la *Section 3, Liability arising in contract*, y, además, solo en el caso de contratos entre empresarios. Esta sección se refiere a cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad ante el incumplimiento o cláusulas que facultan a una de las partes a cumplir con una prestación sustancialmente diferente a la que es razonablemente esperable. La norma -que exige para su validez que las referidas cláusulas pasen un test de razonabilidad- es de aplicación cuando uno de los contratantes es consumidor -en todo tipo de contrato, tanto negociado como no negociado- y cuando se trata de cláusulas entre empresarios predispuestas por una de las partes ("*written standard terms of business*"). Acerca de la definición de "*written standard terms of business*", W. V. H. ROGERS; M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms Act 1977*, London, Sweet & Maxwell, 1978, p. 3.

La otra forma en la que está presente en la norma el factor de la negociación entre las partes es a través de los criterios o circunstancias a tener en cuenta para valorar la razonabilidad de una cláusula. Como se verá, una de las *guidelines* a apreciar es la fuerza de la posición contractual de cada contratante y las distintas alternativas a su disposición. Se trata, no obstante, a diferencia del supuesto del párrafo anterior, de un criterio de valoración pero no de un presupuesto para la aplicación del control.

¹⁶² Podemos citar, por una parte, los contratos excluidos, más numerosos en el caso de la UCTA -*Schedule 1, Section 1(2)*: contratos de seguro; contratos relativos a derechos inmobiliarios; contratos de sociedad; contratos que regulan los derechos de patente, marca, copyright; propiedad intelectual; contratos sobre operaciones mobiliarias y ciertos contratos marítimos- que en el supuesto del UTCCR, que se aplicaría a todos los contratos con consumidores. También existen diferencias en cuanto a la noción de "empresario" o de "consumidor". En este último caso, mientras que según la Section 12 de la UCTA se entienden incluidas las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, la Section 3(1) del UTCCR restringe el ámbito de aplicación a los consumidores entendidos solo como personas físicas. Sobre la noción de consumidor ver E. MACDONALD, *Exemption clauses...*, op. cit., pp. 133 y ss.; R. LAWSON, *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8 ed., Thomson; London, Sweet&Maxwell, 2005, pp. 147 – 149; P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 75 y ss. (especialmente, acerca del problema la existencia de demasiadas definiciones de consumidor, pp. 78 y ss). Asimismo, difieren ambas normas en lo que al tipo de control se refiere, estando sometidas las cláusulas en el caso de la primera normativa a un "*reasonableness test*" y en la segunda a un "*fairness test*" sin que en el primer control se haga referencia a la figura de la buena fe. Por último, señalar las divergencias en los efectos del control: mientras en la regulación respecto a los contratos con consumidores existe un criterio simple, dependiendo de la eficacia de que se considere una cláusula *unfair* o no en función del test, en el caso de la UCTA se pueden dar dos situaciones, pudiendo ser la cláusula ineficaz directamente o sólo cuando no supera el test de lo razonable, P. K. J. THOMPSON, *Unfair Contract Terms Act 1977*, London, Butterworths, 1978, p. 5. Sobre una comparación entre los efectos entre la Ley de 1977 y la de 1994, G. H. TREITEL, *The law of contract*, 9 ed., London, Sweet&Maxwell, 1995, pp. 258 – 259.

Terms Act de 1977 se pueden dividir en dos grupos: cláusulas enteramente privadas de efecto –aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad por muerte o por lesión personal a causa de una negligencia, según la s. 2(1)¹⁶³- y cláusulas que pueden llegar a tener efectos si superan el criterio de lo razonable¹⁶⁴. Como se puede observar, la eficacia de la mayoría de las cláusulas está sometida al denominado “*reasonableness test*”.

65. A diferencia del control previsto en el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 que, por influencia de la Directiva 93/13, somete a las cláusulas a un “*fairness test*”, donde los elementos a tener en cuenta son la no contrariedad con la buena fe y el hecho de no causar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor¹⁶⁵, la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 somete a aquellas cláusulas que no son declaradas directamente ineficaces al ya mencionado “test de razonabilidad”, criterio un tanto extraño a nuestro Derecho continental¹⁶⁶.

66. La section 11(1) de la UCTA es la que contiene la regla general de aplicación del test a una cláusula, cláusula que lo superaría si “*es justo y razonable que esa cláusula esté incluida, teniendo en cuenta las circunstancias que, al momento de celebración del contrato, las partes conocieran o hubieran debido conocer o prever*”. El momento al que hay que atender para valorar las circunstancias es, por tanto, el de conclusión del contrato, sin que los tribunales deban juzgar la razonabilidad de una cláusula por la forma en que las partes se han comportado antes del contrato o por las pérdidas que se hayan ocasionado, salvo en lo que estas cuestiones influyeran en el momento de concluir el contrato¹⁶⁷.

67. A esta norma de carácter general se le añaden una serie de directrices, situadas en diferentes artículos de la Ley, que nos pueden aportar una idea de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para valorar una cláusula como razonable. Estas directrices hacen referencia específicamente a dos situaciones distintas. Por una parte, a los contratos de compraventa y de “*hire-purchase*” (compraventa a plazos), para los cuales, entre los factores relevantes se encuentran, como adelantábamos, el poder de negociación de cada parte respecto de la otra, teniendo en cuenta la posibilidad de encontrar ofertas alternativas; la existencia de maniobras tendentes a inducir al adherente a aceptar la cláusula valorando si una vez aceptada la misma tuvo el adherente oportunidad de cerrar ese mismo contrato con una persona distinta sin tener que soportar la cláusula en cuestión; el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula; la razonabilidad del posible incumplimiento o el hecho de que el objeto del contrato provenga de una orden especial del adquirente (Anexo 2, “*Guidelines for application of reasonableness test*”)¹⁶⁸. Por otra, la s.

¹⁶³ 2(1): “*A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence*”. Ver R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op. cit., p. 139.

¹⁶⁴ Entre otras, las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por pérdidas o daños distintos a la muerte o lesiones personales a causa de una negligencia, s. 2(2); cláusulas predisuestas por la otra parte que excluyen o limitan la responsabilidad en caso de incumplimiento o que pretenden permitir a la parte predisponente realizar un cumplimiento sustancialmente diferente al razonablemente esperable o no cumplir en absoluto, s. 3(2); cláusulas en contratos de venta o “*hire-purchase*” que excluyan o limiten la responsabilidad por el incumplimiento de las facultades que deben disfrutar quienes contratan el suministro de bienes de consumo, s. 6(1); cláusulas en el mismo sentido en otro tipo de contratos de suministro cuando se transmite la propiedad, s. 7(3A); cláusulas en contratos de alquiler que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento de las facultades de las que debe disfrutar la parte a la que se le transfiere la propiedad, s. 7(4); cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por el incumplimiento de alguno de los cuatro términos implícitos en los contratos de la *Sale of Goods Act* de 1979 o la *Supply of Goods Act* de 1973, esto es, correspondencia con la descripción o la muestra, cualidad satisfactoria y adecuación para los propósitos del comprador, s. 6(3) y 7(3).

¹⁶⁵ Section 5(2) UTCCR 1999: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”. Sobre el “*fairness test*”, ver G. H. TREITEL, “*The law of contract*”, 9 ed., London, Sweet&Maxwell, 1995, op. cit., pp. 48 – 254; E. MACDONALD, “*Exemption clauses...*”, op. cit., pp. 188 – 193; R. LAWSON, “*Exclusion clauses...*”, op. cit., pp. 217 – 223; P. NEBBIA, “*Unfair contract terms...*”, op. cit., pp. 143y ss.

¹⁶⁶ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 26.

¹⁶⁷ P. K. J. THOMPSON, *Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 21; W. V. H. ROGERS; M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 11; A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “*El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la Unfair Contract Terms Act de 1977*”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 25, año VII, enero-marzo 1987, p. 63.

¹⁶⁸ “*The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of*

11(4) UCTA recoge las directrices referidas a aquellas cláusulas que tratan de limitar la cantidad de las indemnizaciones debidas en caso de responsabilidad, atendiendo a la mayor o menor capacidad financiera de quien establece la limitación así como a las posibilidades que tuvo de asegurarse¹⁶⁹.

68. Estos criterios no son exhaustivos, de tal forma que los tribunales pueden tener en cuenta otros muchos factores¹⁷⁰. Al final, teniendo en cuenta toda esta diversidad de parámetros que el test exige determinar sobre la base de las circunstancias individuales, es posible que una idéntica cláusula sea razonable en un caso e irrazonable en otro¹⁷¹. Este sistema elegido por el legislador inglés, muy en la línea con la propia tradición inglesa aversa a cualquier sistematización limitada, permitiría un alto grado de adecuación al caso negocial concreto¹⁷². Precisamente un escenario en el que se muestra claramente la diferencia obligada de valoraciones es en la aplicación del test a los contratos con consumidores y a los contratos celebrados entre dos empresarios. Aunque no se hace ninguna distinción legal en la aplicación del control de lo razonable entre un tipo de contratos y otro, la utilización del test en la práctica sugiere que es menos fácil que una cláusula satisfaga el test si es impuesta a un consumidor que si es en un contrato entre empresarios¹⁷³.

Así -teniendo en cuenta los criterios para la aplicación del “*reasonableness test*”-, en numerosas ocasiones los tribunales han sido reacios a la intervención judicial en aquellos casos en los que ambas partes contratantes, profesionales, tenían un poder de negociación similar y los riesgos eran normalmente soportados por un seguro. En el conocido caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*.¹⁷⁴, los demandantes contratan con los demandados la prestación por parte de estos últimos de un servicio de vigilancia nocturno en un local. Uno de los empleados de la parte demandada provoca un pequeño incendio

the following which appear to be relevant: (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met; (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term; (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties); (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable; (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer”.

¹⁶⁹ Section 11(4): “Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to: (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance”. Aunque estos criterios resultan de aplicación, en principio, solo a determinadas secciones, son consideradas frecuentemente de aplicación general (*Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co Ltd* [2003] 2 Lloyd's Law Rep 356, 358; *Balmoral Group Ltd v Borealis UK Ltd* [2001] 1 Lloyd's Rep 93; *Shepherd Homes Ltd v Encia Remediation Ltd*, Court of Appeal [2007] BLR 135).

Vemos reflejados en éstos y los anteriores criterios elementos que también son relevantes en nuestro Ordenamiento jurídico: el poder de negociación o posición relativa de las partes, a la que habrá que estar para determinar el grado de protección necesario; el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula, que no es sino el contenido del deber de “transparencia material”.

¹⁷⁰ P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 59. Acerca del carácter *numerus apertus* del Anexo 2, A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo inglés de control...”, op. cit., p. 61.

¹⁷¹ R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op. cit., p. 135. Según G. SMORTO, “Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive”, *Rivista critica del Diritto Privato*, anno 17, nº 1- 2, 1999, p. 110, este marco legislativo tan general y la amplitud de la fórmula utilizada hacen que el test de razonabilidad no esté privado de dificultad interpretativa, lo que conlleva necesariamente una fuerte incertidumbre a la hora de aplicarlo.

¹⁷² A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo inglés de control...”, op. cit., pp. 64 – 65.

¹⁷³ P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 38. La autora afirma que los tribunales están menos preparados para aceptar como razonable en un contrato con consumidores, por ejemplo, la incorporación de una cláusula como consecuencia de unos tratos o negociaciones prolongados. Así, en el caso *Hollier v Rambler Motors Ltd.* [1972] 2 Q.B. 71, WL 37215, debido a un incendio en un taller como resultado de una negligencia de éste, un coche que se encuentra allí para ser reparado sufre daños diversos. En ocasiones anteriores el dueño del coche –y cliente del taller- había firmado una cláusula en la que la empresa no se hacía responsable de los daños causados por fuego, hecho en el que se basa el taller para entender que, aunque esta vez no hubiera firmado tal formulario, la cláusula de exención de responsabilidad se encuentra incorporada en el contrato oral como consecuencia del transcurso de las negociaciones. Sin embargo, el tribunal entiende que “*tres o cuatro transacciones en cinco años no son probablemente suficientes para establecer un “course of dealing”*”, con lo que no se entiende incorporada al contrato.

¹⁷⁴ [1980] A.C. 827 WL 148259.

que, tras descontrolarse, quema por completo el local. El contrato entre ambas partes incluye una cláusula que excluye la responsabilidad de los prestadores del servicio por cualquier acto perjudicial u omisión de sus empleados salvo que tal acto u omisión hubiera podido preverse y evitado con una actuación diligente por parte del empleador así como excluye también cualquier pérdida a causa del fuego u otras causas salvo que sea atribuible a la negligencia de la compañía empleadora. Entiende el tribunal que la redacción de la cláusula de exclusión en el caso concreto es la adecuada para excluir la responsabilidad ya que, generalmente, cuando las partes de un contrato tienen un poder de negociación en igualdad de condiciones se les debe dejar libertad para decidir el reparto de riesgos. De igual modo, en el caso *Frans Maas (UK) Ltd v Samsung Electronics (UK) Ltd*¹⁷⁵, que tiene por objeto un contrato de almacenamiento de teléfonos móviles afectados por un robo en el que pudo tomar parte algún empleado, se entiende de aplicación, por ser razonable, una cláusula de limitación de responsabilidad por daños cometidos por los empleados que abarca tan sólo aquellos derivados de un riesgo real, común y previsible. El hecho de afirmar la aplicabilidad de esta cláusula es consecuencia de tener en cuenta la igualdad de poder de ambas partes y la posibilidad del demandante de haber asegurado las mercancías con una mayor cobertura. Se entiende que, aunque la Ley de 1977 juega un papel importante en la protección del consumidor débil, hay que matizar esta intrusión en los contratos entre partes profesionales que ostenten igual poder de negociación y que deben ser capaces de concluir contratos estando obligados a cumplir sus términos.

Por último, en *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd*¹⁷⁶ se puede observar cómo una misma cláusula, que es considerada como no razonable en primera instancia, supera el “*reasonableness test*” para el juez de apelación. El caso es el siguiente: A defiende la no razonabilidad de una cláusula de limitación de responsabilidad que le impide reclamar una indemnización por la reubicación obligada de su sede de un edificio a otro, ambos propiedad de B, cambio que supone una serie de gastos y pérdidas por el traslado y el inadecuado funcionamiento del aire acondicionado en el nuevo espacio. En un primer momento el juez entiende que esta cláusula que, “*bajo ninguna circunstancia*”, hace responsable a B por “*cualquier pérdida de negocio, beneficios, pérdida de datos, reclamaciones de terceras partes o cualquier pérdida en consecuencia*” no supera el test de lo razonable poniendo el acento en el hecho de que la exclusión opera “*en cualquier circunstancia*”, incluyendo cuando las pérdidas hubieran sido causadas por fraude o deliberadamente por B. Sin embargo, la Corte de Apelación sostiene la validez de la cláusula en cuestión argumentando que no se puede entender que esta expresión pretenda excluir la responsabilidad deliberada o por fraude sino que simplemente busca de forma razonable restringir las posibles pérdidas, a lo que se suma la igualdad en el poder de negociación de las partes y el aviso por parte de B a sus clientes respecto a la conveniencia de protegerse mediante un seguro frente a pérdidas en los negocios.

Sin embargo, por el contrario, no hay que concluir de estas resoluciones que cuando estemos ante contratos entre empresarios las cláusulas de limitación de responsabilidad son automáticamente razonables. Así, una cláusula de exclusión total de responsabilidad en un contrato de depósito de mercaderías a menos que la acción se emprenda dentro del año siguiente a la fecha en la que debieron ser entregadas, es considerada como “*unreasonable*” en *Northern Electric Ltd v Econofreight Heavy Transport Ltd*¹⁷⁷ en la medida en que no es justo reducir el periodo de reclamación legal de cinco años a uno sólo.

Al mismo resultado se llega en el caso *Balmoral Group Ltd v Borealis [UK] Ltd. & Ors*¹⁷⁸. A, Una empresa dedicada, entre otros, a la fabricación de tanques de almacenamiento, compra a B grandes cantidades de uno de los materiales necesarios, *borecene*, demostrándose después defectos en los tanques como consecuencia de un problema con el producto. El contrato, predispuesto por B, prevé una serie de limitaciones de responsabilidad respecto a cualquier defecto en los productos vendidos que, en cualquier caso, no excederá del precio de compra de los mismos. En la aplicación del test de razonabilidad se tienen en cuenta distintos razonamientos para concluir que, a pesar de que en el tráfico mercantil las partes habitualmente llegan a acuerdos para distribuir los riesgos, no se trata en este caso de una cláusula justa y razonable. Por una parte, se considera que, aun no siendo A una empresa espe-

¹⁷⁵ [2004] EWHC 1502 (Comm) WL 1372526.

¹⁷⁶ [2008] EWCA Civ 361 WL 924987.

¹⁷⁷ [2001] EWCA Civ 286 WL 535710.

¹⁷⁸ [2006] EWHC Comm 1900 June 25 2006.

cialmente pequeña, sí lo es respecto de B, que tiene mucho más poder de negociación y que ha planteado el contrato como “*take-it-or-leave-it*”, no siendo el contrato un producto de un proceso de negociación y no teniendo muchos más proveedores posibles. Además, B es una organización de un tamaño mucho mayor, con más activos y más experiencia técnica que A y con seguro contra este tipo de responsabilidades. Podría, por tanto, repercutir el coste del seguro y cualquier otro no cubierto por éste de forma más fácil. Por último, se subraya el hecho de que B haya resuelto favorablemente numerosas reclamaciones previas de A en este sentido, sin hacer referencia a las limitaciones contenidas en el contrato. Esto no significa automáticamente que la confianza en las cláusulas impugnadas no fuera razonable o que no lo sean las cláusulas en sí, pero sí que es indicativo en este sentido sobre todo cuando se ha tratado de acuerdos con un coste muy elevado. Por todo esto, se concluye que B no ha demostrado que las condiciones cuestionadas satisfagan el requisito de razonabilidad, siendo ésta nula.

69. Por último, cabe señalar, al tratarse de la valoración de cláusulas insertas en contratos entre empresarios, la conveniencia de tener en cuenta si la cláusula bajo estudio es de uso común, es comúnmente conocida en el mercado o si ha sido el resultado de discusiones entre cuerpos representativos, puesto que, de ser así, reflejaría una visión general de lo que puede ser considerado como razonable en el mercado concerniente¹⁷⁹.

a) Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil

70. A la vista de lo expuesto, podemos concluir que, aunque el sistema inglés otorga cierta protección a aquellos empresarios que ostenten la parte débil en un contrato, esta tutela no está carente de defectos. Pasando por alto las dificultades que genera la coexistencia de la UCTA y la UTCCR, que afectan especialmente a los consumidores¹⁸⁰, y centrándonos sólo en la valoración en lo referente a la protección actual del contratante profesional, podemos enumerar una serie de aspectos negativos¹⁸¹.

En primer lugar, y desde la óptica de la técnica legislativa, la *Unfair Contract Terms Act 1977* regula un sistema complejo sin una sistematización clara, con un lenguaje altamente técnico y con numerosas excepciones a las excepciones. Entrando a valorar el contenido, se echa en falta una regla similar a la contenida en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, que incluya la exigencia de que las cláusulas estén redactadas en un lenguaje “plano e inteligible” y que expresamente mencione el criterio interpretativo *contra proferentem*. Asimismo, se considera limitado el ámbito de aplicación objetivo de la norma, al no abarcar realmente todas las *unfair terms*, sino tan sólo aquellas cláusulas excluyentes o limitativas de responsabilidad. Esto quiere decir que quedan fuera del ámbito de control de la Ley las cláusulas que pretenden atribuir sólo a una parte del contrato ciertos derechos o aquellas que imponen obligaciones o responsabilidades a la parte “débil” que, de otra forma, no le habrían correspondido¹⁸² sin que exista, además, un principio general de buena fe que pudiera dar cabida a estos supuestos de cláusulas injustas. Estas situaciones no incluidas en el ámbito objetivo de la UCTA podrían ser controladas por figuras como la equidad o por el Derecho imperativo que, sin embargo, afectarán en general sólo a los casos más extremos¹⁸³. Por último, y como hemos visto, el carácter negociado o no de las cláusulas y la posición débil de uno de los contratantes en cuanto a la determinación del contenido

¹⁷⁹ R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op.cit., p. 186.

¹⁸⁰ De forma general, el hecho de que ni la norma de 1994 ni su reforma en 1999, hayan derogado la norma de 1977, da lugar a un sistema vigente de una gran complejidad, con casos que entrarían dentro del ámbito de ambas disposiciones, disposiciones que, además, utilizan diferente terminología y lenguaje. Sería el supuesto de las cláusulas que no se hayan negociado individualmente en los contratos con consumidores y que tuvieran por objeto la exclusión o limitación de responsabilidad, puesto que este tipo de cláusulas entrarían dentro del ámbito tanto objetivo como subjetivo de ambas normativas.

¹⁸¹ Ver The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N° 292) (SCOT LAW COM N° 199), 2005, pp. 8 y ss.

¹⁸² C. WILLET, *Fairness in consumer contracts...*, op. cit., p. 453.

¹⁸³ *Ibidem*, op. cit., pp. 453 y ss. Acerca de la justicia en los contratos comerciales, el autor llama la atención sobre la falta de un principio general de justicia o buena fe que pudiera ser aplicado a todos los casos, también a aquellos que queden fuera del ámbito de la UCTA o a otros aspectos de las relaciones contractuales entre empresarios. A pesar de la existencia de reglas de *common law*, éstas no son suficientemente amplias como para abarcar todos los casos de abusividad que sí que podrían entrar dentro de la esfera de un principio general de buena fe.

solo se tiene en cuenta como presupuesto en un número muy reducido de supuestos e, indirectamente, como un criterio entre otros en la aplicación del “*reasonableness test*”, sin que en la práctica los tribunales sean muy proclives a considerar que una cláusula en contratos entre empresarios no supera el control de lo justo y razonable.

C) Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (*Law and Scottish Law Commission*): propuestas

71. Teniendo en cuenta los aspectos criticables de la legislación vigente, se presenta en febrero de 2005 en el Parlamento del Reino Unido una propuesta para la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos que afecta, de forma especial, a la protección de ciertos empresarios¹⁸⁴. Podemos hacer un esquema breve de las propuestas más interesantes en relación con el objeto de nuestro estudio:

- a) En primer lugar, y con carácter genérico, se propone unificar en un solo texto la UCTA y la UTCCR para eliminar los posibles problemas derivados de una regulación dual en algunos supuestos. Unido a esto, se plantea la necesidad de una redacción más clara y accesible al lector¹⁸⁵.
- b) Respecto al tráfico jurídico empresarial, se pretende en un momento inicial ampliar la protección otorgada en la UTCCR de 1999 a los consumidores a todos los contratos entre empresarios respecto de las cláusulas no negociadas¹⁸⁶. Esta propuesta, altamente controvertida, tuvo apoyos significativos entre las entidades consultadas, que señalaban como un problema real en los contratos comerciales la existencia de cláusulas injustas en la medida en que, por ejemplo, son comunes las situaciones en las que la parte adherente es forzada a aceptar condiciones “*unfair*” de su proveedor de mayor tamaño sin posibilidad de negociación de las mismas por la propia naturaleza de la industria. Sin embargo, un gran número de las consultas limitaban la protección a la pequeña empresa, dadas las consecuencias indeseables que podrían derivarse de una extensión total de la tutela al ámbito empresarial, ámbito en el que es perjudicial la incertidumbre que podría resultar del hecho de que un amplio número de cláusulas de un contrato entre empresarios pudieran estar sujetas a revisión, incluso aunque tales cláusulas raramente pudieran ser consideradas como irrazonables o injustas. Estos efectos no apropiados en la esfera comercial llevaron a una modificación de la propuesta, abogando, en lo que a la generalidad de contratos entre empresarios se refiere, por mantener el nivel de protección de la UCTA.¹⁸⁷

Teniendo en cuenta que, como se ha apuntado con anterioridad, existen dos tipos de test, el “test de lo razonable” y el “test de la justicia”, cabe preguntarse qué test se aplicaría en esta nueva regulación conjunta. La propuesta al respecto, a la vista de la pequeña diferencia entre ambos requerimientos, es que exista un único test combinado, el llamado “test de lo justo y lo razonable” (“*fair and reasonable test*”), test en el que se propone no incluir ninguna referencia expresa a la buena fe, por considerarlo un término ajeno al Derecho inglés que podría llevar a la confusión a los juristas y no obligatorio para cumplir con los requerimientos de la Directiva¹⁸⁸.

¹⁸⁴ El ya mencionado texto, The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., 242 pp.

¹⁸⁵ Ver *Ibidem*, op.cit., pp. 19 y ss.

¹⁸⁶ Ver *Ibidem*, Part 4. *Preserving the protection afforded by UCTA in business contracts*, pp. 59 y ss.

¹⁸⁷ Se introducen algunas excepciones ya que en algunos supuestos en los que, con la normativa vigente, las cláusulas están sujetas a control con independencia de que fueran negociadas o no (las recogidas en las s. 6(3) y 7(3)), se propone que sólo se supervisen en la nueva normativa si son cláusulas no negociadas.

¹⁸⁸ Los consultados que se manifestaron en contra de la supresión del concepto de buena fe alegaron que este hecho iba en contra del proceso de unificación y codificación del Derecho europeo de los contratos ya que la referencia a la buena fe es un estándar reconocido de forma general en los sistemas civiles (*ibidem*, op. cit., pp. 39 y ss.). Sin embargo, esta propuesta de basar el test simplemente en el criterio de lo “justo y razonable” no sorprende dado el reavivamiento del debate sobre la conveniencia de la adopción del concepto de “buena fe” que se produjo con la introducción del “*fairness test*”, a raíz de la Directiva de 1993 (acerca de la polémica en torno al concepto de “good faith” en Derecho inglés, P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 146 y ss.). Este concepto, que es parte fundamental del Derecho de contratos en muchos sistemas civiles, ha sido visto siempre con una cierta hostilidad por parte del Derecho inglés. Así, E. MACKENDRICK, “The meaning of “good faith””, en M. ANDENAS; S. DÍAZ ALABART; S. BASIL (et al.) (dirs.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law beyond the national systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 687 y ss. Sobre la ausencia de un principio general de buena fe, ver también S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, “Good faith in European contract law...”, op. cit., pp. 39 y ss.

Respecto a la lista de factores a tener en cuenta para concretar la injusticia de una norma, se entiende innecesario una duplicidad de listas, siendo aplicables a los contratos entre empresarios las mismas directrices que a la contratación con consumidores aunque teniendo en cuenta el carácter del sujeto destinatario y, por tanto, aplicándolas en un sentido diferente¹⁸⁹.

- c) El ámbito en el que sí se propone una extensión prácticamente plena de la protección otorgada al consumidor a los empresarios es el correspondiente a los pequeños empresarios. Según las opiniones recabadas en el informe, hay una gran necesidad de una tutela intensificada en el caso de los “*small businesses*” por ser más vulnerables: existen situaciones en las que un pequeño empresario puede tener mucho menos conocimiento y experiencia que su proveedor, por ejemplo, y, en ese sentido, estar actuando casi como un consumidor aunque el contrato se desarrolle dentro del ámbito de su negocio. Por lo tanto, este tipo de empresarios, que sufren los problemas que puede encontrarse un profesional cualquiera cuando contrata fuera de su campo de experiencia, también lo hacen incluso cuando contratan dentro de su ámbito, encontrándose entre la protección al consumidor y el mayor poder de negociación del fabricante o suministrador¹⁹⁰.

Respecto a la delimitación del concepto “*small business*”, tras descartarse una serie de criterios, se optó por determinar el tamaño en referencia al número de empleados¹⁹¹. Así, las entidades que podrían tener la consideración de “pequeñas empresas” serían aquellas que contaran con nueve o menos empleados, catalogadas en otras clasificaciones como “*micro businesses*”¹⁹².

Sin embargo, además de la restricción de número de empleados, también existen, con independencia de este criterio, una serie de exclusiones de esta protección: los pequeños empresarios que forman parte de un grupo más grande; negocios sofisticados con pocos empleados; contrato con un valor de 500.000 libras; contratos en el campo de servicios financieros ya regulados. Se entiende que en estas situaciones no es procedente la equiparación de trato con los pequeños empresarios¹⁹³.

72. Por tanto, la propuesta de reforma inglesa extiende la protección contra las cláusulas injustas a aquellos contratos en los que alguna o las dos partes son “pequeños empresarios”¹⁹⁴, sujetándolos al test de lo justo y lo razonable como si fueran consumidores, aunque sólo respecto a cláusulas incorporadas por la otra parte dentro de un contrato mediante condiciones generales y que no hayan podido ser cambiadas a favor del pequeño empresario como resultado de una negociación.

73. Estas recomendaciones fueron aceptadas por el Gobierno en 2006¹⁹⁵ pero quedaron posteriormente en suspenso hasta que se hubiera debatido y aprobado la Directiva de la Unión Europea de Derechos de los consumidores en 2011. En mayo de 2012 se le pide a la Comisión que había presentado

¹⁸⁹ The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., p. 73.

¹⁹⁰ *Ibidem*, op.cit., pp. 79 y ss.

¹⁹¹ A pesar de la popularidad del criterio de la facturación de la empresa, no parece el más adecuado ya que depende del sector en el que se desenvuelva la empresa, es inseguro y las propias entidades son reacias a revelar información sensible que podría ser importante para el mercado (*Ibidem*, op.cit., p. 87).

¹⁹² Aunque hay empresas que, teniendo más de nueve empleados y menos de cincuenta, es decir, siendo consideradas pequeñas empresas a todos los efectos, pueden tener dificultades para el acceso a servicios de asesoramiento legal, se ha preferido otorgar un nivel de protección mayor a un número más reducido de sujetos. Para el modo de cálculo del número de empleados se atiende al número del último día del mes anterior, calculado con una media que tiene en cuenta los doce meses anteriores a la conclusión del contrato, *ibidem*, op.cit., p. 88.

¹⁹³ *Ibidem*, op.cit., pp. 90 y ss.

¹⁹⁴ El ámbito de aplicación son los “*small business contracts*”, es decir, aquellos en los que una de las partes o las dos son pequeños empresarios. Si solo uno de los dos lo es –situación más habitual- solo éste puede beneficiarse de la regulación de las *unfair terms*. Sin embargo, se propone proteger también a los pequeños empresarios en sus negocios entre ellos puesto que, por una parte, la falta de sofisticación y acceso a servicios jurídicos o de asesoramiento puede aún así ser una desventaja de algunos pequeños empresarios en este tipo de contratos y, por otra, se constituye un régimen más simple y consistente (*Ibidem*, op. cit., p. 86). Entendemos que, al tener que ser un contrato no negociado, una de las dos partes –aun siendo ambos pequeños empresarios- tiene que tener una posición superior a la otra para poder imponer el contenido.

¹⁹⁵ Así se desprende de la carta remitida a la Comisión por el Ministro de Comercio, Inversión y Asuntos Exteriores, fechada el 24 de julio de 2006 (http://www.dti.gov.uk/files/file_34128.pdf).

las recomendaciones en 2005 que las revisara y actualizara, pero solo en lo que concierne a los contratos entre empresarios y consumidores. Esto ha dado lugar a la *Consumer Rights Bill 2014*, que se encuentra en tramitación parlamentaria en la actualidad¹⁹⁶. Por lo tanto, a día de hoy, los contratos entre empresarios en el ordenamiento jurídico inglés siguen estando protegidos solo por la UCTA de 1977 sin que a corto plazo se haya previsto ninguna modificación puesto que la iniciativa legislativa se restringe a los contratos de consumo¹⁹⁷.

4. Protección en el ordenamiento jurídico alemán

A) Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la *AGB-Gesetz* de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002)

74. Si existe un ordenamiento que presenta especial interés por la protección única que otorga al empresario en la contratación mediante condiciones generales y por la influencia en la legislación española es el ordenamiento jurídico alemán¹⁹⁸. La regulación de esta disciplina se recoge, en un primer momento, en la “*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”, conocida como *AGB-Gesetz* de 1976, norma que viene a codificar la protección que hasta este momento había permanecido en el ámbito jurisprudencial¹⁹⁹. La *AGB-Gesetz* se había concebido, inicialmente, como una norma cuyo objetivo era tutelar al consumidor, aspecto que se transformó durante su tramitación, dando lugar a una ley que protege al adherente frente al predisponente de las condiciones generales y no tan sólo al consumidor frente al empresario²⁰⁰. Como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este apartado, el destinatario de la tutela es el contratante débil, al margen de la consideración de si es empresario o consumidor²⁰¹.

¹⁹⁶ Concretamente, según la última información proporcionada (<http://services.parliament.uk/bills/2013-14/consumerrights.html>), en la *House of Commons* (12 de enero de 2015).

¹⁹⁷ Esto no quiere decir que no haya movimientos que sigan poniendo de manifiesto la necesidad de un régimen más protector que el vigente en los contratos de los “*small businesses*” (por ejemplo, se puede citar el interesante informe presentado por A. FLETCHER; A. KARATZAS; A. KREUTZMANN-GALLASCH, *Small businesses as consumers: are they sufficiently well protected?*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, January 2014, 53 p., en colaboración con la Federación de Pequeños Empresarios, en el que se señala la creciente concienciación en el Reino Unido por las necesidades de regulación de estos sujetos).

¹⁹⁸ P. ULMER, “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – la armonización del Derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976”, en S. ESPIAU ESPIAU (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 34 – 35; J. M. BADENAS CARPIO, “Comentario al artículo 2...”, op. cit., p. 58.

¹⁹⁹ M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, *Actualidad Civil*, nº 16, 14 al 20 de abril de 2003, p. 400; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 34; “Las condiciones generales de la contratación...”, op. cit., pp. 207 y ss. Acerca de la situación anterior a la codificación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, ver L. RAISER, *Das Recht...*, op. cit., en especial, acerca de las barreras de la validez de las condiciones generales, los límites de libertad contractual y el control de los tribunales a través de la cláusula general de la buena fe recogida en el § 242 BGB, pp. 277 y ss.

²⁰⁰ Como consecuencia de la voluntad política se forma en 1972 un grupo de trabajo a través del Ministerio de Justicia que debe elaborar propuestas de solución para una regulación legal de la cuestión. Este grupo de trabajo presenta en marzo de 1974 un primer estudio, alejándose de los §§ 13 y ss AGBG (hoy UKlaG), que asienta importantes fundamentos para la regulación legal posterior. Respecto a las condiciones legales del control de contenido, se establece una discusión en torno a tres aspectos principalmente: por una parte, si se debía utilizar una cláusula general o si se debería completar ésta con un catálogo de cláusulas ineficaces; por otra, saber de qué modo se “medía” la desproporcionalidad o inadecuación de las cláusulas, si en sentido positivo o negativo; por último, y en relación con el tema que nos ocupa, el tercer punto conflictivo versaba sobre la idea de limitar la protección al consumidor o bien ampliarla al empresario, pudiendo ser, a su vez, mediante los mismos artículos o bien a través de otra medida de control. Finalmente, el legislador alemán optó por ampliar su ámbito de aplicación, con limitaciones, también a los contratos entre empresarios. Al respecto, ver T. PFEIFFER, “Einleitung”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER (et. al.), *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 4 – 5; J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305 BGB”, en F. JÜRGEN; R. RIXECKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., München, Beck, 2007, pp. 1016 - 1018; J. M. BADENAS CARPIO, “Comentario al artículo 2...”, op. cit., pp. 58 – 59; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 34.

²⁰¹ P. ULMER, “La protección contra cláusulas contractuales...”, op. cit., p. 36; M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales...”, op. cit., p. 400; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, en S. SÁNCHEZ LORENZO; M. MOYA ESCUDERO (ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 318.

En bloque y con pocas modificaciones pasó a formar parte la *AGB Gesetz* del *BGB* alemán, en virtud de la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001²⁰², dando lugar a los §§ 305 a 310 BGB cuyo contenido en lo que a control de condiciones generales se refiere procederemos a analizar para delimitar la protección que el ordenamiento alemán proporciona a los empresarios adherentes²⁰³.

75. En primer lugar, cabe señalar la existencia de un control de incorporación, recogido en los §§ 305 a 306 BGB. El § 305.1 apunta los rasgos básicos que conforman la figura de las “*condiciones generales de la contratación*”, entre los que enumera la predisposición y la utilización en una pluralidad de contratos, sin que tenga relevancia que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el mismo documento contractual y sin que quepa la existencia de condiciones generales cuando la cláusulas contractuales hayan sido negociadas individualmente por las partes. Por su parte, el § 305 en sus apartados 2 y 3, así como los párrafos siguientes, se encargan de regular los requisitos que deben cumplir las cláusulas para entenderse incorporadas al contrato, tanto en general²⁰⁴ como en ciertos casos especiales²⁰⁵ y de hacer referencia a normas tales como la prevalencia de los acuerdos individuales²⁰⁶, la no inclusión de las cláusulas sorprendentes y ambiguas²⁰⁷, la interpretación *contra proferentem*²⁰⁸ así como las consecuencias jurídicas en el caso de no incorporación de una cláusula y régimen de ineficacia²⁰⁹. Volveremos sobre las exigencias de incorporación al hacer referencia al mandato de transparencia material.

76. A este control de incorporación, el legislador alemán añade un segundo control que pretende fiscalizar el fondo de la cláusula, esto es, un control de contenido cuya estructura, que analizaremos en profundidad a continuación, se puede esquematizar en:

- una cláusula general de buena fe, recogida en el § 307 BGB (antiguo § 9 AGBG) y que protege a todo tipo de adherente, sea consumidor o no;
- dos listados de cláusulas que complementan a la disposición general anterior y que son de aplicación en exclusiva a contratos de consumo. Se dividen en cláusulas relativamente prohibidas, en la medida en que están sujetas a valoración (§ 308 BGB, antiguo § 10 AGBG) y

²⁰² *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Acerca de la integración de la *AGB Gesetz* en el Código civil alemán, polémica por ser en bloque y por la ubicación, en el Libro Segundo, regulador del Derecho de las Relaciones Obligatorias, tras el “Contenido de las relaciones obligatorias”, ver J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305...”, op.cit., pp. 1018 –1019; T. PFEIFFER, “Einleitung...”, op. cit., pp. 7 – 8; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *ADC*, tomo LV, nº 3, julio-septiembre 2002, pp. 1147 – 1149; “La modernización del derecho...”, op. cit., pp. 323 – 325; *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 34 – 35; M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 397 – 398; G. CRISTOFARO, “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Rivista di diritto civile*, anno L, nº 4, luglio-agosto 2004, en especial, pp. 681 y ss; R. ZIMMERMANN, “Contract law reform: the german experience”, en S. VOGENAUER; S. WEATHERILL, *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, Hart, 2006, pp. 71 – 87; S. PATTI, “Sulla riforma del Quarto Libro...”, op. cit., p. 209.

²⁰³ La traducción que manejamos, en general, es la de M. L. VIVES MONTERO, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1229 – 1310, en especial, pp. 1243 a 1253.

²⁰⁴ Según el § 305.2 BGB, para que las condiciones generales formen parte del contrato, el predisponente debe, en el momento de celebración del mismo, hacer una referencia expresa a ellas o exhibirlas de manera claramente visible así como facilitar a la otra parte la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido, en función de la capacidad de la contraparte que el predisponente pueda reconocer.

²⁰⁵ El § 305a BGB hace referencia a requisitos especiales para los casos de tarifas de ferrocarril, tranvías, trolebuses y demás vehículos de línea regular, correos y telecomunicaciones.

²⁰⁶ § 305b BGB establece que los acuerdos individuales prevalecerán sobre las condiciones generales de la contratación.

²⁰⁷ En virtud del § 305 c, 1 BGB, no se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas.

²⁰⁸ El § 305c, 2 BGB, recoge la tradicional regla hermenéutica según la que las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponente.

²⁰⁹ El § 306 BGB alude a la vigencia del contrato en la parte que no sea declarada ineficaz o que no se entienda por no incorporada salvo cuando su subsistencia, incluso teniendo en cuenta la complementariedad de las disposiciones legales, represente una carga irrazonable para una de las partes.

cláusulas absolutamente prohibidas, al ser ineficaces sin posibilidad de valoración “*incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales*” (§ 309 BGB, antiguo § 11 AGBG).

B) Protección del empresario adherente

77. Una vez descrita la estructura básica de la regulación, que se organiza en torno a estos dos controles tradicionales, formal y material, el siguiente paso es delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa alemana en lo que a nuestro trabajo se refiere, es decir, respecto al tráfico comercial. El § 310 BGB (antiguo § 24 AGBG) cumple el papel central de determinar qué párrafos son de aplicación a los contratos entre empresarios.

Así, el § 310.1 excluye la aplicación del control de incorporación recogido en el § 305, en sus apartados 2 y 3 así como los catálogos de cláusulas prohibidas de los §§ 308 y 309 BGB, a las condiciones generales incluidas en un contrato cuyo adherente sea un empresario, persona jurídica de derecho público o patrimonio separado de derecho público. Todas las demás disposiciones sí que rigen para el tráfico comercial, disposiciones entre las que se encuentra el § 307, apartados 1 y 2 –regulador del control de contenido a través de la cláusula general de la buena fe– que “*será de aplicación en los casos del inciso primero –contratación entre empresarios– aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309; se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”²¹⁰.

Esto es, como resultado, el ordenamiento jurídico alemán no restringe la protección frente a las cláusulas abusivas al consumidor sino que, expresamente, la extiende al empresario adherente que, según lo expuesto, se verá tutelado por la cláusula general de buena fe, teniendo en cuenta siempre las peculiaridades de la contratación empresarial a través de los usos y costumbres vigentes concernientes.

78. Es de notar, antes de pasar a centrarnos en cada uno de los elementos que componen el control de contenido aplicable a los empresarios, que el texto alemán no limita la protección a ciertos empresarios. Por ejemplo, a los pequeños y medianos empresarios -de forma similar a lo que se pretendía en el Reino Unido y su figura del *small business* o *micro business*- o a los minoristas respecto de los proveedores –por ejemplo, en el caso del contrato de *subfornitura* en el ordenamiento jurídico italiano- sino que extiende el ámbito de aplicación de la cláusula general de buena fe a todo empresario adherente.

El concepto de “*Unternehmer*” del § 310 se determina a través del § 14 BGB, que considera como empresario a aquella persona física o jurídica que, en un negocio jurídico, actúa en el ejercicio de su comercio, negocio o profesión²¹¹. Esta noción de “empresario”, más amplia, ha ocupado el lugar de la de “comerciante” (“*Kaufmann*”) preexistente antes de la Reforma del Código mercantil (HGB) de 1998²¹². Así, a efectos de aplicación de los §§ 305 a 310 BGB, toda persona que es comerciante, es también empresario²¹³. De la definición de “*Unternehmer*” en el § 2 HGB se desprende que hay ciertos determinados grupos de comerciantes -que también entrarían dentro de la noción de “empresarios” según la terminología de la disciplina de las condiciones generales de la contratación- que tienen menos necesidades de protección que otros debido a su poder de negociación o posición económica. Aunque,

²¹⁰ El § 310.1 BGB se ha visto modificado en octubre de 2008 por el que se añade un inciso que excluye del ámbito de aplicación del § 307, apartados 1 y 2, es decir, del control de contenido, a determinados contratos entre empresarios en los que se recoge lo dispuesto en la normativa de Adjudicación y Contratación para la Construcción (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B - VOB/B*).

²¹¹ § 14 BGB: “(1) *Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*”.

²¹² Ley de 22 de junio de 1998, con fecha de entrada en vigor 1 de julio del mismo año.

²¹³ Acerca de la noción de “*Unternehmer*” como parte contractual, F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im Handelsverkehr*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1989, p. 5; M. WOLF, “§ 310 Abs. 1, Anwendungsbereich”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 911 y ss.; J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305 BGB...”, op. cit., pp. 1405 y ss.; P. SCHLOSSER, “Kommentar zum § 310 BGB”, en J. STAUDINGER; K. D. ALBRECHT; B. CHRISTIAN (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Sellier de Gruyter, 2006, pp. 728 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 38.

como hemos señalado, el BGB no hace distinción entre tipos de empresarios, se ha planteado que el recurso a los usos y costumbres vigentes en el comercio (*“geltenden Gewohnheiten und Gebräuche”* del § 310.1 BGB) puede ser la vía para diferenciar la intensidad del control a aplicar también dentro de la propia categoría de empresario y en los distintos grupos de clientes que comparten la cualidad de *“Unternehmer”*²¹⁴. Ya que la protección se extiende para todo “empresario” adherente en general, la intensidad del control se puede modular a través de una ponderación de intereses adecuada según el sujeto a proteger.

a) Cláusula general de buena fe y *Transparenzgebot* (§ 307.1 y 2 BGB)

79. El § 310.1 BGB excluye la aplicación de un control de incorporación a las cláusulas mediante condiciones generales en la contratación entre empresarios pero, por el contrario, prevé la aplicabilidad de un control de contenido que se articula en torno a una cláusula general y tres presunciones²¹⁵.

80. El eje central del control, contenido en el apartado primero del § 307 BGB dispone que:

“Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”.

Por lo tanto, parece que tienen que darse ambos elementos, esto es, contravención de la buena fe (*“entgegen den Geboten von Treu und Glauben”*²¹⁶) y perjuicio indebido (*“unangemessenen Benachteiligung”*), para que una cláusula pueda reputarse como abusiva y, por tanto, ineficaz. Dado que estos términos son generales, el legislador alemán, a modo aclaratorio, añade tres criterios que ayudan a interpretar cuándo, *“en caso de duda, se presume un perjuicio indebido”* que, en virtud del § 307.2 BGB será cuando la cláusula no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere o cuando se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo²¹⁷.

81. La tercera pauta es la que aparece formulada en el párrafo anterior del mismo parágrafo, *in fine*: *“un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”*. Esta mención es una de las pocas novedades que introduce la Ley de Modernización de 2002 en la integración de la AGBG en el BGB y codifica la práctica jurisprudencial según la cual otro

²¹⁴ K. P. BERGER; L. KLEINE, *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs Beraten*, nº 40, 2007, pp. 2137 – 2139; M. WOLF, *“Kommentar zum § 310...”*, op. cit., pp. 917 y ss.

²¹⁵ Llama la atención el hecho de que la regulación en nuestro ordenamiento jurídico sea, como sabemos, la diametralmente opuesta: si que se prevé un control de incorporación para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios pero no, por el contrario, un control de contenido.

²¹⁶ Acerca de la evolución del concepto de “buena fe” en el Derecho alemán, ver S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, *“Good faith in European contract law...”*, op. cit., pp. 18 y ss. Los autores resaltan la importancia en el ordenamiento jurídico alemán de este principio a lo largo de los años, principio abundantemente utilizado en las decisiones de los tribunales -ha sido visto por algunos autores como una *“baneful plague”* (plaga dañina) mientras que, para otros, era la *“queen of rules”* (reina de las reglas)- que, en los últimos años ha cedido peso, sin embargo, a favor del § 138 I BGB, que recoge la prohibición de que cualquier negocio jurídico atente contra las buenas costumbres. En la actualidad, tal y como se señala, un gran número de instituciones legales “basadas” en el § 242 BGB han adquirido una vida independiente, como sería el caso, entre otros, del tema que nos ocupa, el control de cláusulas en contratos de adhesión, regulado en la AGB-Gesetz y, en la actualidad, en el propio BGB alemán.

²¹⁷ Vemos aquí alusión en cierta medida a la idea del Derecho dispositivo como modelo de regulación del que no debería apartarse un regulación equilibrada (§ 307.2 BGB: *“Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist”*). Cabe señalar que esta relativa sujeción al Derecho dispositivo se recoge también –y de forma más intensa, de hecho- en nuestra Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación. En este sentido, el apartado 4º del art. 1262 presume abusivas para todo adherente –consumidor y empresario- las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo le serían aplicables.

supuesto de ineficacia contrario a la buena fe es la falta de transparencia²¹⁸. El mandato de transparencia (“*Transparenzgebot*”), que es válido hoy como un principio elemental del Derecho de las condiciones generales de la contratación, es un principio relativamente nuevo puesto que hasta la entrada en vigor de la AGBG no se descubre, siendo el centro de discusión a finales de los años ochenta y erigiéndose como elemento básico de esta disciplina en la actualidad²¹⁹.

En el marco del control de contenido, especifica el § 307 I 2 que una cláusula dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación puede ser considerada como causante de un desequilibrio inadecuado a la otra parte contractual si no es clara y comprensible. Obliga al usuario de este tipo de cláusulas, por lo tanto, a la claridad y a la inteligibilidad y pretende garantizar que la parte contractual sea consciente de sus derechos y obligaciones. Efectivamente, se trata de realizar una ponderación de intereses a través del § 307 BGB de tal forma que se exija una formulación de la cláusula evidente, concreta y clara, que posibilite al cliente conocer el alcance jurídico y económico de las cláusulas a las que se adhiere²²⁰.

Al estar incluido este principio en el § 307 I BGB, parágrafo incluido dentro del ámbito de aplicación de los contratos celebrados entre empresarios, el mandato de transparencia no sólo es válido en la contratación con consumidores sino que también lo es en el tráfico jurídico empresarial mediante condiciones generales de tal forma que el predisponente está obligado a formular el contenido de las cláusulas conforme a los límites de esta norma. Este hecho tiene una especial importancia al no estar incluidos los contratos entre empresarios, como se apuntó en el estudio del § 310 BGB, dentro del ámbito de aplicación del control de incorporación.

82. Antes de ver la utilización concreta por parte de los tribunales del “*Transparenzgebot*”, cabe plantearse, como ha hecho algún autor, el verdadero alcance de este mandato, bien como criterio autónomo, bien como un elemento más a considerar en la valoración del desequilibrio. Parece que la solución más aconsejable es utilizar este criterio exigiendo también la existencia de un desequilibrio material para apreciar la abusividad de una cláusula concreta y evitar, así, un abuso del criterio por parte de los tribunales que pueden “*negar la eficacia de las cláusulas por el hecho de que las cláusulas no sean claras y comprensibles*”²²¹. Efectivamente, como se ha expuesto con anterioridad, este mandato es una pauta entre otras acerca de cuándo se presume que puede existir un perjuicio indebido que, en cualquier caso, debe ser contrario a la buena fe.

83. A pesar de la clara aplicabilidad de esta disposición al tráfico empresarial, en el que también existen adherentes mercedores de protección en este sentido, no se deben olvidar las particularidades de dicho ámbito respecto de la contratación con consumidores y las diferentes posibilidades de entendimiento que existen entre estos dos grupos de sujetos. Dado que la transparencia, como hemos señalado, está íntimamente vinculada con la capacidad de comprensión del adherente, parece evidente que la experiencia comercial posibilita a un empresario tener unas mayores posibilidades de conocimiento y una mayor información. Por lo tanto, los requisitos del mandato de transparencia deben ser adaptados

²¹⁸ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones...”, op. cit., p. 1150; *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 46. Una ilustración sobre jurisprudencia de los años ochenta en I. KOLLER, “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, en J. F. BAUR; K. J. HOPT; K. P. MAILÄNDER, *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin, Walter de Gruyter, 1990, pp. 671 y ss.; J. SCHÄFER, *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, Peter Lang, 1992, pp. 184 y ss.

²¹⁹ P. HELLWEGE, “§§ 305-310, Teil II: Geltungsgrund und Geltungsvoraussetzungen; Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit; Transparenzgebot”, en J. R. SCHMOECKEL; R. ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1470 y ss.

²²⁰ *Ibidem*, op. cit., pp. 1470 y ss.; H. LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3 ed., München, Beck, 1997, pp. 143 y ss.; K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Geschäftsverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 49, 2007, pp. 3526 y ss.; E. M. KIENINGER, “Kommentar zum § 307 BGB”, en F. JÜRGEN; R. RIXECKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., München, Beck, 2007, pp. 1142 – 1146; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB”, en M. WOLF; W. F. LINDACER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 367 y ss.

²²¹ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 46 – 47.

a los horizontes empresariales implicando, en general, una relajación de los mismos, sin que pueda ser aplicado el principio con la misma intensidad como en el ámbito de la contratación con consumidores. Como resultado de esta diferente valoración, puede ser una cláusula concreta no transparente y, por tanto, ineficaz, en un contrato con un consumidor y tener validez, por el contrario, en un ámbito en el que ambas partes son empresarios²²².

Pero no sólo el § 307 I 2 BGB debe aplicarse diferenciando entre destinatario consumidor o empresario, sino que también el tratamiento debería ser distinto dentro del amplio grupo de sujetos que se dedican a la actividad empresarial. Es evidente que no tiene las mismas posibilidades de experiencia y entendimiento, por ejemplo, un minorista de pequeño tamaño que una gran empresa distribuidora. La posición económica o el poder de negociación condicionan las necesidades de protección²²³. Una vía para permitir apreciar las particularidades del tráfico jurídico empresarial y estas situaciones dispares es el recurso a los *“geltenden Gewohnheiten und Gebräuche”* al que, por otra parte, obliga el legislador alemán en el § 310 I *in fine* para el caso de la contratación *“gegenüber einem Unternehmer”*. Esta flexibilidad del control de contenido incluso dentro del comercio con empresarios garantiza tener en cuenta las distintas necesidades de protección de los distintos tipos de clientes²²⁴.

84. En la sentencia del KG Berlín de 17 de abril de 1991²²⁵, no es de aplicación la sanción del criterio de la transparencia material en el caso de estipulaciones accesorias al precio mediante formularios en un contrato de crédito con tomadores independientes o industriales. Según el órgano jurisdiccional, el mandato de transparencia proporciona, en este tipo de estipulaciones, protección al consumidor privado, que carece de experiencia en la materia así como de relaciones profesionales o comerciales, permitiéndole recibir oportunidades de mercado adecuadas a sus intereses. Los criterios de aplicación de este control se deben ajustar al nivel de entendimiento del *“cliente medio”*. En el caso de personas que cierran un contrato de crédito en la rama de su actividad comercial y teniendo en cuenta, a través de los §§ 24 y 9 AGB, las costumbres y usos vigentes en el tráfico comercial, puede no haber vulneración del mandato. Así, en el supuesto de hecho, se concede un crédito para la construcción de viviendas a clientes que se dedican comercialmente a la construcción de viviendas y su financiación y que disponen, por ello, de la experiencia comercial y los conocimientos típicos (aunque del texto de la sentencia se desprende que no actúan como *“kaufleute”* en el supuesto concreto). En este caso sería superflua una aclaración o ilustración sobre conceptos tales como el aumento del tipo de interés real en una cláusula de liquidación de amortización. Por tanto, en este caso se deniega la protección a través del criterio de la transparencia material²²⁶.

Por su parte, el BGH, en su sentencia de 20 de julio de 2005²²⁷ declara la ineficacia de una cláusula contenida en un contrato mediante condiciones generales entre dos empresarios de la rama del automóvil, por no cumplir con los requisitos de transparencia material del § 307 BGB. Así, el demandado, un

²²² *Ibidem*, op. cit., pp. 373 – 374; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB”, EN J. STAUDINGER; K. D. ALBRECHT; B. CHRISTIAN (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Sellier de Gruyter, 2006, p. 312.

²²³ K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen...”, op. cit., p. 2139.

²²⁴ K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele...”, op. cit., pp. 3527 y ss.

²²⁵ KG Berlín 23. Zivilsenat 23 U 571/90.

²²⁶ “Werden (hier) Wohnungsbaudarlehen an Kunden vergeben, die zwar nicht kaufleute sind, die aber den Wohnungsbau und dessen Finanzierung geschäftsmäßig betreiben und damit typischerweise über geschäftliche Erfahrungen verfügen, die eine Aufklärung über die effektivzinssteigernde Wirkung einer Tilgungsverrechnungsklausel überflüssig machen, so ist für diesen Personenkreis bei der begotenen generellen Betrachtungsweise das vom Transparenzgebot vorausgesetzte Schutzbedürfnis zu verneinen”.

Aunque en la sentencia de 10 de julio de 1990 el BGH (BGH 11. Zivilsenat XI ZR 275/89), al hilo de una cláusula de cálculo de tipo de interés que resulta onerosa para el cliente en un contrato de préstamo anual, había dicho que, como medida para saber si una cláusula AGB no satisface los requisitos del mandato de transparencia material del § 9 AGB (actual § 307 BGB), no sirven las expectativas y posibilidades de conocimiento de la concreta parte contractual sino las expectativas y posibilidades de conocimiento de un cliente medio, atendiendo a las características del contrato típico en juego al momento del cierre del contrato. En el supuesto de la sentencia, el hecho de que la concreta parte contractual, a causa de su formación y de su profesión, tuviera conocimientos y posibilidades de entendimiento más amplias, permanece fuera de consideración.

²²⁷ BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 121/04.

distribuidor de automóviles y piezas de automóvil en una red de concesionarios oficiales de Alemania, utiliza contratos mediante formularios en los que hace referencia, de forma “telegráfica”, a los derechos de la parte adherente y a las obligaciones del predisponente bajo el concepto “*Kardinalpflichten*”. Argumenta el BGH que no se puede esperar que un comerciante medio conozca el contenido de este concepto, como profano en Derecho que es y que la normativa obliga a los usuarios de condiciones generales de la contratación a exponer de forma más clara y evidente los derechos y obligaciones de las partes contractuales. Esta resolución, conocida como la sentencia “*Kardinalpflichten*”, ha sido ampliamente comentada por la doctrina, que considera que “*ha impactado como una bomba en la práctica sobre cláusulas en contratos entre empresarios*”²²⁸ pues obliga a que, en virtud del principio de transparencia, una cláusula de exoneración de la responsabilidad haga referencia de forma descriptiva a la responsabilidad por vulneración de las “obligaciones cardinales”. Este hecho, que el Tribunal ve como un remedio para subsanar una explicación abstracta y deficiente del concepto comentado, se ha criticado por haber ido quizás demasiado lejos en la diferenciación, no sólo entre consumidor y empresario, sino incluso dentro este último grupo. Si bien hay que tener en cuenta las diferentes posibilidades de entendimiento del sujeto adherente, aún siendo empresario, la figura de las “obligaciones cardinales” está extendida en la práctica contractual empresarial alemana²²⁹. Parece, por tanto, que a partir de esta sentencia, no sólo obligaría el criterio de la transparencia material del § 307 I 2 BGB a formular las cláusulas de forma entendible sino también a señalar abiertamente las cargas y gravámenes asociados²³⁰.

Con matices en cuanto a la ineficacia de una cláusula, aborda el BGH varios aspectos del mandato de transparencia material en la sentencia de 18 de abril de 2007²³¹, al hilo de un contrato mediante condiciones generales entre un empresario de aceite mineral y el titular de una gasolinera, según el cual este último tiene que vender combustible y aceites para motores en la tienda que gestiona en la gasolinera sobre la base de un contrato de franquicia. Considera el Tribunal que ciertas especificaciones dentro de paréntesis en una cláusula sin que éstas sean claras o entendibles (referidas al cálculo de la facturación de los gastos variables), limitan su eficacia. El BGH confirma la decisión del Tribunal de instancia y concluye que las adiciones entre paréntesis no son transparentes aunque, considerando a la cláusula como divisible, declara la validez del resto de la disposición.

Por su parte, en la sentencia de 17 de octubre de 2013²³², el BGH, en un contrato de transporte entre empresarios sujeto a la ASB (“*Allgemeinen Stauereibedingungen*”²³³) y respecto de una cláusula que limita la responsabilidad imponiendo un máximo a la indemnización, no considera que adolezca de falta de transparencia del § 307 I 2 BGB. Por una parte, el contenido de la cláusula proviene de la ASB, regulación ampliamente conocida en el sector empresarial. Además, no puede entenderse que el concepto por el que se hace referencia a la unidad de carga en función de la que se calcula la indemnización -“*Ladeeinheit*” (“*EURO 5.000 pro Ladeeinheit (Container, Palette, Collo etc.)*”, reza la cláusula)- no está suficientemente aclarado mediante ejemplos ni sea determinado para un cliente medio empresario²³⁴.

Conociendo de un contrato mediante condiciones generales de alquiler de local de negocio en un centro comercial, en su sentencia de 10 de septiembre de 2014²³⁵ el BGH tiene la ocasión de pronunciarse acerca de la transparencia de ciertas cláusulas, con distinto resultado. Así, no es sorprendente ni vulnera el deber de transparencia del § 307 I 2 BGB, la cláusula por la que se prorratean los gastos

²²⁸ F. GRAF V. WESTPHALEN, “AGB-Recht im Jahr 2005”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 2006, p. 2232.

²²⁹ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 50, que hace una breve reseña de la sentencia (en español).

²³⁰ K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526 y ss.

²³¹ BGH Zivilsenat VIII ZR 117/06. Resolución comentada por F. GRAF V. WESTPHALEN, “AGB-Recht im Jahr 2005...”, op.cit., p. 2235; K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526, 3529.

²³² BGH Zivilsenat I ZR 226/12.

²³³ Condiciones generales de estibadores.

²³⁴ Del mismo modo, se niega que la cláusula de limitación de responsabilidad sea ineficaz por contrariedad con la cláusula general de la buena fe del § 307 I 1 BGB.

²³⁵ BGH Zivilsenat XII ZR 56/11.

de administración aunque no contenga ninguna limitación o cantidad máxima para esos gastos²³⁶. Por el contrario, sí deviene ineficaz por no ser transparente la imposición al arrendatario de la obligación de mantenimiento y reparación de las superficies e instalaciones comunes utilizadas, sin limitación de cantidad (ya que se trasladan al arrendatario costes que no se corresponden con el uso del alquiler y que no entran dentro de su “ámbito de riesgo”). Asimismo se considera contraria al § 307 I 2 BGB una cláusula del contrato de alquiler de local de comercio que no impone el desglose por separado de gastos adicionales a los gastos de administración.

b) *Indiztheorie* (§§ 308 y 309 BGB)

85. Como sabemos, de la lectura del § 310 I BGB se evidencia la intención del legislador alemán de extender el control de contenido a los contratos entre empresarios pero limitado a la cláusula general de buena fe, excluyendo expresamente la aplicación de los catálogos de cláusulas relativa y absolutamente prohibidas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB. Sin embargo, ya desde la AGBG, a pesar de que la voluntad legislativa caminaba en ese sentido, se ha mantenido un acuerdo amplio en la doctrina y la jurisprudencia²³⁷ acerca de una posible valoración de estas cláusulas también en la esfera de la contratación empresarial: parecía lógico pensar que ciertos acuerdos prohibidos en el tráfico con consumidores lo pudieran estar también en el seno de un contrato entre empresarios.

Así, el BGH elabora la llamada “Teoría de los Indicios” (“*Indiztheorie*”) según la cual, “*cayendo una cláusula dentro de las prohibiciones del § 11 AGB-Gesetz para los consumidores, esto es un indicio para entender que también en el caso de la contratación entre empresarios conlleva un desequilibrio inadecuado a menos que pueda ser considerado como proporcional a causa de los intereses y necesidades particulares del tráfico jurídico empresarial*”²³⁸. Efectivamente, las prohibiciones de los catálogos no pueden ser aplicadas ni de forma directa ni de forma análoga, dada la prohibición legislativa expresa, pero sí que sirven de base para una valoración paralela en la esfera comercial²³⁹.

Como razones que justifican esta aplicación, matizada, de las cláusulas prohibidas en el ámbito del consumo en el comercio entre empresarios, se ha señalado, por una parte, una función de desconges-

²³⁶ La jurisprudencia del BGH considera que no son sorprendentes las cláusulas de reparto de los gastos comerciales y técnicos de gestoría inmobiliaria y el mismo razonamiento aplica a los gastos de administración. Además, la cláusula no es sorprendente pues los costes pueden ser calculados y los derechos y obligaciones de las partes se muestran de forma clara y evidente.

²³⁷ Un resumen de sentencias del VII., VIII. y restantes *Senate* de los primeros años se puede encontrar en B. OHLENDORF, *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft GMB, 1988, pp. 33 y ss., 52 y ss. Mientras que en las primeras sentencia se apunta el razonamiento de la buena fe según el § 9 AGBG para fundamentar el examen de la proporcionalidad, se evoluciona en las siguientes al sustituir la afirmación de que los §§ 10 y 11 AGBG no tienen aplicación en la contratación entre empresarios por aquella otra en la que se alega que no tienen aplicación *directa*. A partir de este momento, en las sentencias ha ido en aumento la utilización de estos parágrafos hasta culminar con la fijación del así llamado efecto indiciario en el ámbito de la contratación empresarial.

Recordemos cómo en el Ordenamiento jurídico francés, en este sentido y aun con las diferencias que hay entre ambos regímenes, el Consejo Constitucional ha permitido a los Tribunales inspirarse en normas de consumo para la aplicación práctica del art. L. 442-6 I 2º del Código de comercio.

²³⁸ BGH VII. Zivilsenat 8 de marzo de 1984, a modo de ejemplo. En la más moderna sentencia del BGH de 10 de septiembre de 2014 (BGH Zivilsenat XII ZR 56/11), en el mismo sentido, el Tribunal incide sobre el hecho de que las listas de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas para consumidores no son de aplicación a los contratos entre empresarios (en el caso concreto, se trataba del § 308 5 BGB, “declaraciones ficticias”), sobre la necesidad de tener en cuenta los usos y costumbres en el tráfico mercantil para este tipo de contratos pero también sobre el efecto indiciario que para la ineficacia de una cláusula incluso en contratos entre empresarios pueden tener las cláusulas prohibidas con consumidores.

²³⁹ D. RABE, “Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 1987, pp. 1980 y ss.; F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op. cit., pp. 43 y ss.; H. MERKEL, “AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen”, en M. HABERSACK; H. U. JOERES; A. KRÄMER, *Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe*, Köln, RWS, 2009, pp. 142 y ss.; H. LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen...*, op. cit., pp. 148 y ss.; R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, München, Beck, 1991, pp. 23 y ss.; E. M. KIENINGER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., pp. 1151 – 1152; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 352; J. DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 417 y ss.; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., pp. 217 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 38 y ss.

ción, en la medida en que los §§ 308 y 309 AGBG concretan la cláusula general de buena fe aportando el legislador, mediante estos casos concretos, una serie de directrices para el tráfico jurídico. Esto da lugar a otro argumento para tener en cuenta los catálogos de prohibiciones: aumenta la claridad y seguridad jurídica. Así, el §309 BGB (“lista negra”) supone anticiparse a la declaración de ineficacia de una cláusula en una sentencia mediante una valoración del legislador que hace innecesario un ulterior examen. Por su parte, el § 308 BGB (“lista gris”) tan sólo recoge los riesgos típicos de los contratos y enjuicia desproporcionadamente pero no exime por completo de una valoración judicial de la cláusula en cuestión²⁴⁰.

86. Una cláusula mediante la que se reduce el plazo del servicio de garantía en un contrato de obra entre empresarios que actúan en la explotación de su actividad y que tiene por objeto el encargo de la construcción de dos tanques, puede ser ineficaz en este contexto de igual modo que lo sería en un contrato con consumidores, tal y como afirma el BGH en su sentencia de 8 de marzo de 1984²⁴¹. Mientras que en el último caso sería de aplicación directa el § 11.10.f AGBG, en el supuesto de hecho, la cláusula que reduce el plazo de garantía a dos años, en lugar de los cinco establecidos para este tipo de contratos, causa un desequilibrio inadecuado contrario a la buena fe, lo que implicaría su ineficacia según lo dispuesto en el § 9 AGBG (actual § 307 BGB).

En un contrato entre un productor de materiales de construcción químicos y un laboratorio que lleva a cabo labores de investigación y desarrollo en relación con construcciones y obras, mediante el cual el segundo se obliga a desarrollar un sellador elástico, entiende el BGH, en su sentencia de 11 de noviembre de 1992²⁴², que no pasa el control de contenido del § 9 AGBG una cláusula que excluye de forma desproporcionada la responsabilidad del predisponente limitando la cantidad a reclamar en el caso de vulneración de obligaciones esenciales del contrato. La exclusión de responsabilidad por negligencia leve estaría, en principio, permitida por el § 11.7 AGBG pero este juicio torna en lo contrario si, como es el caso, las obligaciones esenciales que se desprenden de la naturaleza del contrato y en cuyo cumplimiento confía o ha podido confiar la otra parte contractual, están tan limitadas que la consecución del objetivo del contrato está en peligro, como sucede si la cuantía máxima a reclamar por responsabilidad impuesta a la parte adherente ni siquiera cubre los daños previsibles según la tipología del contrato.

En el caso de la sentencia del BGH de 25 de octubre de 1995²⁴³, se enjuicia el contenido de las condiciones del servicio de garantía en un contrato de suministro de neumáticos. Entiende el Tribunal que contravienen el § 9 AGBG las cláusulas impuestas por el fabricante de las ruedas según las cuales se restringe el derecho a la garantía del producto suministrado tanto en lo que a sujetos que pueden reclamar se refiere como en lo que respecta a los bienes sobre los que se puede reclamar y las formalidades que deben seguirse para ello, sin que se haga cargo el productor, además, de cualquier coste administrativo que conlleve la prestación del servicio de garantía. Este traslado de costes del productor al comerciante -que será el tenga que asumir el servicio de garantía- genera un desequilibrio desproporcionado, que en la contratación con consumidores estaría sancionado de forma directa con la ineficacia en base al §11.10.c AGBG, hecho que se podría tomar como un indicio para declarar ineficaces estas disposiciones, a la vista del caso concreto, según la cláusula general aplicable a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios.

La resolución de LG Itzehoe de 21 de mayo de 2002²⁴⁴, por su parte, tiene por objeto un contrato de asesoramiento celebrado entre empresarios en el cual se introduce una cláusula mediante la que se prolonga la duración del mismo de forma tácita por tres años. Entiende el órgano jurisdiccional que, aunque las prohibiciones del catálogo de cláusulas contenido en el § 11 AGBG no son de aplicación directa a la contratación entre empresarios, sí que constituye la lesión contra dicho precepto un síntoma para declarar la ineficacia de la cláusula en este tipo de contratos en virtud del § 9 AGBG.

Aplica el BGH también la *Indiztheorie* en su sentencia de 3 de febrero de 2005²⁴⁵ para declarar ineficaz una cláusula contenida en un contrato de encomienda de supervisión de cuentas mediante condi-

²⁴⁰ R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. 23 y ss.

²⁴¹ BGH 7. Zivilsenat VII ZR 349/82.

²⁴² BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 238/81.

²⁴³ BGH 8. Zivilsenat, VIII ZR 258/94.

²⁴⁴ LG Itzehoe 1. Zivilkammer, 1 S 285/01.

²⁴⁵ BGH 3. Zivilsenat III ZR 268/04.

ciones generales predisuestas por una agencia de cobros, según la cual ésta se arroga el derecho de, en el caso de rescisión del contrato, exigir la totalidad de la remuneración con independencia de que se haya llevado a cabo la prestación. Esta disposición, que entraría en las prohibiciones del § 10.7.a AGBG en la contratación con consumidores, puede suponer también entre empresarios un desequilibrio inadecuado que haga que la misma no pase el test de la buena fe del § 307 BGB.

También declara el BGH la ineficacia de una cláusula en un contrato entre profesionales, en su sentencia de 19 de septiembre de 2007²⁴⁶. La cláusula en cuestión está incluida en un contrato de venta de coches usados y hace referencia a una auto-exclusión de responsabilidad por parte del predisponente en la medida en que se exime el mismo de la responsabilidad que se pudiera generar por daños corporales y de salud así como por otros daños por culpa grave. Esta cláusula, que estaría prohibida sin posibilidad de valoración (§§ 309.7.a y b BGB) en el caso de que el contrato se hubiera celebrado con un consumidor, también es ineficaz en el tráfico entre empresarios ya que genera el desequilibrio inadecuado al que hace referencia el § 307 BGB, a menos que, tal y como afirma el Tribunal, de forma excepcional, pudiera ser apreciada como adecuada a causa de los intereses relevantes y las necesidades del tráfico jurídico empresarial.

Por último, en la sentencia de 29 de octubre de 2008²⁴⁷, el BGH sanciona con la ineficacia dos cláusulas sobre rescisión de un contrato de *leasing* financiero celebrado entre empresarios que tiene por objeto la puesta a disposición, adaptación e implementación de un software especializado. Dichas cláusulas permiten al predisponente –sociedad de leasing– rescindir el contrato en el caso de que el objeto no haya sido desarrollado al cumplirse el plazo acordado, no haya sido recibido por los clientes o de que, antes de cualquiera de estas dos situaciones, haya fracasado, con independencia de las causas. Además, en el caso de rescisión del contrato la sociedad de *leasing* está autorizada para ofrecer a los clientes a precio de coste todos los servicios llevados a cabo hasta el momento de la rescisión que no estén contenidos en un nivel de desarrollo adecuado para el cliente. Aunque en la contratación entre empresarios el derecho de rescisión del contrato está en mayor medida permitido, éste debe basarse en una razón objetivamente justificada. Al no existir ésta, las cláusulas pueden ser declaradas ineficaces según el control del contenido recogido en el § 307 BGB.

87. Estas vías de comunicación entre las normas aplicables para proteger a los consumidores, por una parte, y las disposiciones que son de aplicación al tráfico comercial, por otra, presentan, sin embargo, una ventaja añadida: evitar la creación de un derecho de control especial para comerciantes que se diferencia del de los consumidores. Así, una separación excesiva de la normativa sobre eficacia jurídica de las condiciones generales de la contratación en el tráfico entre empresarios y el tráfico con consumidores es indeseable puesto que, en todo caso, el fundamento del control es igual en ambos casos y las prohibiciones de los §§ 308 y 309 BGB constituyen una simple concretización de motivos de ineficacia comunes²⁴⁸.

88. Pero, sin dejar de lado esta idea común que subyace en el control de ambos tipos de contratos, tampoco podemos caer en el extremo contrario: una aplicación generalizada de los catálogos de cláusulas prohibidas en la contratación comercial. En esta línea, a pesar de los aspectos positivos que se derivan del efecto indiciario expuesto, hay una corriente contraria a la aplicación general de los §§ 308 y 309 BGB, esto es, a afirmar que una cláusula es automáticamente contraria a la cláusula general de la buena fe en un contrato entre empresarios porque así lo sea en el ámbito de los consumidores. Un abuso del efecto indiciario conllevaría una excesiva equiparación en el control de las condiciones generales de la contratación entre los dos tipos de adherentes²⁴⁹.

²⁴⁶ BGH VIII ZR 141/06, comentada por K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB, unternehmerischer Geschäftsverkehr, Indizwirkung der Klauselkataloge, Haftungsbeschränkungen”, *EWiR*, 24. Jahrg., 11. Januar 2008, pp. 169 – 170.

²⁴⁷ BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 258/07.

²⁴⁸ Señalado por *ibidem*, op.cit., pp. 25 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 35 y ss.

²⁴⁹ Señalado por R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. 31 y ss.; J. DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB...”, op. cit., 417 y ss.; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 218; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 44 – 45.

89. La alternativa al efecto indiciario global sería, así, un “traspaso” selectivo de aquellas disposiciones que se revelen como útiles en la esfera comercial en función de los propios objetivos de la protección y los intereses particulares²⁵⁰. A través de esta selección de las cláusulas prohibidas se limita el riesgo anteriormente perfilado de un control de contenido entre empresarios demasiado estricto: no se puede perder de vista que las necesidades de concreción legislativa y de seguridad jurídica no son tan esenciales en la contratación entre empresarios como en el tráfico con consumidores²⁵¹.

90. Para llevar a cabo un estudio acerca de la adecuación de cada norma prohibitiva a la esfera comercial es decisiva la interpretación de estas cláusulas según las peculiaridades del ámbito de destino de la normativa. Volvería a cobrar importancia aquí, una vez más, el mandato del § 310 I 2 BGB, según el cual “*se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”. Estas variables, los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”, sirven al juzgador como medidores para la apreciación de la desproporcionalidad o inadecuación del desequilibrio de los derechos y obligaciones de tal modo que una conducta empleada de forma generalizada durante un largo período de tiempo como costumbre comercial en el tráfico empresarial, si no desplaza los cánones de valoración legales, tiene la presunción de proporcionalidad²⁵².

En la sentencia de 9 de marzo de 2006 entiende el OLG München²⁵³, a favor del fabricante (apellante), que no existe ningún uso mercantil en el ámbito del comercio con soportes acústicos y visuales a través de software según el cual sea costumbre que el fabricante conceda al mayorista un derecho de retorno ilimitado del cien por cien. Por lo tanto, un acuerdo acerca de un derecho de retorno de este tipo en la contratación mediante condiciones generales a favor del mayorista supone un desequilibrio desproporcionado en el sentido del § 9 AGBG, siendo la cláusula ineficaz.

C) ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?

91. No podemos cerrar este apartado dedicado al marco normativo alemán en materia de condiciones generales de la contratación sin hacer una advertencia respecto de algunos signos actuales de preocupación y/o contrariedad en lo concerniente al control de este tipo de contratos en el tráfico empresarial. Efectivamente, como ya dejábamos apuntado, algunas voces en la doctrina han evidenciado desde hace algunos años la existencia de un estado de crítica creciente hacia la aplicación que hacen los Tribunales alemanes del control de contenido en los contratos mercantiles²⁵⁴. Estos autores han puesto de manifiesto una tendencia jurisprudencial a, por una parte, endurecer el requisito de negociación (“*Aushandeln*”) del § 305.1 *in fine* BGB –que excluiría la aplicación del régimen de control– y, por otra, a trasladar los criterios concebidos para los consumidores al ámbito mercantil pero dejando fuera la valoración sobre la cualidad del adherente y, saltándose a veces el mandato jurídico de diferenciación contenido en el § 310.1 BGB, que supone el reconocimiento de que existen unas necesidades de protección también diferentes²⁵⁵. Con este modo de proceder, los contratos mercantiles se ven sujetos a unos

²⁵⁰ En 1989, F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op. cit., p. 46, afirma, a la vista de la jurisprudencia del BGH que las cláusulas que podían tener más influencia en el tráfico empresarial mediante este alcance indirecto, eran las prohibiciones recogidas en el §10.4 (facultades de modificación), § 11.2b (excepción de incumplimiento); § 11.3 (prohibición de compensación); § 11.4 (interpelación, fijación de plazo); § 11.5b (reclamaciones a tanto alzado de daños); §§ 11.10b, c y f (garantía); § 11.13 (novación subjetiva) y § 11.15a (carga de la prueba).

²⁵¹ Acerca de esta preselección de cláusulas prohibidas, ver R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. pp. 35 y ss.; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 352.

²⁵² M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 355.

²⁵³ OLG München NJOZ 2006.

²⁵⁴ Al respect, vide K. P. BERGER, “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8, Februar 2010, pp. 465 – 470; L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen...”, op. cit., pp. 875 – 884; F. BECKER, “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht”, *Juristenzeitung*, 22, November 2010, pp. 1098 – 1106; A. KOLLMANN, “AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, Mai 2011, pp. 1324 – 1325.

²⁵⁵ K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 465. Señala el autor que algunos resultados consecuencia del traslado de criterios desde el ámbito de consumo resultan inaceptables.

criterios más severos de los que correspondería de tal modo que cláusulas importantes para el cálculo de los costes y riesgos y que son usuales en la práctica empresarial –como limitaciones de garantía o cláusulas penales- son vistas siempre como condiciones generales e ineficaces. Se ha llegado a apuntar que, al final, solo desviaciones marginales respecto del Derecho dispositivo son posibles²⁵⁶.

92. Dentro de los argumentos de este movimiento crítico se añade uno más que está en relación con los contratos transfronterizos y la “competencia” entre ordenamientos jurídicos. Y es que pudiera ser que el Ordenamiento jurídico alemán perdiera atractivo como régimen a elegir en este tipo de contratos –que, por otra parte, suelen ser de una cierta entidad- a favor de otros más liberales en los que no existiera un control de contenido para los contratos entre profesionales²⁵⁷. A su juicio, una reforma podría tener un efecto positivo que no debería ser subestimado²⁵⁸.

Y es que algunos autores consideran que la necesaria relajación del control de contenido en los contratos entre empresarios no pasa tanto por una flexibilización o reorientación de la jurisprudencia como, directamente, por una reforma legal. Que sea el legislador el que gestione el cambio a través de ciertas modificaciones, proponen, de los § 305.1 y 310.1 BGB, modificaciones que, en todo caso, se limitaran a los contratos mercantiles sin afectar, ni directa ni indirectamente, al resto²⁵⁹. El objetivo es alejar las equiparaciones excesivas entre contratos entre empresarios y contratos con consumidores, endurecer las diferencias y relajar, por el contrario, los rígidos criterios que han venido aplicando en ocasiones los Tribunales. Las propuestas que se hacen pasan, entre otras, por añadir en una cuarta frase en el § 310.1 BGB que introdujera una referencia más expresa y vinculante al “hecho diferencial del tráfico comercial entre empresarios”²⁶⁰ o fijar una barrera cuantitativa, por encima de la cual se considerara a un contrato como de gran volumen y, por tanto, no susceptible de ser controlado²⁶¹.

93. En todo caso, y por encima de posibles ajustes -en su caso- necesarios, el modelo alemán de control de las condiciones generales de la contratación, estructurado, como hemos tenido ocasión de estudiar, en torno a un cláusula general que permite graduar la intensidad de la tutela en función de los sujetos y de las circunstancias del caso concreto, ha sido y es un ejemplo en la protección al empresario como parte adherente y, como tal, ha inspirado a otros ordenamientos jurídicos²⁶², entre los que destacaremos, por dar un paso más y ofrecer la máxima protección, el sistema portugués.

²⁵⁶ L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876.

²⁵⁷ K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466; L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876; A. KOLLMANN, “AGB: Nicht nur theoretische...”, op. cit., p. 1324.

²⁵⁸ K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466. No limitado a los contratos transfronterizos sino en general, acusa el autor otro problema estructural de la jurisprudencia alemana y es el hecho de que la mayor parte de los casos de los que se ocupa el BGH provienen sobre todo de contratos industriales de alquiler, compra de coches nuevos, compra de materiales de construcción y otros negocios cotidianos y usuales. Por el contrario, dice el autor, no se dan prácticamente casos de contratos complejos de compra de empresas, instalaciones comerciales u otros contratos de suministro o crédito empresarial. El Derecho alemán se ve, así, como un Derecho para “consumidores, compradores de automóviles usados o alquiler de pisos” y no, como el inglés, como un Derecho “para la gente de negocios” (pp. 465 – 466).

²⁵⁹ Al respecto, señalan K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., pp. 466 - 467 y L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876, la existencia de dos iniciativas: “Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts” (Iniciativa para el desarrollo del Derecho de las condiciones generales) y “Law Made in Germany” (www.agb-recht-initiative.de).

²⁶⁰ K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 469, apuesta por incluir en el referido párrafo que en el comercio mercantil hay que atender a los usos y costumbres vigentes así como a la práctica en el tráfico negocial entre empresarios, especialmente los que determinen, en comparación con los consumidores, unas necesidades inferiores de protección (es lo que el autor denomina “die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs”).

²⁶¹ F. BECKER, “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle...”, op. cit., p. 1106, con una perspectiva más desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, aboga por fijar un límite económico, sobrepasado el cual, no tuviera aplicación el control de contenido. En estos casos, por el gran volumen del contrato, señala el autor que merecería la pena para el adherente invertir en conocer todas las condiciones generales y no solo los elementos esenciales del contrato –precio y prestación- y que, además, también determinados elementos estarían controlados a través de la competencia. BECKER fija ese límite en 500.000 euros.

²⁶² También la regulación holandesa, aunque en menor medida que la portuguesa, está inspirada por la normativa alemana. El nuevo Código civil holandés de 1 de enero de 1992, “Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek”, de igual modo que el alemán a partir de la ya estudiada reforma de 2002, recoge en su clausulado la regulación de las condiciones generales de la contratación (“algemene voorwaarden”), reservando a tal efecto los artículos 6:231 a 6:247 del mismo. Según el artículo 6:233.a NBW, una cláusula contenida en un contrato de condiciones generales “es anulable [...] si, tomando en cuenta la naturaleza y el contenido restante del contrato, la manera en que se hayan formado las condiciones, los mutuos intereses conocibles de las

5. Protección en el ordenamiento jurídico portugués

A) Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor

94. Como ya se ha adelantado, precisamente por una clara influencia de la AGB-Gesetz, de 9 de diciembre de 1976, se dicta en Portugal el Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre, regulador del “*regime das cláusulas contratuais gerais*”. Así, la norma alemana constituye un modelo directo de la normativa que introduce esta disciplina en el ordenamiento jurídico portugués con múltiples similitudes, como tendremos ocasión de apreciar a lo largo del análisis de la protección que se le otorga al empresario adherente en Portugal²⁶³.

Esta norma de 1985, que recoge las demandas de la doctrina acerca de la necesidad de una legislación propia para los contratos de adhesión²⁶⁴, tiene un carácter muy avanzado. De ahí que las

partes y las demás circunstancias del caso, es irrazonablemente gravosa para la parte contraria o si el usuario no ofreció a la parte contraria una posibilidad razonable de tomar conocimiento de las condiciones generales” (traducción tomada de J. VAN REIGERSBERG, *Derecho patrimonial neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996). En esta cláusula se hace referencia, por una parte, a un control de contenido en base a que la cláusula sea “irrazonablemente onerosa” (“*onredelijk bezwarend*”) -sin basar el control en una cláusula general de la buena fe- y se puede identificar una exigencia de transparencia en el segundo apartado del artículo 6: 233. Es aplicable este control no sólo a contratos con consumidores sino también a personas jurídicas y otras partes aunque actúen en el curso de sus negocios o profesión, aunque a éstas últimas no les son de aplicación -directa- las listas de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas de los artículos 6:236 – 6: 238 NBW. La peculiaridad se establece en la limitación en el ámbito subjetivo: aunque el control no se restringe a los consumidores, la normativa holandesa exige una serie de requisitos para la tutela del profesional adherente: según el artículo 6: 235.1 NBW, las causas de anulación anteriormente citadas no pueden ser invocadas por “*a. una persona jurídica referida en el artículo 360 del Libro 2 (sociedad de capital), la que en el tiempo de la celebración del contrato haya hecho pública últimamente su cuenta anual [...]; b. una parte [...] si en el momento antes mencionado están trabajando con ella cincuenta o más personas...*”. El ordenamiento jurídico holandés, por tanto, tiene en cuenta el tamaño de la parte contratante adherente, relacionado, parece, con su poder de negociación, para aplicar la protección.

Llama la atención, asimismo, lo dispuesto en el artículo 6:244, que recoge una previsión específica para, en principio, la relación de distribución entre mayorista y minorista. Con este artículo (comentario disponible en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>) se pretende proteger al minorista que ha visto cómo una o varias de las cláusulas insertas en el contrato mediante condiciones generales que ha usado con sus clientes consumidores han sido declaradas nulas, estando él mismo obligado por las mismas o similares estipulaciones (v. gr., limitativas o excluyentes de responsabilidad) en su relación contractual predispuesta por el mayorista o proveedor. Dado que el minorista simplemente revende los productos que ha obtenido del proveedor, sería injusto si el consumidor pudiera obtener resarcimiento por parte del minorista de un daño causado por un defecto en dichos bienes mientras que éste no podría reclamar lo mismo del proveedor, teniendo en cuenta que el minorista, como no consumidor, no tiene el mismo nivel de protección. No sería razonable, dada la conexión entre ambos contratos, que el proveedor en el eslabón anterior de la cadena de distribución pudiera invocar frente al minorista una cláusula que le ha “forzado” a aceptar y que ha sido declarada nula en una relación de consumo. Sin embargo, hay que destacar que, a pesar de la referencia a “proveedor”, “minorista” y “consumidor”, el ámbito del artículo 6:244 no está limitado a esta parte de la cadena de distribución sino que es de aplicación también a las relaciones contractuales previas en dicha cadena. Esta regulación nos recuerda claramente al también contenido en el Código civil italiano “*diritto di regresso*” (art. 1469 quinquies, 4º), que tiene por objeto proteger a la parte débil de la cadena de distribución. Sin embargo, y a nuestro juicio más acertadamente, la norma holandesa no habla de reclamar compensaciones por los daños sufridos sino que directamente imposibilita que el empresario en el eslabón anterior pueda invocar la misma cláusula declarada nula en un contrato de consumo, es decir, priva de efectos a la cláusula.

Sobre el ordenamiento jurídico holandés y el control de condiciones generales, ver K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 31 – 33. Sobre el nuevo Código civil neerlandés, ver también A. S. HARTKAMP, “Chapter 8, Law of obligations”, en M. J. CHORUS; P. H. M. GERVER; E. H. HONDIUS (ed.), *Introduction to Dutch Law*, 4º ed., Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2006, pp. 135 – 162; M. W. HESSENLINK, “The ideal of codification...”, op. cit., 2006, pp. 39 – 70. Una traducción del nuevo Código civil neerlandés al inglés y francés en P. P. C. HAANAPPEL; E. MACRAAY, *New Netherlands Civil Code/ Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial/ Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht*, Patrimonial Law, Deventer, Kluwer Law, 1990, 476 p.

²⁶³ En el Preámbulo de la norma se apunta esta idea: “*Na elaboração deste diploma atendeu-se aos precedentes estrangeiros, que se multiplicam, assim como aos ensinamentos colhidos da aplicação e da crítica de tais experiências*”. Acerca de la influencia alemana en materia de condiciones generales de la contratación en el ordenamiento jurídico portugués y una comparativa entre ambas regulaciones, M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año 29, 1988, pp. 109 y ss.; A. VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10 ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 258 – 259; A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *RDM*, núm. 219, enero-marzo 1996, p. 85.

²⁶⁴ Sobre la situación previa al pronunciamiento de la ley en Portugal, ver C. A. MOTA PINTO, “Contratos de adesão, Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *Revista de Direito e de estudos sociais*, año 20, abril – dezembro 1973, pp. 119 – 148. Años antes del nacimiento de una regulación sobre la materia, el autor llama la atención acerca de la necesidad de

dos reformas sufridas con posterioridad en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores como consecuencia de la necesaria adaptación a la Directiva 93/13/CEE²⁶⁵, hayan sido de escasa entidad al ser la ley portuguesa más exigente y rigurosa que la propia norma comunitaria.

95. Al hilo de la figura del consumidor y dentro del ámbito de la protección a los contratantes, debemos hacer referencia, junto a la mencionada Ley sobre cláusulas contractuales generales, a la Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, sustituida por la Lei n.º 24/96, de 31 de julio, Ley de Defesa do Consumidor, por medio de la cual se desarrolla el deber constitucional de tutela al consumidor²⁶⁶, recogido en el artículo 60 de la Constitución portuguesa²⁶⁷. Dado que el ámbito de aplicación de esta Ley se restringe, según se desprende del artículo 2 de la misma, a los contratos celebrados con consumidores, no afecta al objeto de este estudio la noción de cláusula abusiva que incorpora, en el sentido de la normativa comunitaria²⁶⁸. En cualquier caso, es significativo señalar que la propia Ley de Defesa del Consumidor, para determinar los efectos de la inobservancia de la prohibición de cláusulas que originen un significativo desequilibrio en detrimento del consumidor, remite al régimen de las cláusulas contractuales generales²⁶⁹, norma en la que vamos a centrar el resto del análisis.

B) Protección al empresario adherente: LCCG

96. La *Lei de cláusulas contratuais gerais* de 1985 otorga una protección muy elevada a los empresarios cuando contratan con otros empresarios puesto que el ámbito subjetivo de aplicación de la misma no se restringe tan sólo a los contratos con consumidores sino también a los celebrados entre empresarios.

97. Por una parte, el artículo 1.º, al señalar lo que podríamos denominar como rasgos definitorios de las cláusulas contractuales generales, hace referencia a las partes intervinientes de forma genérica como “*proponente*” y “*destinatario*”²⁷⁰, menciones que se repiten a lo largo de todo el texto, junto con la también genérica “*adherente*”²⁷¹. Pero ya de forma evidente los artículos 17, 18 y 19 de la ley, sin perjui-

dar respuesta mediante una “*legislação própria*” al problema de protección de la parte más débil respecto a las cuestiones que se plantean especialmente en la contratación por adhesión (p. 144).

²⁶⁵ La primera, mediante el Decreto-Ley n.º 20/95, de 31 de enero, llevó a cabo ciertas adaptaciones como la creación de un Registro, la modificación de las listas de cláusulas prohibidas o la carga de la prueba respecto de la negociación previa de una cláusula contractual. La segunda transposición, llevada a cabo por el Decreto-Ley n.º 249/99, de 7 de julio, tuvo como objetivo la inclusión del apartado 2º en el artículo 1º de la Ley, incluyendo dentro del ámbito de aplicación de la misma los contratos individualizados y dando cumplimiento, así, al imperativo comunitario. Sobre el proceso de transposición de la Directiva en el ordenamiento interno portugués, A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 30 – 43.

²⁶⁶ Según el artículo 2.1 de la Ley 24/96, de 31 de julio, se vincula al consumidor con un uso no profesional de los bienes o servicios que recibe (se considera consumidor a “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, serviços ou transmitidos quaisquer directos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”). Sobre la protección del consumidor en Portugal, A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 79 y ss.

²⁶⁷ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3º ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 653; A. VARELA, *Das obrigações...*, op. cit., pp. 260 y ss.

²⁶⁸ Artigo 9º: “*Direito à protecção dos interesses económicos: 1. O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. 2. Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À relação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*”.

²⁶⁹ Artigo 9.3: “*A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais*”.

²⁷⁰ Artigo 1º: “*1. As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma. 2. O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar. 3. O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo*”.

²⁷¹ Como ejemplos, artículo 5.1: “*As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las*”, artículo 11.2: “*Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente*”; artículo

cio de la aplicación de otras normas de control²⁷², están específicamente destinados a regir las relaciones entre empresarios mediante la utilización de cláusulas contractuales predispuestas. Así, en virtud del artículo 17, dentro de la Sección II (Relaciones entre empresarios o entidades equiparadas),

“en las relaciones entre empresarios o los que ejerzan profesiones liberales, individuales o colectivos, o entre unos y otros, cuando intervengan sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica, se aplican las prohibiciones de esta sección y de la anterior”.

Por lo tanto, a diferencia de las menciones que se realizan en otros ordenamientos, como el ya comentado confuso término francés *“non-professionnel”*, la alusión a *“empresario o entidad equiparada”* que recoge el artículo 17 de la norma portuguesa elimina toda posibilidad de establecer una semejanza y pensar que nos encontramos ante una norma que tutela a los empresarios cuando contratan fuera de su campo de actividad comercial. Lejos de eso, como hemos visto, el artículo da cobertura específicamente a aquellas situaciones en las que *“intervengan sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica”*. Es decir, los sujetos protegidos serían los empresarios o profesionales liberales que contratan dentro de su campo de conocimiento.

98. El Decreto-Legislativo nº 446/85 no es, por lo tanto, una ley de protección puramente al consumidor en la medida en que el legislador portugués prescinde de cualquier criterio personal, definiendo el ámbito de aplicación en relación con una situación y no con la persona: así, el adherente puede ser un empresario, un profesional liberal o un consumidor final, sin que sea relevante, en un primer momento, para la aplicación de la normativa²⁷³.

99. A la vista de que el ordenamiento portugués sí que otorga una protección expresa al empresario adherente, pasaremos a analizar la intensidad de dicha tutela y las normas a través de las cuales se administra.

100. Los artículos 4 a 9 de la Ley nº 446/85, que conforman el Capítulo II, recogen las reglas relativas a la inclusión de las cláusulas contractuales generales en los contratos, disponiendo el primero de ellos que éstas se incluyen en los contratos singulares por la aceptación. Esta aceptación deberá entenderse hecha *“com observância”* de la obligación de comunicación íntegra a los adherentes de forma adecuada y con la antelación necesaria para su conocimiento completo y efectivo (artículo 5²⁷⁴), la obligación de información y aclaración de todos los aspectos razonablemente solicitados (artículo 6²⁷⁵) así como la preferencia de las cláusulas específicamente acordadas sobre cualesquiera generales (artículo

13.1: *“O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas”.*

²⁷² Haciendo referencia a las limitaciones generales a la libertad de fijación del contenido del contrato, mediante la *moral pública*, las *bons costumes* o la *boa fé*, A. VARELA, *Das obrigações...*, op. cit., pp. 247 – 251.

²⁷³ J. SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, pp. 183 – 184. En el mismo sentido, L. R. LEITE CONVERTI, “Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell’esperienza occidentale nel settore della tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, nº 4, luglio – agosto 1988, p. 95.

A pesar de la influencia de la normativa alemana, en algunos aspectos difiere de ella. En la regulación portuguesa, como veremos, está menos marcada la diferencia de regímenes siendo el ámbito de aplicación más amplio puesto que no sólo se le aplica a los contratos entre empresarios el control de contenido, sino que también se les protege con un control de incorporación a través de los mismos preceptos que van dirigidos a los consumidores. Incluso dentro del ámbito del control de contenido, los profesionales no se ven tutelados sólo por una cláusula general: existen catálogos de disposiciones relativa y absolutamente prohibidas aplicables únicamente a este tipo de contratación.

²⁷⁴ Artigo 5: *“1. As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las. 2. A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comun diligência. 3. O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”.*

²⁷⁵ Artigo 6: *“1. O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja esclarecimento se justifique. 2. Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis-solicitados”.*

7²⁷⁶), entendiéndose excluidas, según el artículo 8, aquellas cláusulas que no cumplan con estas obligaciones, entre otras²⁷⁷.

101. Este control de incorporación es completado con una serie de reglas de interpretación e integración de las cláusulas (artículos 10 y 11²⁷⁸) y por un control de contenido que combina dos criterios: un principio general de buena fe seguido de dos elencos de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas. Este sistema mixto, de inspiración claramente germana, coordina la adecuación y ductilidad propias de una cláusula general con la certeza y seguridad garantizadas por aquellas previsiones más concretas²⁷⁹.

102. Respecto al primero, el artículo 15 de la Ley recoge la prohibición de las “*cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé*”²⁸⁰. Para facilitar la aplicación de esta norma general el legislador aporta dos criterios: por una parte, la confianza suscitada entre las partes – especificando, a su vez, los factores más importantes a tener en cuenta para interpretar la confianza legítima sustentada en la buena fe objetiva: confianza suscitada por el sentido global de las cláusulas, por el proceso de formación del contrato singular celebrado o el tenor de éste y atendiendo a cualquier otro elemento relevante-; por otra, el objetivo que las partes pretenden conseguir a través del negocio²⁸¹. En cualquier caso, y a pesar de que necesariamente la concretización de la buena fe debe ser realizada por el operador jurídico caso por caso, la remisión que el artículo 16 realiza a la ponderación de los “*valores fundamentais do direito*” implica que la solución no debe atender solamente a las características del caso concreto en la medida en que estos valores fundamentales del derecho corresponden a elementos genéricos en abstracto²⁸².

103. Como se había apuntado, este criterio general se complementa con una serie de listados de cláusulas que, a modo ejemplificativo, contienen estipulaciones contractuales que violan el principio de la buena fe²⁸³. En este punto se aparta el legislador portugués de la AGB-Gesetz alemana, caracterizándose por un afán de reglamentación llevado al extremo. Mientras que en la ley alemana, como se ha visto,

²⁷⁶ Artigo 7: “*As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes*”.

²⁷⁷ Artigo 8: “*Consideram-se excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a uma contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes*”.

²⁷⁸ El artículo 10 recoge el principio general, según el cual “*as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluem*”. Por su parte, el artículo 11 regula las cláusulas ambiguas, que tendrán “*o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real*”, prevalenciando, en caso de duda “*o sentido mais favorável ao aderente*”. Es decir, la regla *contra proferentem*.

²⁷⁹ J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, DL n. 44/85, de 25 de Outubro, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 4.

²⁸⁰ Ya antes de la norma algunos autores asentaban un necesario control de contenido de los contratos mediante condiciones generales sobre la buena fe -así como el orden público- (A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 382).

²⁸¹ Artigo 16: “*Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em FACE da situação considerada, e, especialmente: a) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado*”.

²⁸² M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de outubro, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 39 – 41; A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 69 y ss. Acerca de la buena fe ver también M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 93 – 94; L. R. LEITE CONVERTI, “Il decreto-legge portoghese n. 446/85...”, op. cit., pp. 98 – 99.

²⁸³ En cualquier caso, y recalando el carácter no cerrado de los catálogos de cláusulas, es posible la aplicación directa del principio de buena fe, pudiendo ser consideradas como ineficaces cláusulas que no figuran expresamente en la lista, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 6. Acerca del catálogo de prohibiciones, ver también A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 75 y ss.

existen dos catálogos de cláusulas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB, en función de la posibilidad de valoración o la declaración de ineficacia de forma de directa de las mismas -aunque todas ellas aplicables de forma exclusiva al consumidor-, los artículos 18, 19, 21 y 22 de la Ley nº 446/85, sobre *cláusulas contratuais gerais* recogen cuatro grupos de normas en función del modo de prohibición y del ámbito subjetivo de aplicación: los artículos 18 y 19 resultan de aplicación a los contratos entre empresarios mientras que los artículos 21 y 22 son específicos para los consumidores²⁸⁴. Como decíamos, las disposiciones correspondientes a las relaciones entre “*empresários ou as que exerçam profissões liberais, singulares o colectivos, ou entre uns e outros*” son las contenidas en los artículos 18 y 19 de la Ley, estando dedicado el primero a las cláusulas absolutamente prohibidas²⁸⁵ y el segundo a las prohibidas de forma relativa²⁸⁶.

104. Mientras que el hecho de que una cláusula esté recogida dentro del catálogo del artículo 18 provoca, sin más, la ineficacia de la cláusula sin que sea factible la valoración judicial de la misma, para la ineficacia de las cláusulas relativamente prohibidas hay que tener en cuenta el llamado “*quadro negocial padronizado*”²⁸⁷. El hecho de que este tipo de cláusulas se someta a valoración judicial está relacionado con el recurso por parte del legislador a determinadas expresiones indeterminadas, carentes de concreción, como “*plazos excesivos*”, “*cláusulas penales desproporcionadas*”, “*hechos insuficientes*”, “*dependen injustificadamente*”, “*compensación adecuada*”, “*graves inconvenientes*”, “*intereses serios*” o “*sin justificación*”²⁸⁸. La doctrina ha llamado la atención, en este aspecto, sobre la necesidad de una colaboración prudente de los tribunales en la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados en los que el texto es “*perigosamente fértil*”²⁸⁹. Sin embargo, no parece que, a la vista de la práctica jurisprudencial desde la entrada en vigor de la ley, pueda hablarse fundadamente de un temor a la pérdida de seguridad jurídica²⁹⁰.

105. Por otra parte, la precisión de las prohibiciones relativas, aún dependiendo de juicios concretos, no debe ser llevada a cabo de manera casuística sino vinculada al tipo de negocio en cuestión y a los elementos que lo caracterizan. Este vendría a ser el concepto de “*quadro negocial padronizado*”, según el cual parece que no hay que tener en cuenta los intereses individuales de las partes contratantes sino los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la especie considerada, es decir, valorar en qué medida la cláusula contractual se adecua a los intereses que normalmente están presentes en el campo de los destinatarios potenciales de la regulación abstracta predispuesta²⁹¹.

²⁸⁴ Acerca de la explicación histórica de esta característica de la regulación en materia de cláusulas contractuales generales en Portugal, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., pp. 8 – 9. El autor parte de la inspiración de la AGB-Gesetz, como consolidación legislativa de las soluciones jurisprudenciales alemanas previas y, por tanto, como transposición de las soluciones consensuadas frente a conflictos concretos planteados, sistema casuístico que contrasta con la opción del legislador portugués de detallar los límites específicos del contenido de las cláusulas contractuales generales. Estas previsiones no están dirigidas, así, sólo al órgano judicial sino también a los predisponentes y utilizadores de este tipo de cláusulas, a modo de elemento preventivo frente a estipulaciones ilícitas. Para un estudio más detallado de las cláusulas contenidas en los cuatro catálogos, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., pp. 633 y ss.

²⁸⁵ A modo de ejemplo, podemos citar aquellas que excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños causados a la vida, integridad moral o física o salud de las personas (artículo 18.a); las que confieran, de modo directo o indirecto, a quien las predispone, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato (artículo 18.e); aquellas que excluyan o limiten el derecho de retención (artículo 18.g) o aquellas que establezcan obligaciones duraderas perpetuas cuyo tiempo de vigencia dependa sólo de la voluntad de quien las predispone (artículo 18.j).

²⁸⁶ En ellas, podemos encontrar las cláusulas que establezcan, a favor de quien las predispone, plazos excesivos para la aceptación o rechazo de propuestas (artículo 19.a); que consagren cláusulas penales desproporcionadas a los daños a resarcir (artículo 19.c) o aquellas que consagren, a favor de quien las predisponga, la facultad de modificar las prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor verificadas (artículo 19.h). Sobre la comparativa entre la expresión alemana “*con posibilidad de apreciación judicial*” y la mención a las cláusulas “*relativamente prohibidas*”, M. N. PEDROSA MACHADO, “*Sobre cláusulas contratuais gerais...*”, op. cit., pp. 116 – 117.

²⁸⁷ Artículo 19: “*São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que...*”.

²⁸⁸ M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46; A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 77.

²⁸⁹ A. VARELA, “*Abertura do ano*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119, 1986–1987, p. 4.

²⁹⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 629.

²⁹¹ A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 259 y ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit.,

106. Para ello, además del tipo de contrato, hay que tener en cuenta otros factores, como son “la naturaleza del bien a prestar, si, mayoritariamente en la compraventa, es nuevo o usado [...], la situación del mercado en el área en que el negocio se integra, la rama económica [...] así como, en las relaciones mercantiles, el estadio de producción o comercialización y la dimensión empresarial”²⁹².

En este sentido, el *Supremo Tribunal de Justiça* considera válida una cláusula penal en un contrato de arrendamiento financiero mediante condiciones generales entre empresarios que establecía que, resuelto el contrato, el arrendatario debía pagar una indemnización igual al 20% de la suma de las rentas vencidas y el valor residual. Por el contrario, no ocurre lo mismo con otra cláusula penal que, en acumulación con la anterior y si el bien no era devuelto, permitía al arrendador reclamar por cada mes o fracción de mes de mora una cuantía igual al doble de la renta más alta durante el contrato. La cláusula está prohibida y es, por tanto, nula según el “*quadro negocial padronizado nos termos dos arts. 12 e 19, al. c) do DL n.º 446/85*”²⁹³. A juicio del Tribunal, también resulta proporcionada conforme al criterio del artículo 19 de la Ley 446/85 en el mismo tipo de contrato, una cláusula penal por la que, en caso de resolución por incumplimiento del arrendatario, éste estará obligado a restituir el equipo al arrendador y a pagar las rentas vencidas y no pagadas así como una suma igual al 20% de las rentas no vencidas y el valor residual²⁹⁴. En la ponderación del carácter manifiestamente excesivo de una cláusula penal debe establecerse una relación entre la pena fijada contractualmente y los daños que normal y típicamente resultan del “*quadro negocial padronizado*” del contrato en el que se integra, atendiendo en la valoración al objetivo de tutela de la cláusula, la naturaleza del contrato y las circunstancias en las que fue celebrado, el tiempo de vigencia y los efectos patrimoniales del incumplimiento en la esfera jurídica del acreedor²⁹⁵. Aplicando esta doctrina, es nula en virtud del art. 19º, c) Ley 446/85, la cláusula penal en un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial que sanciona la falta puntual de pago por parte de la tienda de la cantidad mensual y/o gastos compartidos –como la promoción del centro comercial– con el pago del doble de las prestaciones mensuales adeudadas por cada día de retraso²⁹⁶.

107. La justificación para un régimen diferenciado y adaptado que regule las relaciones entre empresarios y profesionales liberales viene dada por la esfera especializada en la que se mueven, con un mayor conocimiento que los consumidores finales así como por el dinamismo que requiere el tráfico jurídico en el que se desenvuelven las actividades empresariales²⁹⁷. Para algún autor, la importancia de esta distinción se basa en la posibilidad de aplicar, en las relaciones con consumidores finales, no sólo las prohibiciones de los artículos 21 y 22 sino también las previstas para las relaciones entre empresarios o entidades equiparadas en los artículos 18 y 19. De este modo, se ofrece una protección especial a los intereses del consumidor sin reducir, por otra parte, la fiscalización del contenido de las cláusulas contractuales generales²⁹⁸.

108. Sin embargo, aunque con esta separación de regímenes se pretende otorgar una tutela más adecuada a cada una de las categorías, la tan elevada precisión legislativa portuguesa puede conllevar cier-

p. 630; J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 10. Según M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46, la referencia al “*quadro negocial padronizado*” excluye la simple justicia del caso concreto, próxima a la equidad y generadora de inseguridad, manteniendo el tenor objetivo y controlable de la prohibición. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...*, pp. 268 – 269, pone como ejemplo un formulario de compraventa de pisos en construcción, ante el que cabe ponderar si el plazo de entrega o la cláusula penal, por ejemplo, son excesivos partiendo de este tipo de venta y no de una venta concreta. Siguiendo esto, el juicio se haría sobre la base del patrón de “*compraventa de pisos en construcción*”.

²⁹² J. SOUSA RIBEIRO *Responsabilidade e garantia...*, op. cit. p. 11.

²⁹³ STJ Secção Cível, 11/01/2001, Revista n.º 3622/00, 7.ª Secção, Relator: Dionísio Correira.

²⁹⁴ STJ Secção Cível, 01/02/2001, Revista n.º 3137/00, 7.ª Secção, Relator: Óscar Catrola.

²⁹⁵ STJ Secção Cível, 17/09/2009, Revista n.º 181/09.8YFLSB, 6.ª Secção, Relator: Silva Salazar.

²⁹⁶ STJ Secção Cível, 12/05/2011, Revista n.º 1364/05.5TVLSB.L1.S1, 7.ª Secção, Relator: Lázaro Faria. Un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial es un contrato atípico por el que se arrienda y prepara un espacio en un centro comercial para una tienda.

²⁹⁷ M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 38.

²⁹⁸ A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 90 y ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 632; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11 ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 268.

tos problemas. Por una parte, como indica algún autor²⁹⁹, no se le atribuye la debida relevancia al principio general de buena fe en la medida en que, ante la presencia de una regulación tan al detalle, queda reducido a una mera indicación. Por otra parte, junto a la necesidad de una regla mediante la que se extendieran expresamente las prohibiciones de las relaciones empresariales a los consumidores -dado que a este grupo de adherentes se les considera merecedores de una mayor tutela-, cabe plantearse la pregunta inversa, respecto que sea imposible la aplicación de aquellas prohibiciones que sólo se prevén para los consumidores a los contratos entre empresarios o que, por el contrario, puedan tener algún efecto a modo de indicios³⁰⁰. Por último, un listado tan exhaustivo de cláusulas puede ser contrario a los intereses del tráfico jurídico empresarial, caracterizado por la necesidad de flexibilidad en la contratación y al que un excesivo encorsemtamiento a una serie de cláusulas concretas puede impedir, por ejemplo, una adaptación apropiada a través de los usos y la costumbre, a las que tanto se recurre, como hemos visto, en el caso alemán³⁰¹.

III. La protección al adherente empresario en los textos europeos de Derecho de contratos

109. El estudio que hemos hecho de la regulación de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios en distintos países de nuestro entorno tiene que completarse, necesariamente, con una visión panorámica de las soluciones que al respecto han adoptado los diversos textos de Derecho europeo de contratos que han ido surgiendo en los últimos años.

Desde que la denominada “Comisión Lando” redactara en el año 2000 el primer volumen de los *Principles of European Contract Law* con la intención de dar una respuesta a la necesidad de la Unión Europea de contar con una infraestructura de Derecho de contratos³⁰², se han ido sucediendo diversas propuestas para llevar a cabo una armonización del Derecho de contratos a nivel europeo. Esta necesidad de integración común es puesta de manifiesto por la Comisión Europea en 2001³⁰³, publicando en 2003 un *Plan de Acción* para conseguir un Derecho contractual europeo más coherente³⁰⁴. A un grupo de investigación ya constituido con anterioridad (el *Study Group*, sucesor de la *Comisión Lando*) se suma entonces una nueva red de expertos denominada *Acquis Group*, a la que se encarga la tarea de armonizar las reglas comunitarias ya existentes para mejorar y simplificar el acervo comunitario. Como resultado de esta investigación se publican los *Principios Acquis* (primera versión, 2007; segunda, 2009), un conjunto de principios y reglas formulados sobre la base del Derecho comunitario europeo existente en materia de contratos, que sirvan como fuente para la elaboración, trasposición e interpretación del Derecho comunitario europeo, como señala su propio artículo 1:101. Ambos grupos de investigación, el *Study Group* y el *Acquis Group*, se unen para seguir avanzando en la elaboración de una legislación europea de contratos y, como producto de su trabajo, surge en 2007 un primer borrador del llamado Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), un conjunto normativo que contiene principios y reglas modelo de Derecho privado europeo, del que se publica una segunda versión en 2009. De forma paralela, la Academia de Jurisconsultos europeos de Pavía³⁰⁵, bajo la coordinación del profesor GANDOLFI, había estado trabajando en otro texto de Derecho europeo, dando lugar al Proyecto de Código Europeo de Contratos que, sin embargo, presenta unas características propias que lo apartan de las propuestas anteriormente citadas. No se trata tanto de un conjunto de principios generales

²⁹⁹ M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 115 – 116.

³⁰⁰ Los artículos 21 y 22 de la Ley enumeran las cláusulas que se consideran absolutamente prohibidas y prohibidas según el “*quadro negocial padronizado*”, respectivamente.

³⁰¹ Una valoración sobre los listados de cláusulas prohibidas en Portugal también en K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 54 y ss.

³⁰² L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRIAS; A. MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 76.

³⁰³ Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final].

³⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción, de 12 de febrero de 2003 [COM (2003) 68 final].

³⁰⁵ Constituida en 1992. Acerca de su composición y método de trabajo, vid. G. GARCÍA CANTERO, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Madrid, Reus, 2010, pp. 22 y ss.

sino que pretende ser un verdadero Código de los contratos para Europa. Más allá de que formalmente tenga ciertas diferencias con los Principios de Derecho Europeo de Contratos, los Principios Acquis o el Marco Común de Referencia, veremos que, al menos en lo que a nosotros nos concierne, también adopta soluciones que se apartan de las mantenidas por los otros tres textos de Derecho europeo de contratos.

110. La formación de un Derecho privado europeo es, por tanto, uno de los desarrollos jurídicos más importantes en los tiempos recientes³⁰⁶ y, aunque todavía no se ha implantado un texto que armonice la regulación europea en el plano de Derecho de contratos, debemos detenernos a analizar el modo en el que se ha abordado la protección de los empresarios adherentes en los Principios de Derecho europeo de contratos (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios de Derecho contractual comunitario (Principios Acquis) y el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (Proyecto de Pavía), centrándonos en especial en los dos primeros dada su mayor relevancia actual³⁰⁷.

111. En segundo lugar, es parada obligada la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, presentada por la Comisión Europea en octubre de 2011 (CESL). Se trata de un nuevo texto resultado de esta intención de las autoridades comunitarias de unificar el Derecho privado, que adopta la forma de Reglamento como instrumento no vinculante y que se inspira directamente en el DCFR (y, por tanto, también en los PECL y los Principios Acquis). Aunque su ámbito de aplicación objetivo se reduce al contrato de compraventa y algunos contratos de servicios y no pretende ser una teoría general del contrato, sin duda los contratos entre empresarios –con matices, como veremos– son objeto de su regulación y, en concreto, de tutela en el caso de la contratación mediante cláusulas no negociadas individualmente.

1. De los PECL al DCFR, pasando por los Principios *Acquis* y el Proyecto de Pavía

112. Los textos de Derecho europeo de contratos van, en su mayoría, en la misma dirección en cuanto a la tutela del empresario adherente. Salvo el Proyecto de Pavía, todos ellos extienden la protección en esta forma de contratación fuera del ámbito de los consumidores e incluyendo a los profesionales como sujetos a tutelar aunque, como veremos, en algunos casos, con matices y distinta intensidad.

³⁰⁶ Sin perjuicio de la nota a pie siguiente, alguna bibliografía general sobre la unificación del Derecho contractual europeo, R. ILLESCAS ORTIZ, “La unificación europea del derecho de contratos privados”, en I. ARROYO MARTÍNEZ, *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 453 – 465; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 85 – 118; E. VALPUESTA GASTAMINZA, “El ámbito de regulación del futuro...”, op. cit., pp. 405 418; V. REDING, “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret*, nº 2, abril 2011, 8 p.

³⁰⁷ Acerca de los PECL, L. Díez-PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., pp. 75 y ss.; F. MARTÍNEZ SANZ, “Consideraciones introductorias”, en P. BARRES BENLLOCH; J. M. EMBID; F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 5 – 23; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios LANDO”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 151 y ss.

Sobre el Proyecto de Pavía, C. VATTIER; J. M. DE LA CUESTA; J. M. CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Madrid, Dykinson, 2003; G. GARCÍA CANTERO, *Estudios sobre el Proyecto...*, op. cit.

En referencia a los Principios Acquis, RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Munich, Sellier, pp. IX y ss.; R. SCHULZE, “I Principio Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca”, en G. DE CRISTOFARO (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 1 – 21; E. ARROYO AMAYUELAS, “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 209 y ss.

Acerca del DCFR, F. J. INFANTE RUIZ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, nº 2, 2008; C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law*, Munich, European Law Publishers, 2008; H. EIDENMÜLLER; F. FAUST; H. CHRISTOPH (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., p. 1461 – 1522; A. VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 239 -265; A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012.

113. Comienzan los PECL y el DCFR proclamando el principio de libertad contractual y señalando sus límites, que en ambos casos son reflejados de una forma genérica³⁰⁸. Según el art. 1:102 PECL, la autonomía de la voluntad está limitada por el respeto a la buena fe³⁰⁹ y a las normas imperativas dispuestas por los propios principios, a lo que el art. 15:101 añade los principios reconocidos como fundamentales en los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea. También las partes estarán sujetas a los usos acordados y los que fueran razonables así como a las prácticas establecidas entre ellas (art. 1:105). De forma parecida, el DCFR reconoce la libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos que celebren, sujetos a las normas imperativas, a los principios reconocidos como fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea (II-7:301), a la buena fe (I-1:103) y a los usos y costumbres (II-1:104(2)).

En ambos casos, se recoge con una expresión muy abierta la referencia a los principios fundamentales (“*principios reconocidos como fundamentales*” en los Estados) lo que, aunque podría ser criticable, se ha entendido como un intento de dar cabida a las distintas concepciones nacionales³¹⁰. En este sentido, el Proyecto de Pavía es el único en recurrir a los límites que podíamos denominar tradicionales, “*las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público*” (art. 2) que, por ejemplo, aparecen también en nuestro art. 1255 Cc. (ley, orden público y moral) al igual que en otros muchos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es cierto que si ya existen dificultades para acotar estas ideas en los ordenamientos nacionales, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, los problemas aumentarían al intentar alcanzar una definición más o menos concreta y común³¹¹. Por otro lado, es conveniente destacar la mención a los usos como límite a la autonomía de la voluntad, dado el papel relevante de aquéllos en el tráfico jurídico comercial.

114. Pero, junto a los límites generales a la autonomía privada, los textos de Derecho europeo regulan los límites específicos en el caso de la contratación mediante condiciones generales. Como ya adelantábamos, hay una tendencia a incluir a los empresarios en el ámbito de aplicación de las normas protectoras de la parte débil.

115. La definición de condiciones generales de la contratación no difiere materialmente mucho de la recogida en nuestro art. 1 LCGC. El art. 2:209(3) PECL las define como aquellas cláusulas que han

³⁰⁸ En C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions...*, op. cit., pp. 14 – 15, se resalta la importancia de la libertad contractual en el ámbito de los DCFR y la necesaria justificación de cualquier injerencia en la misma. Respecto de los motivos que podrían justificar restricciones a la libertad de determinar el contenido de un contrato, se señalan “*información asimétrica (sobre los hechos, características de los bienes o servicios, cláusulas del contrato, etc.) y falta de poder de negociación*”. “*Estos problemas son más comunes cuando un consumidor está negociando con un empresario, pero puede también ocurrir en contratos entre empresarios, particularmente cuando uno es un pequeño empresario que carece de experiencia*”.

³⁰⁹ H. EIDENMÜLLER; F. FAUST; H. CHRISTOPH (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., pp. 1486 – 1487, 1520, señalan el control mucho más amplio que supone un concepto tan general como el de la buena fe respecto de los tradicionales como la moral o las leyes prohibitivas, lo que, a juicio de los autores, puede abrir camino a una grave merma de la autonomía privada pues la buena fe y los usos negociales no serían ya simples criterios para la interpretación e integración de la norma, sino que el contenido contractual queda subordinado a esos criterios generales (respecto del texto del DCFR presentado como provisional (*interim outline edition* 2008) modificado en su versión definitiva y que, en este aspecto, tenía una redacción similar a la de los PECL). Previamente había llamado la atención J. M. OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo”, en J. M. OSSORIO SERRANO (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005, pp., 28, 31 y 35, acerca de la flexibilización del sistema jurídico comunitario que supone el reconocimiento del principio de buena fe para evitar resultados injustos, si bien reconoce la dificultad de utilizarlo y concretarlo dada su naturaleza de concepto jurídico indeterminado.

³¹⁰ P. BARRES BENLLOCH; J. M. EMBID IRUJO; F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 309 – 310; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios LANDO...”, op. cit., p. 163; E. BOSCH CAPEVILA, “Comentario a los arts. II.-4:104, II.-4:209, II.-7:301”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, p. 529.

³¹¹ En todo caso, no parece que la diferencia entre los textos sea abismal pues se ha señalado la proximidad del orden público con las normas imperativas, quedando, entonces, sin mención expresa solo la “moral”, concepto que ha querido verse representado en los PECL con la referencia a la buena fe y la lealtad (L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRIAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., p. 147). Acerca de las reglas imperativas en el Proyecto de Pavía, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDEZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en C. VATTIER; J. M. DE LA CUESTA; J. M. CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos...*, op. cit., 2003, pp. 192 – 193.

sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes. De modo prácticamente idéntico, el art. II.-2:109 DCFR (así como, previamente, había hecho el art. 6:101(3) Principios Acquis) entiende por condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Por otro lado, el art. 33.1 Proyecto de Pavía las define como aquellas redactadas por una de las partes para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas. Predisposición y pluralidad de contratos son dos de las notas que estos conceptos comparten con nuestra legislación y lo mismo podría decirse del requisito de la imposición pues, si bien expresamente no se identifica como tal, parece estar implícito en la no negociación de las cláusulas que todos, salvo el Proyecto de Pavía, incluyen en la definición³¹².

116. Pues bien, como sabemos, este tipo de cláusulas, debido al recorte de autonomía privada y libertad de la parte adherente que suponen, están sujetas, no solo a los límites generales a la autonomía privada sino a unos controles específicos que, al igual que en el caso de nuestra legislación, se concretan en un control de incorporación y un control de contenido.

A) Control de incorporación

117. En cuanto al primero, el control de inclusión, el art. 2:104 PECL exige que la parte predisponente haya adoptado las medidas suficientes para que la otra parte repare en los términos que no hayan sido objeto de negociación antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión, sin que la mera referencia en el texto a una cláusula, incluso estando firmado el documento, sea suficiente para considerar que se ha destacado de forma conveniente. También alude a la necesidad de favorecer el conocimiento del adherente de las cláusulas predisuestas no negociadas el art. II.-9:103 DCFR: “[...] solo podrán invocarse frente a la otra parte si esta última fuera consciente de las mismas o si la parte que las dispuso tomó las medidas adecuadas para llamar la atención de la otra parte respecto de las mismas, antes o durante la celebración del contrato” (apartado 1), sin que sea tampoco suficiente una mera referencia a las cláusulas en el documento, con independencia de que éste esté firmado (apartado 3)³¹³. Y, en la misma línea, el art. 6:201 Acquis³¹⁴. En los tres casos, por lo tanto, la posibilidad del

³¹² A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 772; A. GIMÉNEZ COSTA, “Comentario a los arts. II.-1:109”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 121 – 122.

El DCFR (y los Principios Acquis), a diferencia de los PECL (y del Proyecto de Pavía), define de forma independiente al de condición general el concepto de cláusula no negociada individualmente, como aquella cláusula predispuesta por una de las partes en cuyo contenido en particular la otra parte no ha podido influir porque ha sido redactada previamente, sea o no una condición general (art. II.-9:103(1)). El resto del artículo realiza aclaraciones sobre el concepto indicando que si una parte facilita un listado de cláusulas a la otra parte, no se considerará que una cláusula se ha negociado individualmente por el mero hecho de que la otra parte la haya elegido del listado (apartado 2). Respecto de la carga de la prueba en el caso de que una de las partes discuta que la cláusula parte de un clausulado general ha sido negociada individualmente, corre a cargo de ella (apartado 3). En cuanto a los Principios Acquis, el art. 6:101 incluye una definición similar de cláusula no negociada individualmente o predispuesta a la de del DCFR salvo por el matiz de que el hecho de ser parte de un contrato de adhesión refuerza el carácter no negociado de la cláusula (“*en particular como parte de un contrato de adhesión*”).

Esta diferenciación expresa, que en los PECL o en nuestra legislación nacional solo aparece referida de forma indirecta, pretende dejar claro que, si bien todas las condiciones generales son cláusulas no negociadas individualmente, no tiene por qué ocurrir al revés pues puede existir una cláusula que no se haya negociado de forma individual y que no esté, sin embargo, incluida en condiciones generales sino que se haya previsto para un contrato en particular (aunque lo primero será lo habitual en la práctica) (A. Giménez Costa, “Comentario al art. II.-1:110...”, op. cit., pp. 126 – 127).

³¹³ Se añade un mención especial para el caso de contratos celebrados por medios electrónicos (que esté disponible la cláusula “en forma textual”, apartado 2).

³¹⁴ “(1) Las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente vinculan a la parte que las ignoraba sólo si quien las utiliza toma medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las mismas antes o en el momento de la conclusión del contrato. (2) No es suficiente para hacer tomar conocimiento de las cláusulas una mera referencia a las mismas en un documento contractual, ni siquiera aunque la parte firme este documento. (3) Si el contrato debe concluirse electrónicamente, las cláusulas contractuales no vinculan a la otra parte si quien las utiliza no las proporciona en la forma de texto”. En el apartado cuarto, especifica una regla de incorporación para los contratos con consumidores, según la cual estos no quedarán vinculados por las cláusulas que no han tenido oportunidad real de conocer antes de la conclusión del contrato. Parece, por tanto, que la regla es más estricta porque exige la oportunidad real de conocer las cláusulas que, entendemos,

adherente de conocer las cláusulas no negociadas es el elemento central del control de incorporación, teniendo que estar a la buena fe y a lo razonable en la valoración de la suficiencia o adecuación del comportamiento desplegado por el predisponente.

118. Sin embargo, y mientras que los PECL limitan la regulación del control de incorporación a este deber de advertencia, el art. II.-9:402 DCFR, de forma parecida a nuestra legislación nacional, añade otro deber: uno de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente. Así, el predisponente debe redactar y comunicar estas cláusulas “*en un lenguaje sencillo e inteligible*”³¹⁵. Hay que resaltar, no obstante, que si bien en contratos entre empresarios y consumidores el incumplimiento de este deber de transparencia puede conllevar incluso la nulidad por abusividad de la cláusula (apartado 2), en el resto de contratos –entre ellos, los contratos entre empresarios–, la sanción que conlleva es solo la aplicación de la regla *contra proferentem* pero no la abusividad ni la inoponibilidad (pena que acarrea la falta del requisito de puesta en conocimiento del contenido contractual)³¹⁶. Eso sí, la falta de transparencia será un indicio de abusividad para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, al ser éste uno de los criterios recogidos entre los factores a tener en cuenta (art. II.-9:407).

119. El texto que se aparta de este esquema de control de incorporación es el Proyecto de Pavía. Aunque el control gira en torno al mismo criterio de cognoscibilidad que en el resto de textos, su redacción es distinta pues se centra en que el adherente haya conocido o pudiera haber conocido las cláusulas si hubiera desplegado una “diligencia ordinaria” –entendemos, de la redacción, que la diligencia se le exige al adherente-. A esto se une el art. 30, cuyo contenido no está muy claro si representa un control de incorporación o, por el contrario, material. El art. 30 contiene una lista de cláusulas que podríamos denominar, en principio, “negras”, en el sentido de que no es susceptible de valoración su nulidad sino que, en todo caso, carecen de efectos. Se trata de aquellas cláusulas que establezcan a favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o la facultad de suspender su cumplimiento, cláusulas que establezcan en perjuicio del adherente plazos de caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en sus relaciones con terceros, la prórroga o tácita reconducción del contrato así como cláusulas compromisorias o derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los Tribunales. Sin embargo, lo que pudiera parecer un control de contenido a base de un listado, en este caso, exhaustivo, se convierte en un control de incorporación cuando el texto del artículo señala que estas cláusulas carecerán de efectos “*a menos que sean expresamente ratificadas por escrito*”. Es decir, que si son expresamente aceptadas, se entiende que el adherente las ha podido conocer. Es curiosa esta solución por el tipo de cláusulas a las que se refiere y, sobre todo, porque en la contratación mediante condiciones generales parece bastante claro que el conocimiento y aceptación de una cláusula impuesta no garantiza nada, precisamente por el carácter impuesto del contenido.

120. Por último, debe anotarse una cuestión vinculada con el control formal de la que se ocupan los PECL y el DCFR y que tiene interés para nosotros porque se da especialmente en el ámbito de los contratos mediante condiciones generales entre profesionales. Es el caso de la incompatibilidad entre condiciones generales. Es común que en los contratos entre empresarios, en especial si tienen una cierta dimensión las empresas, ambas partes utilicen sus propias cláusulas generales de tal forma que cada una acepta la declaración de voluntad de la otra pero a través de sus propios formularios, que pueden ser incompatibles. Surge en ese momento lo que se ha denominado “batallas de formularios”, es decir,

supone un plus respecto de, “simplemente”, tomar las medidas adecuadas (aquellos supuestos en los que, aun siendo diligente el profesional, el consumidor no tendría acceso a las cláusulas). T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101 – 6:306”, en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Munich, Sellier, pp. 224, 226.

³¹⁵ También el art. 6:302 Acquis exige que las cláusulas no negociadas individualmente sean redactadas y dadas a conocer en un lenguaje sencillo e inteligible.

³¹⁶ M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los arts. II.-9:101, II.-9:102, II.-9:103, II.-9:402”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 646 – 647.

se plantea el problema de determinar si existe el contrato y, en ese caso, qué condiciones generales son las que rigen el mismo. Los arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR intentan dar solución a este dilema concluyendo que si las partes han llegado a un acuerdo, existe contrato aunque la oferta y su aceptación se refieran a condiciones generales incompatibles, formando parte del contrato en la medida en que coincida “*en su contenido esencial*” (PECL) o “*en lo fundamental*” (DCFR)³¹⁷. Es decir, las condiciones generales que sean compatibles entre sí formarán parte del contrato mientras que las que no lo sean, se “*anulan*” mutuamente³¹⁸.

B) Control de contenido

121. Como sabemos, una cláusula no negociada que se incorpora al contrato tras haber superado este primer control de cognoscibilidad -al que se suma, en algunos casos, el de transparencia-, puede ser declarada nula si es abusiva³¹⁹. Así lo determina el art. 4:110 PECL y los arts. II.-9:403, II.-9:405 y II.-9:405 DCFR, así como los arts. 6:301, 6:304 y 6:305 Acquis y el art. 30 Proyecto de Pavía, encargados de regular el denominado control de contenido, aunque, como veremos, con matices en cuanto al alcance, estructura y criterios.

122. Los PECL recogen la cláusula general de la Directiva de 1993 en similares términos: “*una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe*³²⁰, *un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo*”. Como se puede observar, la parte protegida por este control es el adherente en general, tanto si es consumidor como si es empresario. El DCFR, sin embargo, aborda estas reglas de forma diferente pues, si bien protege a consumidores y no consumidores, no lo hace desde un control único sino diferenciando los criterios a aplicar para determinar la abusividad en función de si el contrato está celebrado entre un empresario y un consumidor, dos no empresarios o dos empresarios. Mientras que una cláusula no negociada será abusiva en un contrato entre un empresario y un consumidor “*si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo al consumidor*” (art. II.-9:403), la redacción de la cláusula general de abusividad en el caso de contratos entre empresarios varía hasta ser la siguiente: “*una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva, a los efectos de esta sección, solo si forma parte de cláusulas estándar predispuestas por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos*” (art. II.-9:405). En ambos casos, serán factores a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas el deber de transparencia, la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes durante la celebración del contrato así como el resto de cláusulas del contrato o de otro del que dependa (art. II.-9:407).

³¹⁷ Ello salvo que alguna de las partes hubiera indicado de manera previa, explícita y no por medio de condiciones generales que no se considerará obligada en esta situación o bien se lo comunique con posterioridad a la otra parte sin demora (párrafo 2º, arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR).

³¹⁸ L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., pp. 192-194; E. BOSCH CAPDEVILA, “Comentario al art. II.-4:209...”, op. cit., pp. 326 y ss.

³¹⁹ Salvo que se trate de una cláusula que concrete el objeto principal del contrato o la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte, si se ha observado el deber de transparencia (“*redactada de manera clara y comprensible*” en los PECL, “*redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible*”, en el DCFR y los Acquis), arts. 4:110 PECL, II.-9:406 DCFR y 6:303(2) Acquis.

³²⁰ En la versión al castellano aparece una referencia a la buena fe aunque en la versión en inglés se habla de buena fe y lealtad, “*good faith and fair dealing*”. A juicio de K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 94, si bien durante todo el texto la buena fe y la lealtad aparecen juntos como criterios -lo que posiblemente haya motivado que así lo hagan también en el art. 4:110-, el límite es solo la buena fe en el caso del control de contenido de las cláusulas no negociadas pues, mientras que este concepto se ve aquí desde el punto de vista objetivo, la lealtad tiene un marcado carácter subjetivo, relacionado con el comportamiento que cada parte tiene que tener con la otra.

El parámetro de la “buena práctica comercial” para valorar la abusividad de las cláusulas en contratos entre empresarios ya había sido incorporado por los Principios Acquis a través de su art. 6:301³²¹. Aunque en un primer párrafo habla de partes contratantes en general, sin restringir por tanto la protección a los consumidores, el párrafo segundo del precepto introduce una regla específica para las relaciones entre profesionales: “una cláusula no negociada individualmente en un contrato entre profesionales se considera abusiva cuando su utilización implica un apartamiento notorio de la buena práctica comercial”. No creemos, sin embargo, que esto excluya las relaciones entre empresarios del ámbito de aplicación de la cláusula general de la buena fe –donde no distingue el propio texto no tenemos por qué hacerlo nosotros– sino que para apreciar si una cláusula es abusiva o no habrá que estar a la buena praxis comercial, interpretada de forma conjunta con la buena fe³²².

123. De nuevo, totalmente alejado de estos tres textos, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido, se encuentra el Proyecto de Pavía, siendo el único que no incluye a los empresarios como sujetos a tutelar frente a las cláusulas no negociadas individualmente. El art. 30 es muy claro al limitar a los contratos entre profesionales y consumidores la posibilidad de que una cláusula se considere abusiva³²³. Aunque el precepto encargado de regular las condiciones generales del contrato, el art. 33, alude a la posibilidad de que éstas puedan ser inoponibles al adherente por reputarse abusivas –sin restricción alguna, por tanto, también al adherente empresario–, no añade nada ya que la abusividad debe resultar de la aplicación de “las disposiciones de este Código o conforme a las disposiciones comunitarias o nacionales”. No habiendo un control de abusividad para contratos entre empresarios en el Proyecto de Pavía ni en las disposiciones comunitarias –al menos, en general, sin referencia a operaciones concretas–, habría que estar a lo regulado en cada uno de los ordenamientos nacionales³²⁴.

124. Como sabemos, el control de contenido comprende en algunos ordenamientos jurídicos, además de una cláusula general como núcleo, una lista de cláusulas abusivas, bien a modo de ejemplo, bien exhaustiva. No es el caso de los PECL, cuya regulación del control material de las cláusulas no negociadas individualmente se agota en la cláusula general de abusividad sin incluir ninguna lista de ejemplos concretos (tampoco el Proyecto de Pavía). Sí que los incluyen, por el contrario, tanto los Principios Acquis como el DCFR, aunque solo referidos a los contratos entre un empresario y un consumidor, con lo que no serían de aplicación a la contratación que nos ocupa en estas líneas, tal y como ocurre en nuestra normativa nacional³²⁵.

³²¹ El art. 6:301 Principios Acquis regula el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente recurriendo a una cláusula general según la que serán abusivas si perjudican a la otra parte de manera contraria a las exigencias de la buena fe, creando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que nacen del contrato, teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que deben ser suministrados en virtud del contrato, las circunstancias que han rodeado su conclusión, otras cláusulas del mismo o cualquier otro contrato del que dependa.

Se ha señalado su procedencia del control de contenido que introduce la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 3.3), T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 234; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario al art. II.-9:405...”, op. cit., p. 663.

³²² No parece tan claro que esto sea así para T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 238, quienes señalan que en los contratos entre empresarios el estándar a aplicar es distinto: a una cláusula que fuera contraria a la buena fe en un contrato con consumidores, solo le sería de aplicación el 6:301(2) si, bajo el estándar de la buena práctica comercial, es manifiestamente abusivo.

³²³ Art. 30.5: “En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional está de buena fe”.

³²⁴ Incluso respecto al régimen general de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en los propios contratos con consumidores, se ha entendido que puede suponer un retroceso en la seguridad jurídica y el nivel de protección comparado con nuestro régimen jurídico nacional (véase C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 197 – 202, en especial, pp. 200 – 202).

³²⁵ El art. 6:304 Acquis habla de una “muestra no exhaustiva de cláusulas que son abusivas en contratos entre un profesional y un consumidor, si no han sido negociadas individualmente”, aunque luego solo enumera una, las cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva para la resolución de todos los conflictos que surjan del contrato a los tribunales del domicilio del profesional. Esta cláusula se ha recogido también en el art. II.-9:409 DCFR, aunque ya no como parte de una lista: “una cláusula que figure en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor es abusiva, a los efectos de esta sección,

125. Pues bien, de lo hasta aquí expuesto se puede concluir que, con excepción del Proyecto de Pavía, los empresarios adherentes en contratos mediante condiciones generales sí que ven protegida su posición en los textos de Derecho europeo, tanto mediante un control de incorporación (posibilidad de conocimiento a lo que, en el caso del DCFR y Principios Acquis, se unen ciertos requisitos de redacción³²⁶), como a través de un control de contenido articulado en una cláusula general. Es cierto que el proyecto más favorecedor es el de los PECL puesto que habla de “partes” en general y no introduce apenas diferencias entre que esa parte débil sea un consumidor o sea un profesional³²⁷. El DCFR (y, antes, los Principios Acquis), por el contrario y a pesar de otorgar también protección a aquellos empresarios que ven limitada su autonomía contractual, sí que distingue en las reglas a aplicar en numerosos momentos a lo largo del texto. Así, la abusividad por falta de transparencia, la cláusula negra de competencia exclusiva y el listado orientativo de cláusulas que se presumen abusivas, quedan limitados a los contratos con consumidores, del mismo modo que el control de contenido al que debe sujetarse una cláusula no negociada en un contrato entre empresarios se guía por criterios diferentes. Efectivamente, ya hemos visto que la fórmula para articular el control no se queda en la contrariedad a la buena fe y honradez de tratos en general sino que exige que la cláusula se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales (lo que a nuestro juicio, sin embargo, no tiene por qué implicar un control más restrictivo sino simplemente unas pautas para adecuar el control al tipo de contratos).

Pero el DCFR sí es más restrictivo en otro aspecto de base: cuando la contratación es en entre empresarios, no están sujetas a control todas las cláusulas no negociadas individualmente –esto es, tanto las destinadas a su incorporación a una pluralidad de contratos como a un contrato en particular- sino solo las cláusulas estándar predispuestas. Por el contrario, los PECL (y, en este caso, también los Principios Acquis) no hacen distinción en este sentido refiriéndose a toda cláusula que no se haya negociado de manera individual. El único punto en el que podríamos decir que la divergencia entre PECL y DCFR juega a favor del empresario adherente en el segundo texto, es en cuanto a los criterios a tener en consideración para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, pues el DCFR es el único que hace referencia al incumplimiento del deber de transparencia, aunque sea como mero indicio de abusividad.

126. Más allá de la regulación de los contratos mediante condiciones generales, otro aspecto en el que el DCFR no es tan protector como los PECL respecto del empresario parte en un contrato, es en cuanto al tratamiento de las declaraciones hechas por terceros y no incorporadas al negocio jurídico. Mientras el art. 6:101 PECL entiende que las declaraciones realizadas por una de las partes antes o durante la conclusión del contrato y las informaciones incluidas en la publicidad del proveedor o en publicidad de terceros, con ciertos requisitos, se entienden incluidas como contenido del contrato con independencia de la naturaleza de los contratantes y por concreción del principio general de la buena fe, no ocurre lo mismo en el DCFR. En este texto, ciertos aspectos se consideran una cuestión de protección

*cuando, habiendo sido predispuesta por el empresario, confiere la competencia exclusiva para todos los conflictos que deriven del contrato al tribunal del domicilio del empresario, salvo que coincida con el del lugar donde el consumidor tiene su domicilio”. A esta cláusula “negra” (en todo caso, sin necesidad de valoración, será abusiva), se une el amplio listado de los arts. 6:305 Acquis y II.-9:410 DCFR, de cláusulas que presumiblemente son abusivas (“lista gris”), también en contratos entre un empresario y un consumidor, de manera semejante a la Directiva de 1993 (a modo de ejemplo, cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad del empresario en caso de muerte o daños físicos causados al consumidor debido a una acción u omisión del mencionado empresario, cláusulas que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, cláusulas que autoricen al empresario a modificar unilateralmente los términos del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo o cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el empresario no hubiera cumplido con las suyas). Respecto de estos listados de cláusulas, T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., pp. 246 y ss.; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los arts. II.-9:409 y II.-9:410...”, op. cit., pp. 685 – 694; M. MELI, “Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione”, en G. DE CRISTOFARO (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 467 y ss.*

³²⁶ Como hemos visto, el Proyecto de Pavía sí que contempla un control de incorporación pero de peculiares características.

³²⁷ Como señala K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit. 90, los PECL parten de una concepción amplia del contrato sin distinguir entre contratos civiles y comerciales y en la que el destinatario puede ser cualquiera. También aludiendo al “*afán omnicompreensivo de todo el Derecho contractual privado*” de los PECL, E. VALPUESTA GASTAMINZA, “El ámbito de regulación del futuro...”, op. cit., pp. 407 – 408.

del consumidor, pues si bien las declaraciones hechas por las partes o la publicidad o marketing realizada por un empresario sí que deben considerarse como una cláusula contractual, no ocurre lo mismo con las declaraciones públicas del productor u otros sujetos de la cadena de comercialización, que solo se consideran realizadas por el empresario que contrata si la otra parte es un consumidor³²⁸.

127. Por último, y también fuera de la regulación especial para las condiciones generales, hay que añadir la regla contenida en el art. 4:109 PECL que contempla la posibilidad de anular o adaptar un contrato –en general, sin hacer distinción en función de la naturaleza de los contratantes– en el caso de beneficio excesivo o ventaja injusta. De este modo, un contratante puede anular el negocio jurídico si se dan determinadas circunstancias en los sujetos participantes. Por una parte, y respecto del contratante perjudicado, es necesario que dependiera de la otra parte, tuviera una relación de confianza con ella, se encontrara en dificultades económicas o con otras necesidades urgentes, no tuviera capacidad de previsión o fuera ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora. En cuanto a la parte contratante que abusa, se requiere que fuera o debiera haber sido conocedora de tal situación y que, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechara de ello de manera claramente injusta o hubiera obtenido así un beneficio excesivo. En lugar de declarar la nulidad, también puede solicitarse al juez o tribunal la adaptación del contrato al contenido que hubiera sido ajustado al principio de buena fe contractual. Una figura similar la encontramos en el Proyecto de Pavía, cuyo art. 30.2 entiende como rescindible *“todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero”*³²⁹. Lo más próximo que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico nacional a una solución así es la Ley de Usura de 1908 según la que pueden ser declarados nulos contratos de préstamo si concurren similares condiciones, *grosso modo*, en el prestamista y el prestatario. Fuera de esta norma, limitada a un tipo de contrato concreto, solo se prevé esta posibilidad en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyo art. 1301 reza en los siguientes términos: *“una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que sea aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”*.

La ratio del artículo es la declaración de nulidad o adaptación del contrato en caso de situación de abuso, lo que no estaría muy alejado del fin último que subyace detrás de los controles en la contratación mediante condiciones generales. Entendemos, no obstante, que obtener la nulidad del contrato o, mejor - por ser una solución menos agresiva y más próxima a la nulidad de cláusulas concretas por ser abusivas- , la adaptación del contenido del contrato por aplicación de esta figura, sería más difícil que a través del juicio de abusividad de las condiciones generales de la contratación.

2. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea

128. El 11 de octubre de 2011 se presenta la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, con la intención también de

³²⁸ El argumento que se da en los comentarios al DCFR para esta exclusión es que en los contratos entre profesionales lo razonable es pensar que el comprador profesional de los bienes o servicios que desea confiar en las declaraciones preguntará al proveedor si acepta la responsabilidad por las declaraciones hechas por esos terceros (C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), Art. II.-9:102, *Principles, definitions and model rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2013, p. 613; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los art. II.-9:102...”, op. cit., p. 585).

³²⁹ Acerca de la figura de la lesión en el Proyecto de Pavía, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 195 – 196.

promover el comercio transfronterizo en el mercado interior y eliminar los obstáculos, desincentivos y costes que implican las diferencias de regulación del Derecho contractual entre los Estados miembros³³⁰. Aunque referido solo a tres tipos de contratos –contratos de compraventa y afines, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de prestación de servicios relacionados con los anteriores–, conviene tener en cuenta determinados aspectos de su regulación que se centran en la contratación entre empresarios. Y es que su ámbito subjetivo de aplicación, como se desprende del art. 7 del Reglamento, no solo abarca los contratos con consumidores sino también los contratos entre empresarios en los que al menos una de las partes sea una pequeña o mediana empresa, “PYME”, entendiendo por tal a aquellas que emplean a menos de doscientas cincuenta personas y no superan una determinada cifra de volumen de negocios o balance anual³³¹.

129. El ámbito subjetivo de aplicación de la Propuesta ha sido objeto de controversia. Aunque este régimen europeo parece pensado para proporcionar seguridad jurídica a aquellos que no tienen los suficientes recursos como para costearse servicios jurídicos –consumidores y PYMES, a diferencia de las grandes empresas–³³², hay quien opina que podía ser también de utilidad a las grandes empresas, dado el volumen de operaciones que generan a nivel europeo y lo complejo de la aplicación del criterio de delimitación del ámbito subjetivo. De hecho, el propio Reglamento parece apoyar esta idea permitiendo que los Estados miembros puedan decidir aceptar el uso de la normativa común de compraventa europea también para los contratos en los que todas las partes sean comerciantes no PYME (art. 13.b))³³³. Por el contrario, la incorporación, incluso de los pequeños y medianos empresarios dentro del ámbito de la propuesta de normativa ha sido considerada como un desacierto por parte de otros autores, que entienden que sería aconsejable que se aplicase este instrumento opcional exclusivamente a los contratos con consumidores³³⁴.

³³⁰ Acerca de la elaboración de la propuesta, *vide* F. GÓMEZ POMAR; M. GILI SALDAÑA, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, nº 1, 2012; F. SCIAUDONE, “Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: a lawyer’s viewpoint”, Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, PE 462.472, octubre 2012, <http://www.europarl.europa.eu/studies>; B. FAUVARQUE-COSSON, “Hacia un Derecho común europeo de la compraventa”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, pp. 41 y ss.

³³¹ Art. 7.2: “A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país”.

³³² B. FAUVARQUE-COSSON, “Hacia un Derecho común europeo...”, *op. cit.*, p. 48.

³³³ Se ha puesto de manifiesto que la simplificación que supone el instrumento opcional puede ser un atractivo para que se elija por las empresas como un modelo de contrato “neutro”, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final”, *RabelsZ*, nº 2, 2011, pp. 414 – 415. Para F. GÓMEZ POMAR; M. GILI SALDAÑA, “El futuro instrumento opcional...”, *op. cit.*, pp. 12 – 13, es poco justificable la limitación del ámbito a las PYME teniendo en cuenta que el 60% de las operaciones comerciales europeas proviene de las grandes empresas, siendo deseable que todos los Estados miembros hicieran uso de la facultad del art. 13.b) que permite incluir a todas las empresas. En cierto sentido, del mismo modo piensan R. ILLESCAS ORTIZ; P. PERALES VISCASILLAS, “El Reglamento Opcional...”, *op. cit.*, p. 12. Aunque, como veremos, estos autores son de la opinión de que el instrumento opcional debería centrarse en la contratación con consumidores, consideran que, si finalmente se opta por incluir las relaciones entre empresarios dentro del ámbito de aplicación de la propuesta, debería hacerse en general, es decir, abarcando a todos los empresarios y no solo a las PYME, y más teniendo en cuenta que los criterios que se utilizan para delimitar a las PYME son un tanto confusos y difíciles de aplicar. Cuestionando asimismo la restricción del ámbito de aplicación del instrumento opcional a las PYMES, M. EBERS, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, *InDret*, nº 1, enero 2012, p. 29.

³³⁴ H. SCHULTE-NÖLKE, “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, p. 64; C. TWIGG-FLESNER, “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, p. 104.

R. ILLESCAS ORTIZ; P. PERALES VISCASILLAS, “El Reglamento Opcional...”, *op. cit.*, p. 11, no ven en las diferencias en materia de derecho contractual europeo un grave obstáculo al comercio transfronterizo pues en la práctica una buena parte de los empresarios recurren a formularios de condiciones generales ya elaborados por instituciones de los diferentes sectores, lo que implica una cierta garantía de equilibrio. Dicha ausencia de necesidad de intervención legislativa en este área, hace que

130. En líneas generales, este texto de Derecho europeo sigue los pasos de los anteriores. Junto con los límites genéricos a la libertad de contratación (el artículo 1 promulga la libertad de las partes de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, libertad tan solo limitada por las normas imperativas a lo que se suma el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual (art. 2) y el cooperación (art. 3)), se introducen determinados requisitos para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente –no tienen que ser condiciones generales- que afectan, aunque de diferente manera, tanto a los contratos con consumidores como a los contratos entre empresarios.

131. La definición de condiciones generales de la contratación coincide con la de los PECL, Acquis y DCFR (y nuestro art. 1 LCGC), siendo sus rasgos, asimismo, la predisposición, la pluralidad de contratos como destino y la ausencia de negociación individual (art. 2 Reglamento, “Definiciones”³³⁵). Ausencia de negociación individual que, según el art. 7 de la propuesta de normativa común, se produce cuando la cláusula ha sido impuesta por una de las partes y la otra no ha podido influir en su contenido³³⁶. También para estas cláusulas se prevén controles específicos, de incorporación y de contenido, con los matices que veremos a continuación³³⁷.

132. El elemento del control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente que es de aplicación a todos los contratos en general y, por tanto, también a contratos concluidos entre empresarios, se encuentra en el Capítulo 7, con rúbrica “*Contenido y efectos*” y fuera, por consiguiente, del capítulo dedicado a las cláusulas contractuales abusivas (Capítulo 8). El art. 70 de la propuesta de normativa común recoge el deber de llamar la atención sobre este tipo de cláusulas, de tal forma que “*las cláusulas contractuales impuestas por una de las partes y no negociadas individualmente a tenor del artículo 7 podrán ser invocadas contra la otra parte solo si ésta tuvo conocimiento de ellas, o si la parte que las impuso adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración*”. Este deber no excluible ni modificable por las partes, es un deber general ya que se exige con independencia de la condición de consumidor o no del adherente³³⁸. A este requisito de cognoscibilidad, sin embargo, no se le suma uno de transparencia, que queda relegado a los contratos con consumidores, para los que sí que se exige la redacción en un lenguaje sencillo y comprensible, tal y como se desprende del art. 82³³⁹.

133. La sanción general que conlleva la declaración de abusividad de cláusulas incorporadas por un contratante es la no vinculación para la parte adherente, tal y como dispone el art. 79 de la propuesta. Y esto es así tanto para contratos con consumidores como para contratos entre empresarios. Sin embar-

estos autores encuentren preferible una propuesta centrada en los consumidores en exclusiva, más cuando el contenido del CESL resulta a su juicio excesivamente proteccionista. A esto se suma el hecho de que el texto europeo propuesto se solapa sustancialmente con el ámbito de aplicación de la Convención de Viena, lo que hace cuestionarse su utilidad (pp. 10 – 11). Señalando también la coincidencia entre el CESL y la Convención de Viena, F. SCIAUDONE, “Proposal for a Regulation...”, op. cit., pp. 9 – 10. No augura el artículo una gran influencia del CESL, al menos en transacciones entre empresarios, a la vista de esta duplicidad y la propia experiencia con la Convención de Viena –de escasa aplicación- pues los empresarios preferirán aplicar instrumentos jurídicos con los que estén ya familiarizados y en los que hayan invertido, probablemente, tiempo y dinero.

³³⁵ Se definen las condiciones generales de la contratación como “*cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea*”.

³³⁶ De forma casi exacta que el DCFR, apunta que no se considera que una cláusula se ha negociado individualmente por el hecho de que una parte la haya elegido dentro de un listado que la otra le ha impuesto. La carga de la prueba de la negociación individual recae también sobre el que lo alegue (el comerciante, en el caso de un contrato entre empresario y consumidor).

³³⁷ Acerca del control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre comerciantes en el CESL, véase M. EBERS, “El control de las cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 29 – 37.

³³⁸ Sin perjuicio de que en el caso de que el adherente sea un consumidor se especifique que la mera referencia en el texto del contrato no bastará para considerar que se han adoptado medidas suficientes para que el consumidor tenga conocimiento de las cláusulas contractuales aun cuando el consumidor haya suscrito el documento.

³³⁹ Aunque estrictamente no es un control de incorporación, debe anotarse que también el CESL dedica un artículo, el 39, a regular el ya mencionado supuesto de incompatibilidad de condiciones generales de contratación, supuesto que, como dijimos, tiene su ámbito de aplicación mayoritario precisamente en los contratos mercantiles. Resuelve el conflicto de modo análogo a los PECL y el DCFR, esto es, entendiendo celebrado el contrato si hay acuerdo y formando parte del mismo las condiciones generales que coincidan en lo fundamental.

go, mientras que la regulación de las cláusulas abusivas en los primeros sigue el esquema tradicional de control de incorporación –añadiendo un deber de transparencia al de cognoscibilidad- y control de contenido, basado en una cláusula general (art. 83) a la que complementan dos listas de cláusulas, una negra (art. 84) y otra gris (art. 85), la ordenación prevista para las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios se contempla en un solo precepto, el art. 86. Sin hacer alusión, como habíamos anticipado, a ningún deber de transparencia –por oposición a los contratos con consumidores-, el art. 86 dota de contenido al término “abusivo” en este tipo de contratos. De este modo, señala que una cláusula será abusiva en un contrato celebrado entre comerciantes solo si: “a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual”. Aporta este precepto una serie de criterios para ayudar a valorar la abusividad de una cláusula, criterios similares a los ya vistos en líneas anteriores y que se concretan en la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del mismo y el resto de cláusulas contractuales o cualquier otro contrato del que dependa.

Así las cosas, podemos concluir que se sujeta al control de contenido, por tanto, toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se incorpore a una pluralidad de contratos o a uno solo en particular³⁴⁰. La cláusula general de abusividad sigue una fórmula parecida en parte a la que ya hemos visto en los Principios Acquis y el DCFR³⁴¹. Las buenas prácticas comerciales y la buena fe son los dos parámetros a evaluar, con ayuda de los criterios que se aportan y que, al contrario del DCFR, no incluyen ninguna mención a la transparencia de las cláusulas. Esto es, posiblemente, para mantener la coherencia con el hecho de que en el control de incorporación en contratos entre empresarios solo consta del deber de cognoscibilidad pero no de un deber de redacción y comunicación sencilla y comprensible.

134. Se ha dicho del CESL que es una norma basada en el principio de protección de la parte compradora débil, imponiendo para ello normas imperativas defensoras de su interés. Aunque esto se ve claramente en la protección de los consumidores, también se contempla al empresario como posible sujeto a tutelar. Y no solo en las cláusulas predisuestas. Fuera de las cláusulas no negociadas individualmente, en este sentido, el art. 23 de la propuesta de normativa común impone expresamente al empresario que contrate con otro comerciante el deber de proporcionar información precontractual relativa a los bienes y servicios relacionados, variando la intensidad de esta exigencia en función de variables como los conocimientos especializados del suministrador, el coste, importancia y naturaleza de la información, las buenas prácticas o la facilidad de acceso a la información por el otro contratante³⁴². Del mismo modo, también es el empresario sujeto a tutelar respecto de las cláusulas abusivas respecto al pago de intereses de demora, incorporando en el texto (arts. 168 – 171) la regulación de la morosidad en las operaciones comerciales.

135. Ciertamente, a raíz de todo lo que aquí hemos expuesto queda patente que en los textos de Derecho europeo de contratos más relevantes en la actualidad existe la conciencia de la necesidad de proteger determinadas situaciones en los negocios jurídicos concluidos entre profesionales, en especial, cuando lo

³⁴⁰ Y, además, que no se trate de la definición del objeto principal del contrato ni de la adecuación del precio que deba pagarse (art. 80.3).

³⁴¹ Aunque, como se ha señalado, a diferencia del DCFR, que se refiere solo a las condiciones generales de la contratación, el CESL rige para toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se haya formulado para su integración en una o en más transacciones.

³⁴² “1. Antes de la celebración de un contrato de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante, el proveedor tendrá la obligación de revelar por cualquier medio adecuado al otro comerciante cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que viera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte. 2. Para determinar si el apartado 1 exige que el suministrador revele cualquier información, deberán considerarse todas las circunstancias y, en especial: a) si el suministrador tenía conocimientos especializados en la materia; b) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; c) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; d) la naturaleza de la información; e) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y f) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión”.

son mediante condiciones generales de la contratación, sin que en exclusiva sea merecedor de esta tutela el consumidor. En este sentido y como se dejó anotado en la introducción, el régimen jurídico español vigente de las condiciones generales difiere en muchos aspectos de las tendencias de Derecho europeo aquí reseñadas. Esto no obsta, sin embargo, para afirmar, de cara al futuro, que estos textos sí que se han convertido en un importante referente en la medida en que han sido tomados en cuenta por la Comisión General de Codificación para la elaboración de su Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en lo que a condiciones generales se refiere, al menos por parte de la Sección de Derecho civil³⁴³.

IV. Conclusiones

136. La pertinencia de una protección de ciertos empresarios adherentes mediante un control de contenido se refuerza al mirar hacia algunos ordenamientos jurídicos vecinos y a las tendencias de Derecho privado europeo. Así, en algunos países –Alemania, Portugal, Holanda- se contempla de forma expresa un control material en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, aludiendo a argumentos como el distinto poder de negociación entre las partes que impide que exista libertad para determinar el contenido del contrato; la dependencia del adherente; la situación de vulnerabilidad por falta de recursos para el asesoramiento o la falta de experiencia, que conlleva el desconocimiento del verdadero alcance del clausulado. Se diferencia, eso sí, la protección del consumidor de la del empresario adherente y también entre distintos tipos de empresarios adherentes. Se recurre para ello, por ejemplo, a fórmulas como los usos y costumbres vigentes en el comercio (“*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”) o los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la misma especie (“*quadro negocial padronizado*”) o bien a un criterio más concreto, como el número de trabajadores y el volumen de facturación (Holanda y Reino Unido en su propuesta de reforma). Incluso en países en los que no hay una previsión general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, han ido surgiendo ciertas regulaciones parciales para situaciones en las que ambas partes son empresarios y que están íntimamente asociadas con supuestos de desigualdad estructural entre los contratantes. Es el caso de Italia con el “*contratto di subfornitura*” o con el “*diritto di regresso*” a favor del minorista o el de Francia, con su Ley para la Modernización de la economía y la protección frente a desequilibrios significativos en los derechos y obligaciones de las partes. Son normas de alcance limitado y en algunos casos concebidas más bien dentro del Derecho de la competencia que, aunque con distinta finalidad, comparte con el problema de la predisposición contractual en las condiciones generales la existencia de una posición de dominio de la parte fuerte. Sin embargo, tanto su propia promulgación como la doctrina y jurisprudencia generadas a su alrededor, no dejan de ser indicadores de una voluntad de protección de determinados sujetos y en determinados supuestos en el ámbito empresarial.

137. Es más, en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, ha sido común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes. En el caso francés sobresale, como no podía ser de otra forma, el recurso a la “*cause*” en las cláusulas de limitación de responsabilidad a través del concepto de “obligaciones esenciales”. Pero tanto en Francia como en el resto de ordenamientos, las figuras son comunes: abuso de derecho, buena fe, culpa grave, dolo, orden público, moderación de las cláusulas penales, etc. De hecho, son las mismas cuyas posibilidades como normas de control de contenido se han analizado por la doctrina española, dado que en nuestro país tampoco existe control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

138. Y todavía más elocuente nos parece el hecho de que en todos los países analizados en los que no se contempla expresamente el control material en contratos no negociados entre empresarios

³⁴³ K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, en K. J. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 15 – 25.

así como en el ámbito europeo estén en marcha, con mayor o menor recorrido, proyectos de reforma o de unificación que, en lo referente a la contratación predispuesta, tienen en común entender que el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Francia, en Italia y en Reino Unido. Especialmente relevante por su actualidad es el caso francés, cuya modificación del Derecho de obligaciones y contratos se está llevando a cabo en estos momentos –y se prevé que entre en vigor en otoño– e incluye una amplia protección frente a cláusulas desequilibradas. Y ocurre lo mismo, en línea con esta tendencia, con todas las propuestas de Derecho europeo de contratos, con la sola excepción del Proyecto de Pavía. Los PECL, DCFR, Principios Acquis y la Propuesta europea de Reglamento de compraventa contemplan al empresario adherente como sujeto a proteger, con algunas diferencias en su configuración pero coincidiendo en la idea de base ya aquí aludida: la imposición contractual implica la necesidad de control si conlleva desequilibrios significativos en el contenido.

139. En España, estos movimientos de unificación europeos han tenido influencia en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección civil de la Comisión general de la Codificación, cuyo art. 1262 prevé un control de contenido para cualquier adherente en general –sea consumidor, sea empresario– basado en la figura de la buena fe y del desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes. Incluye, asimismo, una lista negra de cláusulas abusivas y, dando un paso más en la protección, incluso una presunción de abusividad de aquellas condiciones generales que se aparten de lo dispuesto por el Derecho dispositivo. Por contra, no ocurre lo mismo con la propuesta de reforma de nuestro Derecho privado que ha llegado más lejos hasta ahora, es decir, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: este texto mercantil, ajeno a las tendencias europeas, volvería a dejar sin control de contenido a los contratos entre empresarios mediante condiciones generales. Sin embargo, a nuestro entender y a la vista del análisis del Derecho comparado y europeo expuesto en estas líneas, parece que hay buenas razones para ampliar a todo adherente el ámbito subjetivo del control material en contratos mediante condiciones generales.

PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO EUROPEO:
PROFILI TEORICI E APPLICATIVI

GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: THEORETICAL
AND PRACTICAL APPLICATIONS

GABRIELE PEPE

*Ricercatore di diritto amministrativo
Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma*

Recibido: 19.05.2015 / Aceptado: 29.05.2015

Riassunto: Il lavoro descrive la progressiva influenza dei principi europei sull'ordinamento giuridico italiano, soffermandosi sulle relazioni tra le autorità amministrative ed i destinatari dell'azione pubblica. Il lavoro inizia con l'analisi di alcune categorie di teoria generale (l'interpretazione della legge, il ruolo del giudice, le funzioni dei principi e la distinzione tra principi e regole). L'indagine è particolarmente utile per l'esatta comprensione dei principi europei che deriva la maggior parte dei suoi elementi costitutivi dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. L'impatto dei principi europei sull'ordinamento italiano è in particolare rafforzato dalle pronunce della Corte di giustizia le quali, a differenza delle comuni pronunce giurisdizionali, producono effetti non già *inter partes* ma *erga omnes*. Il lavoro continua ad esaminare le relazioni conflittuali tra atti nazionali e le fonti europee, mettendo in evidenza in particolare i rimedi necessari per risolverne i conflitti. In ragione del primato delle fonti europee i principi sovranazionali sono le principali norme del diritto, influenzando direttamente o indirettamente l'ordinamento giuridico italiano.

Parole chiave: diritto europeo, principi generali, Corte di giustizia, primazia del diritto europeo, atti nazionali, conflitti.

Abstract: The paper describes the progressive influence of the European principles on the Italian legal system, focusing on the relations between the administrative authorities and those who are subject to public action. The paper begins with the analysis of certain categories of general theory (interpretation of the law, the judge's role, the functions of the principles and the distinction between principles and rules) The survey is particularly useful for the exact understanding of European principles, which are mostly based on the member states legal traditions. The impact of European principles on the Italian system is also enhanced by the Court of Justice's judgements which, unlike the common judicial rulings, produce an effect not "*inter partes*" but "*erga omnes*". The paper continues to examine the conflicting relations between the national acts and the European sources, highlighting in particular the remedies available in the event of a conflict. Due to the primacy of European sources, the supranational principles are the main provisions of law, which influence directly and indirectly the Italian legal system.

Key words: European law, general principles, Court of justice, primacy of European law, national acts, conflicts.

Sumario: I. Introduzione. II. L'interpretazione del diritto e la funzione del giudice: cenni alle tecniche ermeneutiche proprie del giudice nazionale e del giudice europeo in tema di principi. III. I principi nella teoria generale del diritto: la distinzione tra principi e regole. IV. I conflitti tra

principi. V. I principi europei quale *trait d'union* tra ordinamenti e tra giurisdizioni. VI. Classificazione e funzioni dei principi europei. VII. L'attività della Corte di giustizia nella elaborazione ed applicazione dei principi europei in vista dell'ampliamento degli spazi di libertà del cittadino. VIII. L'importanza delle sentenze della Corte di giustizia nel quadro di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale. IX. Il conflitto tra principi europei e norme nazionali. X. L'illegittimità europea dell'atto amministrativo: tipologie, caratteri e poteri del giudice. XI. La nullità dell'atto amministrativo per violazione della normativa e dei principi europei. XII. Conclusioni.

I. Introduzione

1. Nell'età della globalizzazione l'operatore giuridico assiste "*alla crescita esorbitante, alla frantumazione, alla contraddittorietà delle regole*"¹. In un contesto sempre più globale e complesso si fa urgente il bisogno di individuare nuovi strumenti (i principi generali) capaci di raccordare e armonizzare una pluralità di fonti eterogenee (locali, nazionali, ultrastatali)² che insistono sui medesimi territori e disciplinano i medesimi fenomeni³.

I principi di elaborazione pretoria rappresentano la fonte ideale per l'immediata precettività⁴ e l'estrema duttilità che li caratterizza. In questa prospettiva "*l'attuazione giudiziale del diritto diviene momento portante della costruzione giuridica e alla giurisprudenza necessariamente si riconosce uno spazio ben maggiore di quello che il modello tradizionale positivista le attribuiva*"⁵. Ecco perché la figura del giudice nazionale ed europeo diviene essenziale per la crescita di un sistema giuridico, quale il sistema europeo, in continua e rapida espansione⁶.

La tematica dei principi generali ha da sempre affascinato, all'interno di ciascun ordinamento statale, la dottrina più autorevole sia nella enucleazione dei profili di teoria generale sia nella disamina delle correlate ricadute applicative.

Ai fini del presente articolo un'analisi dei principi in chiave dogmatica, condotta secondo studi di teoria generale, si giustifica in ragione della derivazione dei principi europei dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. La stessa composizione della Corte di giustizia (formata da giuristi di chiara fama provenienti dai vari Paesi europei) fornisce la prova del retaggio culturale-giuridico, di matrice nazionale, che certamente influenza il giudice di Lussemburgo nella elaborazione dei principi europei.

¹ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, il Mulino, 2010, pp. 33 ss.

² S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/1991, pp. 3 ss.; G. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/1993, pp. 74-84.

³ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, op. cit., pp. 33 ss.. L'Autore sottolinea la rilevanza centrale dei principi per ricondurre ad uniformità ed omogeneità disposizioni normative frammentate e discordanti; ciò al precipuo fine di garantire una maggiore certezza del diritto nonché un sistema di tutele più solido ai destinatari dell'azione pubblica.

⁴ È stata ormai definitivamente accolta la tesi crisafulliana che considera i principi norme di condotta imperative, bilaterali e coercibili alla stregua delle regole positivamente date.

⁵ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 53 ss.. Secondo l'Autore "*caduta da tempo la pregiudiziale del giuspositivismo legalista, che collegava necessariamente la positività del principio ad una sua incorporazione in un testo scritto, è ormai acquisito che sono norme al pari di quelle desunte da disposizioni allo scopo codificate anche i principi sans texte formel, affermati dalle decisioni giurisprudenziali, interpretative e anche integrative in una sorta di judicial legislation dell'ordinamento*". Per una ricostruzione del fenomeno vedasi anche C. CASTRONOVO, *L'appassimento dello Stato moderno e un libro sulla obsolescenza delle leggi*, *Jus*, 1983, p. 238.

⁶ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice nella società che cambia. Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, *Atti del convegno "L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele"*, Agrigento 17-18 settembre 2010, www.google.it. Per una analisi delle contaminazioni giurisprudenziali tra i vari Paesi in un'ottica comparata B. MARKENSIS-J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, pp. 1 ss. Con riferimento al ruolo dell'organo giurisdizionale nell'odierno contesto europeo S.M. CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di Sandulli M.A., *Foro amm. Tar, suppl.* n. 7-8/2007, pp. 3 ss.

In virtù di tali considerazioni, un'analisi dei tratti distintivi dei principi e delle relative tecniche interpretative nell'ambito dei sistemi giuridici statali può contribuire a favorire l'esatta comprensione del ruolo, dei caratteri e della funzione dei principi dell'ordinamento europeo⁷.

Una volta chiariti tali aspetti, sarà più agevole comprendere l'influenza esercitata dai principi sovranazionali all'interno di ciascuno Stato membro, segnatamente nei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione; una influenza penetrante e capillare che si è sviluppata tanto in via diretta quanto in forma riflessa, attraverso la conformazione di principi, regole e istituti del diritto nazionale e segnatamente del diritto amministrativo italiano.

Oggi i principi europei assurgono a veri e propri canoni distintivi dell'azione normativa e amministrativa dei pubblici poteri domestici sia a livello statale sia a livello regionale. A tal proposito si analizzeranno nel prosieguo dell'indagine le ipotesi di conflitto tra gli atti normativi e amministrativi italiani e l'ordinamento europeo.

Per quanto concerne il diritto amministrativo, i principi europei hanno valorizzato taluni principi, tra cui i principi costituzionali, già presenti nel nostro sistema giuridico, favorendo l'ampliamento degli ambiti di tutela del cittadino dinanzi ai pubblici poteri; infatti tali principi hanno per molti anni rappresentato a livello interno mere enunciazioni di stile, senza ricevere una corretta e soddisfacente applicazione. Conseguentemente per lungo tempo le legittime pretese dell'individuo sono state arbitrariamente comprese dalle autorità amministrative, rimanendo sfinite, altresì, di idonea ed effettiva tutela anche in sede giurisdizionale.

Pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 il cittadino, di fatto concepito alla stregua di un mero suddito, ha vissuto per decenni una condizione di subalternità nei confronti dei pubblici poteri, assistendo spesso impotente alla frustrazione delle situazioni giuridiche di cui fosse titolare.

Viceversa deve essere tributato al diritto europeo l'indiscutibile merito di avere progressivamente esteso gli spazi di libertà del cittadino, conferendo piena effettività alla tutela delle situazioni giuridiche individuali sia in ambito procedimentale sia in sede processuale⁸, ridimensionando al contempo i profili più autoritari (e odiosi) del potere pubblico. Lungo tale direttrice l'azione della Pubblica Amministrazione è geneticamente mutata, evolvendosi in una nuova concezione del rapporto tra l'autorità pubblica e la libertà privata.

II. L'interpretazione del diritto e la funzione del giudice: cenni alle tecniche ermeneutiche proprie del giudice nazionale e del giudice europeo in tema di principi

2. I principi europei costituiscono una *species* del più ampio *genus* dei principi generali del diritto (o dell'ordinamento), ispirandosi per larga parte il sistema dell'Unione europea alle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

L'indagine sui principi, in una prospettiva di teoria generale si riallaccia, a sua volta, al ruolo ed alla funzione del giudice, investito di compiti di analisi ed interpretazione dell'intero assetto normativo. Nella consapevolezza della diversità delle tecniche ermeneutiche nei vari Paesi membri⁹, si intende focalizzare l'attenzione sul sistema italiano per poi procedere ad una comparazione con l'esperienza sovranazionale ed in particolare con l'attività della Corte di giustizia.

⁷ Lo studio dei principi europei si riannoda a doppio filo alla disamina dei sistemi giuridici nazionali, poichè i principi si nutrono di elementi estratti dalle tradizioni giuridiche statuali che vengono poi rielaborati in sede sovranazionale. Per tali ragioni una trattazione dei principi europei postula imprescindibilmente l'esame delle questioni dogmatiche emerse negli ordinamenti interni e, in special modo, nell'ordinamento italiano (funzione interpretativa del giudice, distinzione tra principi e regole, conflitti tra principi *etc.*). In questo modo sarà possibile comprendere sia l'*iter* formativo sia le ricadute applicative dei principi sovranazionali nelle realtà ordinarie nazionali.

⁸ M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento amministrativo europeo e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2013, pp. 1 ss..

⁹ G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, II ed., a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2006, pp. 547 ss.. Ad avviso dell'Autore "in un sistema non codificato-come ad es. quello inglese-i principi hanno rilevanza maggiore di quella dispiegata in un sistema codificato: ciò perchè non sono confinati al rango di fonte sussidiaria o di tecnica meramente interpretativa, come di solito accade nei sistemi codificati".

In primo luogo occorre sottolineare come l'interpretazione¹⁰ possa definirsi quale vero e proprio fenomeno di creazione concreta dell'ordine giuridico¹¹. Quest'opera ermeneutica ha come artefice principale il giudice¹², chiamato a ricostruire la norma applicabile dalla dimensione concreta del fatto¹³. Il magistrato è, dunque, “l'anello di congiunzione tra l'astrattezza della fattispecie e la muta espressività del fatto”¹⁴ ed ogni sua decisione è atto di concretizzazione dell'ordinamento.

L'ermeneutica del diritto, del resto, affonda le proprie radici nella distinzione di teoria generale tra disposizione e norma efficacemente elaborata dalla più autorevole dottrina italiana¹⁵. La prima si configura come “determinazione volontaria” ascrivibile ad un soggetto, mentre la seconda si pone come “conseguenza” della prima, esito della sua interpretazione. La disposizione, dunque, è il testo da interpretare, mentre la norma è il prodotto dell'interpretazione. “In entrambi i casi può cogliersi il carattere di novità della norma che non è qualcosa che il testo già possiede, ma qualcosa che nasce dall'elaborazione dell'interprete”¹⁶. Così la norma si emancipa dalla disposizione andando a formare un nuovo tassello dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione ha pertanto funzione con-creativa dell'ordine giuridico ed il giudice ne è protagonista indiscusso¹⁷, in quanto il diritto nasce sempre più attraverso l'attività giurisprudenziale.

Può, dunque, dirsi superata l'idea che la funzione giudiziaria sia prevalentemente conservativa dell'ordine giuridico¹⁸. Il giudice non è più considerato, quant'anche lo sia mai stato, “bouche de la

¹⁰ La bibliografia in tema di interpretazione giuridica è sterminata. Si segnalano, senza pretese di esaustività, V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1 ss.; F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, 2011, pp. 1 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009, pp. 1 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 1 e ss., spec. p. 459; V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*; J. WROBLEWSKY, *Il problema della traduzione giuridica*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2007, pp. 155 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 1 ss.; M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 173 ss.; L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 ss.; V. MATHIEU, *Interpretazione, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 1999, pp. 53-60; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 3 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu A.-Messineo F., Giuffrè, Milano, 1980, pp. 42 ss.; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), Edizione corretta ed ampliata, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 806 ss.; T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, pp. 1 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

¹¹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (trad. it. Treves), Milano, 1952, pp. 117 ss.. L'autore considera ogni atto di applicazione del diritto una creazione dell'ordinamento giuridico: “La creazione di una norma giuridica è, normalmente, un'applicazione di una norma superiore”. Inoltre “ogni atto creativo del diritto deve essere un atto applicativo del diritto”.

¹² R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 1 ss.; H. ALBERT, *Scienza giuridica ed ermeneutica. Il diritto come fatto sociale e il compito della giurisprudenza*, *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2007, pp. 31 ss.; M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, *Contratto e impresa*, 1999, p. 243; G. HIRSCH, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico. Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia* 2007, p. 107; B. RUTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, *Criminalia* 2007, p. 121.

¹³ K. ENGLISH, *Logische studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, *passim*.

¹⁴ C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 301.

¹⁵ V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.. L'Autore individua nella disposizione qualunque fonte-atto dell'ordinamento giuridico capace di esprimere una “volontà di disporre”. La disposizione, pertanto, contiene una “determinazione volontaria” riferibile ad un soggetto determinato. La disposizione, inoltre, deve sempre essere “inclusa nella parte imperativa o precettiva dell'atto”, oltre a promanare da soggetti competenti alla sua deliberazione. La norma è, invece, il frutto, la “conseguenza” della interpretazione della disposizione. La norma viene “rivelata” dalla disposizione, la quale rappresenta una “dichiarazione vincolante e insostituibile” della stessa.

¹⁶ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., p. 5.

¹⁷ E. MILLARD, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2009, pp. 1 ss..

¹⁸ Si tratta di una concezione cara alla dottrina *montesquiviana* della separazione dei poteri che ha avuto grande seguito con l'entrata in vigore del *Code Napoleon* (1804).

loi” con funzioni meramente esecutive¹⁹, bensì è visto come un innovatore dell'ordine giuridico²⁰. Egli, infatti, principiando dal dettato normativo, giunge ad una decisione alla quale contribuiscono anche le sue autonome valutazioni e le sue scelte. Infatti, nell'esercizio della discrezionalità il giudice compie talvolta scelte politiche (nell'accezione scientifica del termine) alla ricerca di una mediazione tra i molteplici interessi in conflitto²¹.

L'organo giurisdizionale è, in definitiva, chiamato a chiarire disposizioni oscure o ad integrare lacune del sistema²². Come magistralmente affermato da Andrioli “*quello che non fa il legislatore lo fa il giudice se ne è capace*”. Ed in questo ruolo il giudice è sempre più solo nell'età della globalizzazione segnata dal crepuscolo dell'autorità statale²³ e dall'eclissi dello strumento legislativo.

La funzione creativa (o concreativa) dell'organo giurisdizionale viene valorizzata, in special modo, nell'ambito della ermeneutica costituzionale²⁴. La Costituzione, momento di sintesi di valori e principi di un sistema giuridico²⁵, racchiude in sé concetti spesso vaghi e indeterminati, clausole generali²⁶ che necessitano di una continua attività di implementazione e rivisitazione in sede interpretativa²⁷. Particolarmente accurata è l'attività di scelta, composizione e ponderazione di principi e valori, funzionale ad una progressiva costruzione dei significati del testo costituzionale²⁸.

¹⁹ R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?* in *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività della tutela*, Atti Convegno, Agrigento, 2010, pp. 5 ss.. Il rapporto tra legislatore e giudici non è configurabile in termini di gerarchia “*ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell'ordinamento giuridico*”. M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 20-21: “*Le teorie formaliste dell'interpretazione, fondate sulla cosiddetta ideologia del codice, prevalenti fino alla prima metà del secolo scorso (...), decisamente influenzate da una concezione forte della separazione dei poteri (...) riducono l'attività interpretativa ad una facile ricognizione della intenzione del legislatore intesa come sua volontà politica soggettiva*”.

²⁰ Il diritto giudiziario come complesso di regole e principi forgiati dalle Aule di giustizia si colloca nella più ampia teoria “*del doppio volto del diritto*” (Merkl A.) secondo la quale l'applicazione del diritto è sempre, al contempo, anche atto di creazione del diritto. La tesi della natura creativa della funzione giurisdizionale è sostenuta, tra gli altri, da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, pp. 1 ss.. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 1 ss.. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 165 ss..

²¹ Sulle problematiche connesse all'interpretazione giudiziale, tra i tanti, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 351 ss..

²² S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 1 ss..

²³ V. *La solitudine del giudice globale* *Ars Interpretandi*

²⁴ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 110. Secondo l'Autore con l'entrata in vigore della Costituzione “*svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo*” e “*subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema in movimento soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e della leggi*”. Vedasi G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, III ed., Giappichelli, Torino, 1993, *passim*.

²⁵ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1 ss..

²⁶ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. modello, tecnica, stile*, Padova, 1988, pp. 224 ss.. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, pp. 1 ss..

²⁷ N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 865 ss..

²⁸ Sulla funzione e sulle modalità dell'interpretazione costituzionale T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, op. cit., pp. 351 ss.: “*Oggetto dell'interpretazione non è una norma, ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi passato, storico, che si formula la norma (come presente ed anzi proiettata nel futuro). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo (o di un comportamento) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma. Questo lavoro...è il lavoro della stessa applicazione del diritto*”. In argomento anche F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, pp. 512 ss.. R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, *Giur. cost.* n. 1/2006, pp. 743 ss.. C. MORTATI, voce *Costituzione*, (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana), *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 178 ss.. A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, pp. 11 ss.. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, *Pol. dir.*, 1991, pp. 639 ss.. F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, *Giur. cost.*, 1992, pp. 3712-3789. R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986) trad. it. Caracciolo L., Milano, 1989, *passim* (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1 ss..

La funzione creativa del giudice si esprime, pertanto, al massimo grado nell'attività di elaborazione dei principi fondamentali²⁹ e generali, la quale, al di là dell'esegesi costituzionale, è estensibile ad ogni testo e a qualsivoglia plesso giurisdizionale.

L'uso di una tecnica normativo-interpretativa per principi è tipica del costituzionalismo novecentesco: l'affermazione di una *higher law*, che pone fine al mito dell'onnipotenza del legislatore, si coniuga, soprattutto in ambito pubblicistico, con la valorizzazione dei diritti e delle libertà del cittadino quali valori fondanti l'ordinamento nel suo complesso. Secondo autorevole dottrina “*i principi appaiono come un fattore ineliminabile nell'arte e nel processo della normazione e dell'interpretazione o, che è la stessa cosa, sono strumenti indispensabili all'evoluzione del diritto*”³⁰.

I principi generali rivestono, così, un ruolo di primo piano assolvendo a plurime funzioni:

- a) mezzi di auto-integrazione dell'ordinamento;
- b) parametri di legittimità delle disposizioni normative e amministrative;
- c) strumenti per l'interpretazione di regole criptiche ed oscure.

I principi si presentano come prescrizioni immediatamente precettive³¹. Normalmente si ricavano da norme positive “*attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione crescente*”³². I principi rappresentano il “*trasformatore permanente*” di ogni ordinamento, quale valvola di aggiornamento e rinnovamento continuo del sistema. Per tali ragioni i principi non assumono, di regola, la forma di enunciati precisi, assoluti e rigidi, ispirandosi, viceversa, ai caratteri della elasticità³³ e relatività³⁴. I principi, infatti, sono “*scatole vuote*” che il giudice riempie di significato, dopo un'accurata opera di *weighing and balancing*³⁵. In tal modo i principi consentono all'organo giurisdizionale splendidi salti in avanti rispetto al legislatore soprattutto nell'assicurare tutela, sia pure *case by case*, alle situazioni giuridiche soggettive individuali. Proprio l'attività dei giudici europei è risultata determinante nel potenziamento delle sfere di libertà del cittadino dinanzi alle autorità pubbliche. Infatti in ambito sovranazionale si registra il potenziamento della figura del *judge-made law*, incarnato perfettamente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; un giudice per taluni profili assimilabile, nella attività interpretativa compiuta, ad un giudice costituzionale.

Muovendo dagli aspetti comuni, si può notare che sia la Consulta italiana che il giudice europeo utilizzino come base un testo di rango primario (Costituzione e Trattati) fondativo dei rispettivi sistemi; inoltre entrambi i plessi giurisdizionali sono chiamati ad un'attenta ermeneutica improntata alla decodificazione di principi e regole nelle fattispecie ad essi sottoposte³⁶.

²⁹ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, Riv. it. fil. dir., 1985, p. 65.

³⁰ G. ALPA, *I principi generali*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, op. cit., p. 547.

³¹ Sul ruolo precettivo dei principi concorda anche la giurisprudenza amministrativa *Adun. Plen. Cons. Stato* n. 3/1961, *Cons. Stato* 1961, p. 54, secondo la quale “*non vi è settore alcuno di pubblica amministrazione che sia sottratto all'impero del diritto*” perché “*il diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme giuridiche ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema*”. In tal modo il sistema può dirsi completo e senza lacune incolumabili.

³² V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Riv. int. fil. dir., 1941, p. 41.

³³ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, op. cit., p. 64. Secondo l'Autore “*in realtà proprio la potenzialità espansiva che li connota attribuisce ai principi una elasticità tale per cui anche i conflitti si debbono risolvere non per affermazione-negazione, validità-invalidità, ma per espansione o compressione, in relazione al peso reciproco di principi in, sempre necessario dunque, bilanciamento*”.

³⁴ M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, *Giur. cost.*, 1993, pp. 525-544. N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 895 ss.. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., pp. 41 ss..

³⁵ Infatti la ricerca giudiziale del giusto equilibrio tra principi in conflitto può svolgersi solo *case by case*, poichè la ponderazione è un'attività operativa che postula la valutazione di elementi concreti. La natura relazionale dei principi rende inammissibili astratte gerarchie tra gli stessi, di talchè è rinviata, di volta in volta, all'interprete l'opera di valutazione e composizione dei medesimi.

³⁶ Per una disamina approfondita dei principi costituzionali si rinvia a AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 ss..

Quanto agli elementi differenziali, è evidente come il testo dei Trattati europei, a differenza della Costituzione italiana, risulti frammentario e incompleto, sicché il giudice di Lussemburgo segue un percorso ermeneutico per principi assai più creativo rispetto alla Corte costituzionale, favorendo lo sviluppo del sistema europeo mediante un'opera di vera e propria supplenza legislativa³⁷. In un periodo di “*benevola noncuranza*” delle istituzioni dell'Unione Europea³⁸, la Corte di giustizia, nel ruolo di *law-maker*, ha progressivamente coniato nuovi principi, completando l'intelaiatura dei Trattati e sviluppando l'integrazione europea attraverso la promozione delle libertà individuali.

Tali principi, inoltre, hanno delineato i tratti distintivi del giovane sistema europeo, rimarcandone l'originalità e l'autonomia rispetto sia all'ordinamento internazionale sia agli ordinamenti statuali. Questo percorso è stato reso possibile inizialmente attraverso l'affermazione dei valori della *primauté* e della diretta efficacia delle norme europee, per poi proseguire con la valorizzazione delle libertà economiche e dei principi amministrativi sino alla proclamazione dei diritti umani.

Dalla progressiva ed incessante costruzione ermeneutica del giudice europeo è scaturita una “*costituzionalizzazione*” dei Trattati³⁹, trasformati di fatto in documenti di rango primario. Le tecniche interpretative del giudice sovranazionale tendono oggi a divergere da quelle proprie del diritto internazionale per avvicinarsi ai metodi tipicamente nazionali dei giudici domestici. Come si approfondirà nei paragrafi successivi, l'esegesi della Corte di Lussemburgo ha generato numerosi principi non scritti, ricavandoli dai Trattati, degli atti di diritto derivato, dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dal diritto internazionale. Il giudice europeo ha, così, agito in una prospettiva teleologicamente orientata al perseguimento delle finalità dell'ordinamento europeo, attingendo anche al materiale giuridico degli ordinamenti nazionali.

La Corte di giustizia, in particolare, ha saputo ritrovare le radici dei propri principi nei sistemi giuridici statuali, che hanno, dunque, fornito i mattoni per la costruzione di un ordinamento nuovo, del quale essi risultano, a pieno titolo, partecipi e verso il quale hanno l'obbligo di non assumere atteggiamenti di estraneità o contrapposizione. In questo modo il giudice sovranazionale ha saputo coniare e definire progressivamente i caratteri e l'ambito applicativo di una vasta serie di principi dal forte impatto amministrativo, principi che, attraverso la conformazione degli ordinamenti statuali, hanno impresso un'accelerazione al processo di conquista da parte dei cittadini europei di nuovi spazi di libertà dinanzi ai pubblici poteri.

³⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea, Atti del convegno La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, ottobre 2006, Roma, Jovene, Napoli, 2010, pp. 257 ss.. Il sistema europeo, ad avviso dell'Autore, è articolato in una serie di “*principi che insistono su di un ordine frammentario e che, come tali, possono essere definiti norme senza disposizione in senso crisafulliano. Siamo in presenza, pertanto, di una Costituzione senza parole, priva cioè di quel referente testuale su cui riposa l'opera delle Corti costituzionali degli ordinamenti nazionali*”. Mentre la Consulta italiana si è trovata ad agire in un sistema giuridico-istituzionale ben formato ed operativo, la Corte di giustizia ha iniziato ad operare in un ordinamento giovane ed incompleto, connotato da taluni elementi schizofrenici: si trattava, infatti, di un ordinamento *work in progress* dalle poche attribuzioni ma dagli obiettivi ambiziosi. Grandi finalità ma scarsi poteri, in un quadro caratterizzato dalle gelosie e resistenze degli Stati. La Corte di Lussemburgo è riuscita a trovare una difficile quadratura del cerchio, coniugando il più possibile lo sviluppo delle finalità dell'Unione con l'osservanza delle prerogative nazionali.

³⁸ E. STEIN, *Lawyers, judges, and making of transnational Constitution, American journal of international law*, 1981, pp. 1 ss.: “*Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe*”; trad. it.: “*Rintanata nel regno delle fate del ducato di Lussemburgo e benedetta, fino a poco fa, da una benigna noncuranza da parte dei poteri costituiti e dai mass media, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha forgiato una cornice costituzionale di un'Europa di tipo federale*”.

³⁹ Anche se formalmente si è al cospetto di normali accordi internazionali, con il Trattato di Lisbona la tendenza è ormai nel segno di una loro costituzionalizzazione, mediante la codificazione di valori e principi cogenti tipici di una Carta costituzionale. Peraltro già con il Trattato di Roma (2004), taluni consideravano avviato il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. A ben vedere le premesse della trasformazione del Trattato da atto internazionale in Costituzione sono insite nella stessa struttura del sistema europeo che ha tra i suoi più diretti destinatari anche i cittadini degli Stati membri.

III. I principi nella teoria generale del diritto: la distinzione tra principi e regole

3. Prima di esaminare nel merito rango, natura e caratteristiche dei principi europei, occorre in via preliminare decriptare il più generale concetto di principio, collocarlo nel sistema e tracciarne le differenze con figure affini⁴⁰.

Il dibattito sul ruolo e sui tratti distintivi dei principi generali è sempre stato vivo in dottrina. D'altro canto secondo la lezione del *Savigny* non sarebbe un buon giurista colui il quale non abbia una corretta padronanza dei principi.

I principi generali costringono l'operatore ad interrogarsi sulla loro natura giuridica, se siano norme o meno, e in caso di risposta affermativa, da dove essi vengano ricavati, in quali tipologie si articolino e con quali caratteristiche. Da ultimo sulla base di quali criteri essi possano distinguersi da figure similari.

Con l'espressione principi generali si indicano cose molto diverse, sicchè l'istituto non si appalesa né semplice né unitario.

Nella dogmatica tradizionale per principi generali del diritto o dell'ordinamento⁴¹ si intendono gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale o meglio le travi maestre su cui è costruito un sistema giuridico⁴².

I principi vengono altresì definiti come “*poli giuridici da cui l'ordinamento viene attratto; però questa forza attrattiva cambia da luogo a luogo e da epoca a epoca; sotto la medesima formula si celano significati diversi; ciò comporta che i principi non possono considerarsi immutabili e debbono essere storicizzati*”⁴³.

Per la natura relativa e cangiante, i principi generali sono stati oggetto di molteplici studi dagli esiti più disparati. Li si può suddividere in varie categorie:

- a) principi dell'ordinamento europeo;
- b) principi di rango costituzionale;

⁴⁰ G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2005, pp. 177 ss..

⁴¹ N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, op. cit., pp. 895 ss.. Il dibattito in Italia sui principi generali del diritto muove i primi passi dallo scontro tra la concezione legalistica sostenuta da V. Scialoja nel saggio del 1880 “*Del diritto positivo e dell'equità*” e la concezione giusnaturalistica di G. Del Vecchio nella sua opera del 1921 “*Sui principi generali del diritto*”. Per uno studio approfondito della tematica dei principi generali si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi di G. DALLARI, *Principi generali del diritto*, Milano, 1935, *passim*. F. ORESTANO, *Nuovi principi*, Bocca, Milano, 1939, *passim*. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 217. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., p. 41. M. VIARO, *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969, *passim*. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, op. cit., 1980, pp. 382 e ss.. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, *Sociol. dir.*, n. 10/1983, p. 7. F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, pp. 1 ss.. A. FALZEA, *Relazione introduttiva* in AA.VV., *Convegno “I principi generali del diritto”*, Roma, 27-29 maggio, 1991, Accademia nazionale dei lincei, Roma, 1992, p. 12. P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 395. M.S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, ora in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, p. 901. A. PINO, *La ricerca giuridica: finalità, oggetto, metodo*, Cedam, Padova, 1996, *passim*. V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 1 ss.. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2. V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcellona, 2006, pp. 1 ss.. J.M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, 2003, pp. 1 ss.. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPIC, Madrid, 2000, *passim*. G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica, Ars interpretandi*, 2009, p. 131. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, fasc. 31, 2002, p. 865.

⁴² Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6, www.cortecostituzionale.it. Secondo la Corte costituzionale i principi generali dell'ordinamento sono “*quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente*”.

⁴³ R. SCHLESINGER, *The nature of general principles of law*, Bruxelles, 1964, pp. 1 ss..

- c) principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato⁴⁴;
- d) principi settoriali concernenti determinate materie.

Qualsivoglia catalogazione, ad ogni modo, rischia di scontare un certo grado di approssimazione. Inoltre, ad oggi, distinzioni nette non sembrano auspicabili in quanto un medesimo principio può appartenere simultaneamente a più di una categoria.

Sui principi generali si è detto tutto ed il contrario di tutto. Senza voler ripercorrere il dibattito dottrinario che per decenni ha attraversato il panorama giuridico italiano ed europeo, è d'obbligo principiare dall'idea della normatività dei principi⁴⁵: i principi sono norme che appartengono all'ordinamento giuridico. Ma anche le regole sono norme. Dunque vi sono differenze? E se sì, quali elementi segnano il confine tra le due figure?

Tralasciando l'orientamento estremo, in auge soprattutto in passato, che esclude la giuridicità dei principi accostandoli a forme di argomentazione morale⁴⁶, in ordine alla distinzione tra regole e principi esistono tre scuole di pensiero: la prima che propone una distinzione forte (qualitativa, ontologica, logica); la seconda sostenitrice di una distinzione debole (quantitativa e di grado); la terza intermedia che attinge alle prime due rimodulandone taluni elementi⁴⁷.

La teoria della distinzione forte⁴⁸ muove dall'assunto che i principi abbiano nel proprio *pedigree* elementi propri e inconfondibili diversi da quelli delle regole. Ai principi, quali norme essenziali dell'ordinamento, “*si aderisce*”, mentre alle regole “*si ubbidisce*”. I principi presentano un elevato tasso di generalità, vaghezza e indeterminatezza (si definiscono pertanto norme aperte o “*norme senza fattispecie*”), mentre le regole sono norme che ricollegano conseguenze giuridiche a fattispecie puntuali e determinate.

Questa scuola di pensiero evidenzia, poi, come di solito i principi esprimano valori direttamente percepibili, mentre le regole in tal senso risulterebbero maggiormente opache⁴⁹. L'importanza dei principi, inoltre, va calibrata caso per caso attraverso un giudizio di bilanciamento che può sfociare anche nell'applicazione temperata di una pluralità di principi confliggenti. Le regole, viceversa, “*non si pesano*”, si applicano o non si applicano e, in caso di antinomie, l'applicazione di una regola esclude la contemporanea applicazione dell'altra, senza possibilità di coesistenza. Da ultimo i principi sono norme prescrittivo-categoriche mentre le regole seguono una struttura ipotetica. In definitiva questo orientamento conferisce normatività ai principi, ma una normatività diversa rispetto a quella propria delle regole giuridiche, riconducibile a differenze strutturali e funzionali. Questa teoria è stata nel tempo

⁴⁴ L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale testualmente recita: “*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”. Nel contesto storico in cui fu elaborata la disposizione vigeva un modello positivista e statalista nel quale i principi ricoprivano un ruolo sussidiario e secondario, subordinato alla legge dello Stato. Oggi, alla luce della riforma del Titolo V Cost. (l. cost. n. 3 del 2001) sarebbe più appropriato utilizzare l'espressione “*principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica*”.

⁴⁵ Tra i molteplici seguaci di questo orientamento. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* op. cit., p. 41. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora in *Studi giuridici*, vol. III, Anonima, Roma, 1932-34. Ad essi si contrappone G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, *Arch. giur.*, 1921, I, p. 331, secondo cui i principi generali del diritto sarebbero principi di diritto naturale idonei ad integrare ed arricchire dall'esterno l'ordinamento.

⁴⁶ Questa tesi è stata recentemente riproposta da B. CELANO, *Principi, regole, autorità, Europa e dir. priv.* n. 3/2006, p. 1061. Secondo l'autore sia i principi sia le regole non sarebbero norme in senso proprio, appartenendo non già al campo del diritto bensì a quello della morale.

⁴⁷ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 131 ss..

⁴⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim*. R. DWORKIN, *Taking right seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1994, *passim*. J. ATIENZA M.-RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto, Analisi e diritto* 1993, p. 9. D. MARTINEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial pons*, Madrid, 2007, p. 81.

⁴⁹ S. PERRY, *Two models of legal principles*, *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787: “*I principi hanno un contenuto esplicitamente valutativo, mentre il contenuto delle regole riguarda la descrizione di una azione*”. Certamente anche le regole sono finalisticamente orientate al perseguimento di un valore che può essere politico, morale, etc., ma ciò avviene in forme criptiche, senza che se ne abbia un'immediata percezione.

applicata in modo eterogeneo (e talvolta anche travisata). Alcuni⁵⁰ hanno svalutato il ruolo dei principi considerandoli meri auspici di politica legislativa o norme c.d. programmatiche. Altri⁵¹ ne hanno, invece, esaltato la portata, sottolineando la funzione-guida dei principi nella applicazione ed eventualmente nella disapplicazione delle regole con essi in contrasto. Ed è ciò che accade nell'ambito dell'ordinamento europeo ove operano i principi elaborati dalla Corte di giustizia quale *species* del più ampio *genus* dei principi generali. Dalla loro precettività discende l'obbligo gravante sulle autorità giurisdizionali e amministrative domestiche di disapplicazione delle norme nazionali con essi in conflitto. Questa attività tende a decostruire progressivamente l'ordinamento italiano e a conformarlo ai dettami europei.

Quanto al secondo orientamento, i fautori della distinzione debole⁵² ritengono che i principi e le regole, in quanto appartenenti alla più ampia famiglia delle norme, abbiano gli stessi elementi e pertanto il relativo *discrimen* andrebbe rinvenuto nel grado dei rispettivi caratteri strutturali, rintracciando così differenze di tipo quantitativo (e non qualitativo).

La tesi più convincente appare, comunque, la tesi mediana la quale, rifuggendo da classificazioni nette e aprioristiche, attinge elementi sia dalla teoria forte sia dalla teoria debole. Secondo tale orientamento la differenza tra principi e regole sarebbe non già ontologica, bensì di tipo graduale e relazionale. In primo luogo una norma assume la veste di principio quando normalmente possiede talune caratteristiche (maggior genericità e indeterminatezza⁵³ della fattispecie, apertura alle eccezioni, maggior peso in sede applicativa) in misura superiore rispetto ad altre norme (le regole). In secondo luogo una norma può sì avere valore di principio rispetto a talune norme ma non ad altre. Dunque a livello teorico risulta alquanto ardua una distinzione universale tra regole e principi, dovendo la stessa ricercarsi in concreto in base alle variabili peculiarità della fattispecie. Con riferimento alla genericità e all'indeterminatezza, esse sono caratteristiche ricorrenti nei principi. La genericità del principio si palesa soprattutto nelle conseguenze normative⁵⁴ che risultano generiche e indeterminate⁵⁵. Genericità e indeterminatezza sono, comunque, proprietà gradualità: non sempre una regola è specifica e determinata ed un principio, viceversa, assolutamente generico e indeterminato⁵⁶. Anche il peso è un elemento graduale e relazionale. Il peso di una norma si identifica con il ruolo di quella norma nell'argomentazione giuridica, in termini di elemento di decisione del caso o per il condizionamento che essa riverbera sull'interpretazione o sull'applicazione di altre norme.

⁵⁰ L. ALEXANDER, *Kress, against legal principles*, in Marmor A., *Law and interpretation*, Oxford U.P., Oxford, 1995, pp. 1 ss.. L. ALEXANDER–E. SHERWIN, *The rule of rules. Morality, rules and the dilemmas of law*, Duke U.P., Durham, 2001, *passim*.

⁵¹ J. ATIENZA M.–RUIZ MANERO, *Illicitos atípico. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 1 ss..

⁵² J. RAZ, *Legal principles and the limits of law*, *Yale law journal*, 81, 1972, p. 823. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di Diciotti E. e Velluzzi V., Giappichelli, Torino, 2008, pp. 1 ss.. V. TWINING–D. MIERS, *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim*. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, *passim*. L. PRIETO SANCIS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 1 ss... E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 1 ss..

⁵³ Sulla genericità e indeterminatezza dei principi J. RAZ, *Legal Principles and the limits of law*, *Yale law journal*, 1971-72, fasc. 81, pp. 823 ss.: “I principi sono spesso formulati in modi che lasciano il loro contenuto indeterminato. I principi prescrivono azioni estremamente indeterminate (...). Un atto è estremamente indeterminato se può essere compiuto in circostanze differenti per mezzo di molti atti generici eterogenei in ciascuna circostanza”. Pertanto una norma generica è una norma suscettibile di essere applicata in modi eterogenei. Si veda anche il contributo di C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*. La generalità di una norma non va confusa con la sua vaghezza; la generalità concerne, infatti, i destinatari del precetto che non sono individuabili *a priori*, mentre la vaghezza riguarda l'esistenza di fattispecie nelle quali è dubbia l'applicazione della norma in virtù di elementi quantitativi o combinatori difficilmente determinabili.

⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, *passim*.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994. L'autore osserva che i principi “sono norme indefinite, che comportano una serie indefinita di applicazioni”. In effetti i principi fissano un valore, un fine senza stabilire con esattezza le modalità attraverso le quali dovrà essere realizzato. Inoltre le stesse conseguenze che dall'applicazione del principio scaturiscono non sono definibili *a priori*, essendo influenzate da una molteplicità di circostanze. G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, *Ragion pratica*, n. 11/ 1998, fasc. 6, pp. 137 ss..

⁵⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 131 ss.: “Una regola, ad esempio, può presentare profili di genericità e indeterminatezza se contiene clausole elastiche come “ragionevole”, “congruo” ecc.. e d'altro canto anche i principi non possono essere indefinitamente generici e indeterminati, pena la loro inapplicabilità, ma sono destinati ad essere concretizzati (cioè essere resi più specifici) in sede di applicazione”.

Con riferimento alla distinzione tra principi e regole, può dirsi che i principi hanno, di solito, un peso maggiore delle regole, in quanto rilevano ai fini della decisione in un numero maggiore di casi. Inoltre, per la loro tendenziale genericità e indeterminazione, i principi possiedono un ambito applicativo normalmente più esteso delle regole⁵⁷, in virtù di una connaturale *vis expansiva*. Talvolta, però, i principi possono avere, a seconda dei casi, un peso inferiore alle regole per la variabilità del contributo che essi forniscono alla argomentazione giuridica. Da questo punto di vista, invece, le regole offrono apporti normalmente più stabili poiché, essendo soggette, a differenza dei principi ad un numero inferiore di eccezioni implicite, garantiscono con maggior frequenza il risultato indicato dalla norma⁵⁸. In relazione al peso assunto dalle norme, va sottolineato come esso sia determinato essenzialmente da tre fattori:

- 1) la posizione nella gerarchia delle fonti;
- 2) la valenza normativa ad essa riconosciuta in un dato contesto giuridico;
- 3) le circostanze rilevanti nell'ambito applicativo della norma.

Quanto al primo elemento, la collocazione di una norma nel sistema delle fonti ne misura il "peso astratto"⁵⁹. In base a tale criterio, ad esempio, un principio costituzionale ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio legislativo, mentre un principio legislativo ha un peso astratto superiore a quello di un principio consuetudinario⁶⁰.

Per quanto concerne il secondo fattore, va osservato che esso consiste nel grado di adesione della norma ai valori politico-giuridici dominanti in un particolare sistema o sottosistema. I principi manifestano valori⁶¹ di vario genere. Infine il peso di una norma va soppesato alla luce delle circostanze applicative presenti. Tali circostanze possono essere fattuali (ad es. la concreta possibilità di applicazione della norma secondo le risorse disponibili) o normative (ad es. la presenza di altre norme concorrenti o confliggenti)⁶². In particolare alle circostanze normative sono riconducibili i c.d. "meta-principi", ossia principi che non hanno un contenuto sostanziale ma che si riferiscono al funzionamento della "macchina del diritto"⁶³.

In conclusione dalla distinzione tra principi e regole possono trarsi una serie di corollari: *in primis* non tutti i principi hanno la stessa importanza concreta, offrendo contributi di diversa intensità alla decisione del caso. In secondo luogo un principio può essere considerato meno importante anche di una regola, ove nell'ipotesi di conflitto sia preferibile applicare la regola. In talune situazioni un principio può soccombere dinanzi ad altro principio, mentre in presenza di diverse circostanze lo stesso principio può prevalere sul principio in precedenza preminente.

⁵⁷ Si ritiene ad esempio che il principio di uguaglianza rilevi in molti più casi rispetto alla regola di divieto dei licenziamenti *sine iusta causa*. Anche il principio di buona fede trova spazio in molteplici situazioni a differenza ad es. della regola che, in tema di obbligazioni pecuniarie, impone l'adempimento della prestazione al domicilio del creditore.

⁵⁸ Questa funzione del peso nell'applicazione delle regole richiama per certi aspetti il concetto di "trinceramento" espresso dalla teoria delle regole di F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Una analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

⁵⁹ R. ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, *Ars interpretandi*, 10, 2005, pp. 97 ss.

⁶⁰ Contrario alla tesi del "peso astratto" R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*. Secondo l'autore ciò che rileva è il peso concreto dei principi da valutarsi all'esito di una ponderazione tra i medesimi. Il giudizio comparativo può effettuarsi anche tra principi di rango diverso, ad esempio tra principi costituzionali e principi non costituzionali.

⁶¹ Per la distinzione tra "principio" e "valore" F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Id.*, (cur.), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, p. 111. Modugno attribuisce natura normativa ai principi, i quali hanno una capacità normogenetica, di cui, invece i valori, risultano privi. Tuttavia, il valore può essere presupposto od incorporato nel principio determinandone la fattispecie: qualora si tratti di valori supremi, tali perché posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale dello Stato, i principi che ad essi fanno riferimento assurgono a principi fondamentali, beneficiando di una più alta qualificazione giuridica (principio democratico, principio di uguaglianza, principio dell'invulnerabilità dei diritti di libertà, ecc.). È evidente come la funzione normogenetica del principio sia garanzia di attuazione del valore in esso incorporato, attraverso i precetti normativi, dei quali il principio è fonte potenzialmente inesauribile. Secondo l'autore, in definitiva, il principio non sarebbe altro che un "valore in azione".

⁶² J. RAZ, *Legal principles and the limits of law*, op. cit., pp. 823 ss..

⁶³ V.S. CASTIGLIONE, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 1 ss.. Appartengono alla categoria dei "meta-principi" ad esempio i principi di legalità, della certezza del diritto, della distinzione dei poteri.

Tutto ciò denota lo scarso rilievo di una gerarchia astratta tra principi e tra principi e regole, e la mutevolezza e variabilità di un giudizio da calibrarsi in concreto alla luce delle circostanze del caso. *Last but not least* non sempre tra principi e regole si rinviene una contrapposizione netta, potendo le regole rinvenire il proprio fondamento in altre norme che assumono il nome di principi, instaurandosi così una relazione gerarchica di tipo assiologico⁶⁴, in virtù della quale le prime devono interpretarsi in conformità ai secondi⁶⁵. In sede applicativa i principi (in special modo quelli non scritti) conferiscono al giudice un potere interpretativo ed applicativo ad ampio spettro; un potere che soprattutto la Corte di giustizia utilizza per estendere l'area dei diritti e delle libertà del cittadino coinvolto dal *public power*. Tuttavia i principi, essendo non già monadi distinte e indipendenti, bensì entità comunicanti in continuo dialogo e conflitto, sollevano non pochi problemi ai giudici, tanto domestici quanto europei, chiamati in sede applicativa alla loro comprensione e composizione.

IV. I conflitti tra principi

4. Chiarite le differenze tra principi e regole, è d'obbligo esaminare il tema delle relazioni applicative tra principi. In particolare occorre domandarsi quali siano i criteri e le tecniche utilizzati dal giudice allorché una stessa fattispecie venga regolata da due o più principi in conflitto.

È necessario muovere da un'osservazione: la genericità e l'indeterminatezza dei principi, di solito, non consente una previsione *ex ante* delle possibili antinomie, le quali potranno essere apprezzate solo con riferimento a fattispecie concrete. Proprio in questi casi l'interprete è chiamato a raffinate operazioni di concretizzazione e bilanciamento dei principi in gioco⁶⁶.

In termini generali l'attività ponderativa è rimessa al giudice, anche se non mancano casi in cui la stessa è compiuta *ex ante* dal legislatore. Le interazioni tra principi non hanno, però, solo un carattere patologico-conflittuale. Infatti possono sussistere plurime interferenze tali da rafforzare l'applicazione degli uni per mezzo degli altri⁶⁷. Questo carattere emerge con forza nelle ipotesi di codificazione (in presenza ad es. di una Costituzione o di un Trattato), dato che normalmente un assetto di tipo sistematico è in grado di orientare in modo più ordinato i principi al perseguimento di talune finalità. Ad ogni modo non si è mai al riparo da possibili frizioni sempre verificabili in relazione alla mutevolezza dei casi concreti. Questo dato rafforza ulteriormente la tesi che nega una conflittualità in astratto tra principi. Anche perché, poi, non tutti i principi vigenti in un dato sistema risultano codificati, giacché taluni di essi (c.d. impliciti) emergono dalla casistica giurisprudenziale.

In tema di ponderazione è utile soffermarsi, in special modo, sulla natura e sui caratteri dei principi impliciti. Si tratta di principi non direttamente riconducibili a specifiche disposizioni, ma ricavati in via argomentativa da altri principi o regole. Essi possono essere formulati secondo due direzioni: dal basso verso l'alto o dall'alto verso il basso.

Nel primo caso l'interprete ricerca per induzione il principio partendo da norme specifiche e puntuali. Nel secondo egli ricava deduttivamente da principi generali principi più specifici⁶⁸. Nel sistema delle fonti la collocazione di un principio implicito dipende alla posizione ricoperta dalla norma o principio da cui deriva, con conseguente applicazione del relativo regime giuridico.

Con riferimento alla tematica della risoluzione dei conflitti, è necessario occuparsi dell'attività giudiziale di bilanciamento tra principi generali⁶⁹. Il modello di riferimento è rappresentato dagli ambienti antiformalisti americani in cui i giuristi ragionano non già alla stregua di norme e concetti

⁶⁴ G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, pp. 263-299.

⁶⁵ G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, *Riv. int. fil. dir.*, 1, 1998, p. 84.

⁶⁶ Di parere contrario L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I: *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 85 secondo il quale "nella maggior parte dei casi i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure, più che in altri giudizi, opzioni soggettive di valore".

⁶⁷ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 275 ss..

⁶⁸ A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 68 ss..

⁶⁹ In dottrina sul bilanciamento tra principi costituzionali, *ex multis*, J.J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, www.dirittoquestionipubbliche.org. R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, *Dir. pubbl.*, 1998, p. 651.

giuridici astratti, bensì sulla base di principi ed interessi concreti da valutare caso per caso⁷⁰. I principi generali, quali norme *sui generis* per natura e caratteristiche, impongono per lo più al giudice operazioni di *balancing* in sede applicativa.

La ponderazione consiste nello stabilire una gerarchia assiologica tra principi in contrasto mediante un giudizio concreto di valore. Dunque una “*gerarchia mobile*” variabile *case by case*⁷¹. Il bilanciamento è, pertanto, il risultato di un’attività altamente soggettiva, rimessa al giudizio discrezionale (ma non arbitrario) dell’operatore giuridico. Ciò non significa, però, assenza di regole, dovendo l’interprete muoversi in uno spazio legalmente dato e delimitato. Secondo parte della dottrina⁷² il giudice ricorrerebbe alla ponderazione, in primo luogo, ove sussista una antinomia tra principi, in parte sovrapponibili, di carattere parziale.

In quest’ipotesi non sarebbe possibile utilizzare alcuno dei criteri generali previsti per la risoluzione delle antinomie normative: non il criterio gerarchico, avendo i principi lo stesso rango⁷³; non il criterio cronologico, considerandosi i principi coevi o non riconducibili ad un preciso momento temporale. Infine non è utilizzabile nemmeno il criterio *lex specialis derogat legi generali*, poiché l’antinomia è parziale-parziale e non vi è alcuna relazione di specialità tra principi.

In conclusione, mentre le antinomie tra regole si risolvono agevolmente con l’applicazione di una sola delle regole in contrasto, i conflitti tra principi possono risolversi anche con l’applicazione congiunta e calibrata di più principi, all’esito di una complessa operazione ponderativa⁷⁴.

Ciò denota un più ampio potere discrezionale del giudice, che nell’opera di ritaglio, selezione e composizione dei principi, è talvolta autore di scelte ideologiche non propriamente giuridiche (*stricto sensu*), scelte che nella maggior parte dei casi ampliano l’area delle libertà dei *cives*, circoscrivendo gli abusi delle pubbliche autorità.

V. I principi europei quale *trait d’union* tra ordinamenti e tra giurisdizioni

5. L’elaborazione da parte della Corte di giustizia di una vasta gamma di principi non scritti ha avuto l’indubbio merito di favorire nel corso dei decenni l’instaurazione di appositi canali di comunicazione tra l’ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali, nonché di promuovere plurimi contatti tra i rispettivi organi giurisdizionali. Ciò è stato reso possibile, in primo luogo, dall’origine statale dei principi europei, i cui elementi costitutivi, come noto, provengono dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri; *in secundis* dall’estrema duttilità dei medesimi.

⁷⁰ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, 1960, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 39 ss..

⁷¹ R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 19 ss., secondo il quale “*il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull’altro (...); ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso in casi futuri*”.

⁷² R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale I. Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 89.

⁷³ Anche allorché si incontrino principi di peso diverso non è ipotizzabile alcuna gerarchia assoluta, astratta e incontrovertibile tra i medesimi. Ogni principio, anche il più importante, ha natura relazionale e si confronta con gli altri nelle singole fattispecie concrete. E solo all’esito del bilanciamento giudiziale, conformato sul caso specifico, potrà dirsi quale o quali principi trovino applicazione e con quale estensione. Per tali ragioni può affermarsi che la gerarchia normativa, tipica delle norme, viene sostituita, in relazione ai principi, da una gerarchia di tipo assiologico.

⁷⁴ La duttilità dei principi rappresenta il corollario della loro particolare natura ed è dovuta ad una dimensione che li differenzia dalle regole ossia quella del peso e dell’importanza. Infatti se due o più principi entrano in collisione, la risoluzione del conflitto non muove dall’applicazione dell’uno e dalla disapplicazione dell’altro, come avviene nel caso delle regole, bensì da un esame comparativo-relazionale e da un’attività di bilanciamento dei medesimi. Le regole sono sì norme e come tali vincolanti ma, a differenza dei principi, sono rigide e specifiche; il loro precetto o si applica o si disapplica: *tertium non datur*. L’antinomia tra regole, infatti, non ammette forme di coesistenza, a differenza di quanto accade nel conflitto tra principi. In dottrina, tra i tanti, A. SCHIAVELLO, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell’opera di R. Dworkin*, *Riv. int. fil. dir.* 1995, pp. 159 ss..

I principi europei hanno corroborato il disegno integrazionista tra ordinamenti attraverso l'edificazione di solidi collegamenti tra la giurisdizione sovranazionale e le giurisdizioni nazionali. Progressivamente l'Europa ha assistito all'emersione di un unico e integrato apparato giurisdizionale fondato su due livelli, l'uno nazionale⁷⁵ e l'altro europeo⁷⁶ e su un continuo dialogo tra le Corti⁷⁷, in un rinnovato scenario di *judicial law making*, idoneo ad instaurare forme di *co-giurisdizione*⁷⁸. Al pluralismo normativo, dunque, si coniuga il pluralismo delle Corti, ordinato secondo un principio di sussidiarietà giurisdizionale.

Il giudice italiano è oggi vincolato, ai sensi dell'art. 101 Cost., non soltanto alla legge, al diritto e alla giurisprudenza interna, ma anche e soprattutto ai principi individuati dalla giurisprudenza europea⁷⁹; tra questi si segnalano i principi di certezza del diritto, proporzionalità, tutela del legittimo affidamento, giusto procedimento, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Del resto, in ambito sovranazionale “*i principi generali, nati nei sistemi giuridici degli Stati membri, riesaminati, perfezionati e conformati dall'ordinamento comunitario sono riproposti in ambito nazionale corretti, ritoccati, trasformati molto spesso potenziati e con possibilità di applicazione che superano quelle originarie*”⁸⁰. Anche la giurisdizione interna, poi, garantisce l'applicazione di un diritto, qual è il diritto europeo, formatosi in uno scenario di “*globalizzazione attraverso i giudici*”⁸¹.

Gli obiettivi del cammino europeo si riassumono nell'idea di garantire la primazia, nonché l'immediata e diretta applicazione del diritto sovranazionale, superando eventuali ostruzionismi da parte degli Stati. Queste finalità vengono assicurate, appunto, sia dai giudici domestici sia dalla Corte di giustizia in una cornice di progressiva europeizzazione della scienza giuridica. I giudici nazionali agiscono come “*organi decentrati*” della giurisdizione europea⁸², avvalendosi di tre strumenti:

⁷⁵ F. BALAGUER CALLEJON, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, op. cit., pp. 257 ss.. E.M. BARBIERI, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, pp. 692 ss.. R. KOVAR, *Rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali*, in AA.VV., *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, pp. 530 ss.. L'autore definisce i giudici nazionali giudici europei di diritto comune. L'espressione è anche utilizzata da Trib. I grado, 10 luglio 1990, in causa T-51/89, *Tetra Pak c. Commissione*, Racc. 1990.

⁷⁶ Per una descrizione generale ed approfondita circa la natura e il ruolo del giudice di Lussemburgo A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano, 1996, pp. 1470 ss.. N. BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, *passim*. M. MIGLIAZZA, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle Comunità europee*, Milano, 1993, pp. 3 ss.. M. LAGRANGE, *Cour de Justice et Tribunaux nationaux*, *Gazette du palais*, 1971, pp. 1. ss.. A. LASOK, *The European Court of justice, practise and procedure*, Butterworths, 1994, *passim*. M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, pp. 1 ss.. AZOULAY, *The Court of Justice and the administrative governance*, *European Law Journal*, 7, 2001, pp. 425 ss..

⁷⁷ In una dimensione sovranazionale i giudici nazionali sono i destinatari del dovere di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE (ora art. 4 TFUE), il quale costituisce la colonna portante del sistema giuridico sovranazionale. Sulla “*realizzazione di un circuito integrato*” tra giudici nazionali e giudice di Lussemburgo G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, 2009, *passim*. Sulla collaborazione tra sistemi giurisdizionali P. PERLINGER, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 2008, pp. 3 ss.. R. ALONSO GARCIA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, *Quad. cost.* n. 1/2005, pp. 111 ss.. R. CONTI, *Il “dialogo” tra giudice nazionale e Corte UE*, *Corr. giur.* 2009, pp. 1053 ss.. In giurisprudenza Cgce, 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Simmenthal*, Racc. 1978. In senso conforme recentemente Cgce, 24 maggio 2012, in causa C-97/11, *Amia Spa*, www.curia.europa.eu.

⁷⁸ L'espressione *co-giurisdizione* è utilizzata da E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2009, *passim*.

⁷⁹ D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Jovene, Napoli, 2008, *passim*.

⁸⁰ E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, pp. 25 ss..

⁸¹ R. BIN, *Lo Stato di diritto*, il Mulino, 2004, p. 57. Secondo l'Autore i giudici rappresentano i capillari del sistema giuridico e del potere pubblico: tramite loro si compie il passaggio osmotico dalla società civile, dominata dalle esperienze particolari (i casi cui i giudici devono applicarsi) ai principi generalissimi attraverso i quali i diritti vengono dichiarati. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 34: “*La rottura del trinomio sovranità-territorio-giurisdizione, con la progressiva affermazione della extrastatalità della giurisdizione, conferma la prospettiva di un giudice che si stacca dallo Stato-apparato per riferirsi alla comunità. È proprio il riferimento della giurisdizione alla comunità che rende il giudice fattore di coesione di un ordinamento generale complesso, aperto alle contaminazioni al contempo sovranazionali e locali ed ormai slegato dalla centralità della legge statale*”.

⁸² L'espressione è utilizzata da A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *Foro it.*, IV, 1995, p. 17.

- 1) l'interpretazione conforme⁸³;
- 2) il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo⁸⁴;
- 3) l'obbligo di disapplicazione della norma (e dell'atto amministrativo) in conflitto con il diritto europeo⁸⁵.

⁸³ La giurisprudenza ha, in più occasioni, riconosciuto *expressis verbis* l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare il diritto interno in conformità alle fonti normative europee, anche se sprovviste di effetti diretti. Ove non residuino margini per una interpretazione orientata all'osservanza dell'ordinamento UE, la norma interna è considerata in conflitto con la normativa sovranazionale con conseguente applicazione dei rimedi all'uopo previsti. Si vedano a riguardo, *ex plurimis*, Cgce, 10 aprile 1984, in causa C-14/83, *Von Colson*, Racc. 1984. Cgce, 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*, Racc. 1990. Cass. civ., sez. V, 23 giugno 2001, n. 7016, in *Giur. it.*, 2001. Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18620, in *Giust. civ. Mass.*, 2003. Cgce, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, Racc. 2005. Cgce, 24 gennaio 2012, in causa C-282/10, *Dominguez*, www.curia.europa.eu. In dottrina G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in Panunzio S.P.–Sciso E., *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 133 ss.. G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, pp. 217-263.

⁸⁴ L'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE) attribuisce al meccanismo del rinvio pregiudiziale la finalità di assicurare l'uniformità interpretativa ed applicativa delle norme europee nell'ambito degli ordinamenti interni in vista di un riconoscimento e una tutela effettivi delle situazioni giuridiche soggettive di origine sovranazionale. Nel *genus* del rinvio pregiudiziale è possibile distinguere un rinvio pregiudiziale di validità da un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Sulla natura e sulle caratteristiche del rinvio pregiudiziale si rinvia a M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa*, www.giustizia-amministrativa.it, 2012. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, trad. it. di A. Zei, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 42-135. C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Edizioni università di Trieste, 2003, pp. 1 ss.. T. TRIDIMAS, *Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure*, *Common market law rev.*, 2003, p. 9. D.W.K. ANDERSON–M. DEMETRIOU, *References to the European Courts*, London, 2002, pp. 186 ss.. T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*. G. MARTINICO, *L'ultima fase del processo di integrazione comunitaria: Fonti culturali versus fonti politiche?*, www.federalismi.it, 2006. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali*, *Foro it.*, V, 1986, p. 31. Secondo Pescatore oggetto del rinvio pregiudiziale (sia di interpretazione che di validità) possono essere tanto le disposizioni scritte quanto i principi generali del diritto europeo. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 3 ss.. Sui rapporti tra Corti nell'ambito del rinvio pregiudiziale G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss.. L. AZZENA, *Prospettive evolutive in tema di applicazione del diritto europeo e ruolo dei giudici nazionali*, www.federalismi.it, 2005. L'Autrice evidenzia come il ruolo della Corte di giustizia sia quello di "fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione, che rientrano nel diritto comunitario, atti a consentirgli di pronunciarsi sulla compatibilità delle norme nazionali con la norma comunitaria" (Cgce, 29 giugno 1978, in causa C-154/77, *Dechmann*, Racc. 1978). "Spetta invece al giudice nazionale l'applicazione del diritto comunitario nel caso concreto e la valutazione comparativa con il diritto". Prosegue l'autrice affermando che "si va così delineando un sistema il cui fulcro è costituito dal giudice (comune) nazionale, che, in ordine al diritto nazionale, assume la Corte di Cassazione come riferimento per la sua interpretazione; in ordine al diritto comunitario, in ragione del meccanismo di cui all'art. 234 TCE, assume come riferimento la Corte di giustizia, le cui sentenze, pur avendo carattere meramente dichiarativo, e limitato al caso a quo, nella pratica finiscono per avere anch'esse un'efficacia di precedente". Con riferimento al rinvio pregiudiziale interpretativo, l'autore precisa che "la decisione sul rinvio, facoltativa od obbligatoria, è assunta dal giudice che tratta la questione controversa in cui è emersa la questione di interpretazione della norma comunitaria. Spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni che propone alla Corte. I poteri del giudice vanno considerati nella luce dell'obbligo di cooperazione di cui all'art. 10 TCE. La Corte è, di regola, tenuta a statuire sulle questioni sottoposte, che vertono sull'interpretazione del diritto comunitario (sentenza 15 dicembre 1995 causa C-415/93, *Bosman*). Tuttavia in circostanze eccezionali, la Corte può esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza (sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/2001)".

⁸⁵ Sui caratteri della disapplicazione Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, www.giurcost.it: "Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (...) tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri-come gli organi amministrativi-sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie". A tali conclusioni la Corte è giunta dopo aver notato che "poiché la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative, che oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse, e pertanto non può essere causa di qualsi-

Siffatti meccanismi assolvono una rilevante funzione di garanzia nei confronti dei *cives*, assicurando protezione alle situazioni soggettive individuali⁸⁶. Tra i rimedi a disposizione del giudice, la disapplicazione rende particolarmente efficace la tutela dei diritti e delle libertà dei privati, in quanto strumento capace di sterilizzare, sia pure limitatamente al caso di specie, gli atti nazionali in contrasto con il sistema europeo.

VI. Classificazione e funzioni dei principi europei

6. Seguendo un approccio casistico ed antinominalista, la Corte di Lussemburgo ha utilizzato le terminologie più varie, in assenza di una nomenclatura univoca ed omogenea⁸⁷: principi generali di diritto (o del diritto), principi generali del diritto europeo⁸⁸, principi fondamentali del diritto sovranazionale, principi europei, non rinvenendosi alcuna rigorosa classificazione in sede pretoria⁸⁹. Tali principi, inoltre, lungi dal costituire un *numerus clausus*, rappresentano un catalogo aperto suscettibile di continui aggiornamenti. Una caratteristica in linea con la filosofia antiformalista del giudice europeo il quale, rifiutando limitanti qualificazioni di teoria generale, procede secondo un pragmatismo per obiettivi.

Ciononostante volendo, comunque, tentare una classificazione di massima dei principi europei, è possibile ricorrere in primo luogo al criterio dell'origine, distinguendo tra:

- 1) principi generali derivanti dal diritto internazionale;
- 2) principi provenienti dai diritti nazionali;
- 3) principi propri dell'Unione Europea⁹⁰.

voglia forma di estinzione o modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto, resta ferma l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie". Va detto che attraverso la disapplicazione della fonte nazionale in conflitto con il diritto europeo, il giudice interno esercita un controllo diffuso di compatibilità sovranazionale della legge nazionale. In dottrina sulla disapplicazione, da ultimo, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, pp. 158 ss..

⁸⁶ A riguardo si rinvia al saggio di P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 11-47.

⁸⁷ F. CAPELLI, *I principi generali come fonte del diritto*, *Dir. com. sc. int.*, 1986, pp. 541 ss..

⁸⁸ Per un esame approfondito della tematica dei principi generali dell'ordinamento europeo si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Mario P. Chiti, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 89-114. G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, pp. 1 ss.. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-50. M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1 ss.. G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1 ss. X. GROUSSOT, *General principles of community law*, *Europe law publishing*, 2006, pp. 45 ss.. U. BERNITZ-J. NERGELIUS (eds.), *General principles of European community law*, 2000, pp. 1 ss.. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.. J.T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, 1999, pp. 1 ss.. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1994, pp. 521 ss.. C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II, 1994, pp. 917 ss.. J. MALERBE, *L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II, 1994, pp. 883 ss.. D. SIMON, *Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire*, *Droits*, 14, 1991, pp. 73 ss.. W. LORENZ, *General principles of law: their elaboration in the Court of justice of the European Communities*, *Am. journ. comp. law*, 1964, pp. 12 ss.. A. ARNULL, *The general principles of EEC law and the individual*, London, 1990. MARKENSIS, *The gradual convergence (foreign ideas, foreign influences, and English law on the Eve of the 21 st. Century)*, Oxford, Clarendon press, 1994. M.P. CHITI, *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "monstro simile"*, *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 1996, pp. 591 ss.. M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, op. cit., pp. 46 ss..

⁸⁹ G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*,

⁹⁰ F. PICOD, voce *Principes généraux de droit*, in A. Barav-C. Philip, *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, Paris, 1993, p. 858.

Summa divisio di grande importanza è anche quella tra principi di primo grado (primato, diretta applicabilità, efficacia diretta), esclusivi dell'ordinamento europeo, e principi di secondo grado, positivamente nei Trattati o conati dalla giurisprudenza, in parte rinvenibili nelle tradizioni comuni degli Stati membri. Questi ultimi, a loro volta, si articolano in tre sottocategorie:

- a) principi dell'ordinamento europeo⁹¹;
- b) principi del diritto amministrativo europeo generale;
- c) principi dei procedimenti amministrativi europei.

Ogni forma di catalogazione è valida pur sempre nei limiti della relatività, anche in virtù dell'ap-proccio antiformalista della Corte di Lussemburgo, assai utile quando si tratta di applicare tali principi a controversie reali al di là di mere distinzioni nominalistiche.

Ai fini della presente indagine la distinzione di maggior pregio pare esser quella tra principi scritti, ossia consacrati nei Trattati e principi non scritti elaborati dalla Corte di giustizia⁹². I principi generali non scritti si collocano al livello dei Trattati in posizione ad essi equiordinata. Certamente, tra questi, al vertice della gerarchia vengono situati i principi fondativi dell'ordinamento sovranazionale (primato, diretta applicabilità, efficacia diretta). A loro volta i principi non scritti si articolano in due ulteriori *sub*-categorie: un primo gruppo comprende i principi desunti direttamente da disposizioni dei Trattati, attraverso un'interpretazione teleologico-sistematica, secondo un metodo misto prima induttivo e poi deduttivo⁹³.

Un secondo gruppo ricomprende i principi non scritti che la Corte ricostruisce in base ad elementi esterni desunti dall'ordinamento internazionale o dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri attraverso tecniche di interpretazione dinamica. Si è qui al cospetto di un'attività etero-integrativa sia pure modellata sulle esigenze europee.

La Corte di giustizia, pur attingendo al bacino giuridico degli Stati membri⁹⁴, sviluppa i principi in funzione degli obiettivi del sistema europeo. Il giudice di Lussemburgo ha così modellato in via graduale il contenuto dei principi, adattandone tanto il significato quanto l'ambito applicativo alle specifiche esigenze del caso concreto⁹⁵.

Tanto premesso a livello classificatorio, è ora ineludibile l'esame dei caratteri e delle funzioni dei principi europei in particolare dei principi di matrice giurisprudenziale.

⁹¹ In dottrina, tra i più recenti contributi, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Cedam, Padova, 2012, pp. 104 ss.; R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 2012, pp. 104 ss.; J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2012, pp. 145 ss.; G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, op. cit., *passim*. SCHWARZE J., *European Administrative law*, II ed., Sweet and Maxwell, 2006, *passim*.

⁹² Sul punto si vedano R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996, *passim*. M. AKERHURST, *The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities*, *British year-book of international law*, 1981, pp. 29 ss..

⁹³ R. MONACO, *Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des Communautés européennes, Mélanges offerts à Henri Rolin (problèmes de droit des gens)*, Paris, 1964, *passim*.

⁹⁴ Al di là del dato testuale dell'art. 288 TCE (ora art. 340 TFUE) -peraltro dall'ambito applicativo limitato- la possibilità di attingere ai principi comuni degli Stati membri non sembra avere alcun fondamento positivo. Tuttavia ciò è costantemente avvenuto. In proposito J. USHER, *The influence of national concepts on decisions of the European Court*, *Eur. law rev.*, 1976, pp. 359 ss..

⁹⁵ A rigore i principi del diritto sovranazionale andrebbero distinti da quelli desumibili dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Infatti i primi discendono da una lettura sistematica delle norme positive europee, mentre i secondi sono ricavati da regole non scritte degli ordinamenti nazionali, adattati e funzionalizzati alle esigenze del sistema dell'Unione Europea. In realtà i principi europei vengono costruiti dalla Corte di giustizia attingendo proprio al patrimonio giuridico degli Stati membri sia pure con talune manipolazioni funzionali agli obiettivi europei. In dottrina L. NEVILLE BROWN-F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1977. M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, op. cit., p. 59: "Senza dubbio l'elaborazione operata dalla Corte di giustizia non consiste semplicemente in un'indagine sui principi in vigore negli Stati seguita da una meccanica assunzione nell'ordinamento comunitario delle norme maggiormente condivise. Al contrario, la Corte agisce in vista delle esigenze e delle peculiarità dell'ordinamento comunitario, introduce elementi propri e originali e talvolta privilegia l'interpretazione che di un determinato principio è stata data in un particolare ordinamento. I principi generali CEE non corrispondono, perciò, al minimo comun denominatore delle norme fondamentali degli Stati membri".

Tali principi sono “*quei principi che ordinando e sistematizzando una molteplicità di regole particolari collegate tra loro in base alla natura, all'oggetto e alla finalità perseguita adempiono ad una duplice funzione: interpretativa e normativa nel contempo*”⁹⁶. Dunque essi ricevono plurime applicazioni fungendo da:

- 1) criteri interpretativi di altre fonti⁹⁷;
- 2) strumenti di integrazione delle lacune del sistema⁹⁸;
- 3) parametri di legittimità degli atti legislativi e amministrativi⁹⁹.

Anche in ambito europeo, pertanto, l'impiego dei principi europei avviene per finalità speculari alle esperienze giurisprudenziali nazionali, “*ad uso integrativo, correttivo, esplicativo delle disposizioni vigenti che risultano oscure, lacunose, generiche*”¹⁰⁰.

I principi generali hanno la capacità di adeguare il sistema ai mutamenti del contesto sociale, preservandone la vitalità e scongiurandone una rapida obsolescenza. Infatti ogni principio, alla stregua di una clausola generale, ha la capacità di “*far respirare il diritto*”¹⁰¹.

I principi, invero, “*esprimono una forza normativa a cogente contenuto valoriale, capace di riorientare l'applicazione della regola, quando questa secondo i criteri interpretativi applicabili, non appare più adeguata al mutato contesto economico-sociale e comunque di sospingerla programmaticamente verso finalità rinnovate*”¹⁰². In questo modo si riconosce al sistema una *chance* di evoluzione in conformità alle esigenze di volta in volta in rilievo¹⁰³.

I principi europei vengono utilizzati dalla Corte di giustizia individualmente ma anche congiuntamente¹⁰⁴. La loro forza risiede proprio nella versatilità e capacità di adattamento mediante le quali lo stesso principio può “*essere rinvenuto (e pertanto utilizzato) in situazioni e in contesti diversi, in quanto chiamato a giocare contemporaneamente più ruoli e funzioni*”¹⁰⁵.

Come acutamente osservato, tali principi sono il simbolo di una rivoluzione storica nella concezione del diritto in genere e del diritto pubblico in particolare. I principi europei “*denotano ampiamente il passaggio da una concezione statalista e positivista del diritto contrassegnato dal formalismo,*

⁹⁶ M.C. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, IV ed., Editoriale scientifica Napoli, 2010, pp. 1 ss..

⁹⁷ F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario promosse da G. Biscottini*, vol. II, Milano, 1983, pp. 154 ss..

⁹⁸ In tema di lacune si rinvia agli studi di C.W. CANARIS, *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand*, in Perelman (*par le soin de*), *le problème des lacunes en droit*, *Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruxelles, 1968, *passim*. Dalla prassi giurisprudenziale emerge che la Corte di giustizia per colmare le lacune dell'ordinamento europeo non fa sempre ed esclusivamente ricorso ai principi generali, bensì utilizza anche il diritto interno di uno Stato membro.

⁹⁹ A.G. TOTH, voce *General principles of law*. *The Oxford encyclopaedia of European Community law*, I, *Institutional law*, Oxford, 1990, pp. 1 ss..

¹⁰⁰ C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 301 ss.: “*La categoria dei principi generali occupa una posizione di primo piano all'interno delle stesse dinamiche evolutive del diritto comunitario, considerato che, per giurisprudenza costante, sono indicati dalla Corte di giustizia come primo parametro di riferimento per l'interpretazione delle norme settoriali che si presentino oscure*”. In relazione a siffatta funzione assolta dai principi europei, in giurisprudenza, Trib. I grado, 6 ottobre 2005, in cause riun. T-22/02 e T-23/02, *Sumitomo Chemical c. Commissione*, Racc. 2005, II-4065. Cgce, 27 gennaio 1994, in causa C-98/91, *Herbrink*, 1994, I-223.

¹⁰¹ Sulle clausole generali come “*organi respiratori del diritto*” si veda V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* (1908), ora in *Id.*, *Opere minori*, II, Modena, 1928, pp. 41-68.

¹⁰² A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. amm.* n. 4/2005, pp. 707 ss.. In argomento anche E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, “standards” valutativi e principi generali dell'ordinamento*, *Foro it.*, 1999, pp. 3558 ss..

¹⁰³ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., op. cit., p. 42. Secondo l'Autore i principi europei riceverebbero molteplici applicazioni, venendo utilizzati talvolta come criteri di interpretazione, talaltra per individuare limiti all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e più in generale per acclarare la legittimità di un atto o di un comportamento dei pubblici poteri (Stati membri e istituzioni dell'Unione).

¹⁰⁴ Cgce, 17 luglio 1997, in causa C-183/95, *Affish*, Racc. 1997.

¹⁰⁵ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, op. cit., pp. 707 ss..

*rigorismo e tassatività nell'applicazione e interpretazione del diritto, ad una concezione più aperta e pluralistica nella quale assumono fondamentale importanza i diritti umani, anche a contenuto economico, sociale, collettivo e diffuso*¹⁰⁶.

I principi europei hanno avuto, e tuttora hanno, una carica propellente e delimitante sia come molla di sviluppo dell'integrazione sia come limite all'azione dei pubblici poteri. In special modo quelli di matrice giurisprudenziale, grazie alla forza espansiva e all'immediata precettività che li connota, operano come elementi di integrazione e di conformazione, tali da costituire un'area giuridica comune, attraverso un circuito simbiotico tra regole europee e regole nazionali.

Siffatti principi promuovono e favoriscono, inoltre, l'apertura di nuovi e più estesi spazi di libertà per la tutela delle situazioni soggettive individuali, in conformità agli scopi dei Trattati. Invero ai principi europei di certezza del diritto, proporzionalità, legittimo affidamento, giusto procedimento, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale va riconosciuto il merito di aver rivoluzionato il tradizionale assetto dei rapporti pubblicistici, tradizionalmente sbilanciato sul momento dell'autorità in danno del momento della libertà¹⁰⁷; alla stregua di un grimaldello i principi enunciati dalla Corte di giustizia hanno progressivamente assicurato il massimo sviluppo delle pretese del cittadino, attraverso l'imposizione di una serie di prescrizioni alle autorità nazionali¹⁰⁸. L'esercizio del potere ha *lento pede* iniziato a democratizzarsi, stemperando gli aspetti più unilaterali ed imperativi del proprio agire, a fronte del riconoscimento sempre più frequente di garanzie e pretese ai destinatari dell'azione pubblica.

VII. L'attività della Corte di giustizia nella elaborazione ed applicazione dei principi europei in vista dell'ampliamento degli spazi di libertà del cittadino

7. Nell'alveo del sistema giurisdizionale propriamente europeo operano la Corte di Giustizia¹⁰⁹ e, dal 1988, il Tribunale di primo grado. In particolare la Corte di Giustizia è il custode dell'interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale¹¹⁰ quale giudice della nomofilachia¹¹¹ che, intervenendo

¹⁰⁶ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Giappichelli, Torino, 2004, *passim*.

¹⁰⁷ In ordine alla concezione del diritto amministrativo quale disciplina deputata a regolare il conflitto tra l'autorità pubblica e la libertà privata M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 34: "Vi sono nelle comunità statali due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espansione. (...) Ciascuna delle due forze, in quanto opera, comprime l'altra e la riduce: esse possono così considerarsi come momenti di un procedimento dialettico. (...) L'autorità, in quanto agisce, incide, e non può in alcun modo evitarlo, nell'ambito delle libertà garantite; così come, per converso, non meno continua è la riaffermazione della libertà ovunque l'autorità ceda o non possa intervenire". Tale ricostruzione viene successivamente abbandonata dall'autore a seguito del riconoscimento della acquisita corralità del diritto amministrativo che tende progressivamente ad evolversi in una direzione multipolare, non più antagonistica. Sulla dialettica autorità-libertà anche G. DE FINA, *La teleologia degli atti nel rapporto autorità-libertà*, Cedam, Padova, 1974, pp. 1 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 909 ss.; M. STIPO, *L'interesse legittimo nella prospettiva storica*, *Atti dei convegni per le celebrazioni dell'opera Giustizia amministrativa (1903) del Prof. Cino Vitta*, Roma, 2006, pp. 49 ss. L'Autore ritiene che "la contrapposizione classica autorità-libertà, figlia dell'esaltazione della sovranità quale attributo indefettibile dello Stato-ente o Stato-soggetto o Stato-persona che dir si voglia va oggi storicamente rivisitata. Nell'ordinamento democratico e pluralista la società entra in vario modo negli apparati amministrativi ed i due termini del rapporto, pubblica amministrazione-apparato e società civile, pur restando inequivocabilmente distinti, tendono, per quanto e nella misura in cui può essere possibile, a compenetrarsi?". A. MASSERA, *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/1993, pp. 24 ss.: "La contrapposizione dicotomica autorità-libertà quale sintesi emblematica ma soprattutto tendenzialmente esaustiva dell'essenza del rapporto amministrativo, non riesce a soddisfare le pretese che il cittadino porta con sé e nel rapporto con l'amministrazione".

¹⁰⁸ E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., p. 127, secondo la quale "l'ordinamento comunitario e in particolare il sistema amministrativo riserva in progressione un ruolo centrale, costruendo i rapporti giuridici tra cittadino e amministrazione, partendo dalle sue pretese in quanto cittadino e quindi in una prospettiva antropocentrica".

¹⁰⁹ Sul ruolo della Corte di giustizia D. LIAKOPOULOS-M. ROMANI, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Cedam, 2009, pp. 1 ss.; M. MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, 1961, pp. 1 ss..

¹¹⁰ Sui criteri seguiti dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione del diritto europeo si rinvia, a titolo esemplificativo, a J. MARTIN DE WILMARS, *Réflexion sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *Ch. Dr. Europ.* 1986, pp. 5 ss..

¹¹¹ In ordine alla funzione nomofilattica della Corte di giustizia si veda il recente lavoro di A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 53. In base all'art. 220 TCE (ora art. 19 TUE) "la Corte di giustizia e il Tribunale di primo

sui rinvii pregiudiziali o sui ricorsi presentati da Stati, istituzioni, persone fisiche e giuridiche, fa largo uso della categoria dei principi non scritti.

In questo modo, la Corte di Lussemburgo, influenzando l'attività dei giudici nazionali, ha contribuito ad ampliare, di intensità ed estensione, il raggio di tutela delle situazioni soggettive individuali conferite dall'ordinamento sovranazionale; e lo ha fatto proprio attraverso i principi generali a cui è ricorsa in modo frequente, incisivo e creativo.

Tale *trend* è stato favorito dall'espansione dei compiti dell'Unione europea che ha imposto alla Corte di giustizia l'utilizzo di norme di più ampio respiro (i principi generali), tali da favorire i futuri sviluppi del sistema; principi non scritti tratteggiati da pronunce giurisprudenziali che assurgono al rango di fonti del diritto tanto in ambito europeo quanto all'interno dei singoli ordinamenti statali. Inoltre *“le scelte di metodo della Corte di giustizia, che sono peraltro conseguenti alla concezione del sistema giuridico comunitario in chiave funzionale all'allargamento dei diritti dei cittadini, hanno influito in modo rilevante anche sui canoni interpretativi della normativa comunitaria”*¹¹². I principi non scritti, codificati e sviluppati dalla Corte di Lussemburgo, sono progressivamente penetrati negli ordinamenti nazionali influenzando e sensibilizzando i pubblici poteri (corti domestiche, Pubbliche Amministrazioni) in ordine alla difesa delle libertà e delle situazioni soggettive individuali.

E in special modo nel diritto amministrativo statale le dinamiche di esercizio del potere sono state riscritte alla luce dei principi di tendenziale paritarietà¹¹³ e di piena collaborazione tra amministrazione e *cives*¹¹⁴. Infatti il giudice europeo, rinvenendo nei Trattati una pluralità di principi a garanzia dei singoli, ha interpretato estensivamente siffatte norme, orientandole finalisticamente alla protezione delle libertà individuali.

La Corte di giustizia, nel duplice ruolo di giudice costituzionale e amministrativo¹¹⁵, ha da sempre contribuito con profitto alla crescita dell'ordinamento europeo attraverso pronunce finalizzate alla creazione di nuovi principi nonché alla interpretazione di principi esistenti, attingendo nei diritti interni dei vari Paesi e nel diritto pubblico internazionale¹¹⁶, in conformità agli scopi dei Trattati.

grado assicurano, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato”. Secondo l'Autore *“gli effetti della sentenza resa ex art. 234 non sono limitati alla sola vicenda specifica, ma operano in ogni altra ipotesi in cui entri in gioco la medesima questione interpretativa affrontata dal giudice comunitario. Tali effetti inoltre sono retroattivi, salvo che la stessa Corte li circoscriva temporalmente. La sentenza interpretativa, infatti, ha valore dichiarativo, piuttosto che costitutivo; essa chiarisce e precisa il significato della norma comunitaria come deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore”*. La stessa Corte costituzionale italiana ha riconosciuto forza vincolante alle pronunce interpretative della Corte di giustizia nei riguardi di tutti i soggetti giuridici (Stati, persone giuridiche e persone fisiche) dell'Unione europea. In particolare il valore riconosciuto alle sentenze del giudice di Lussemburgo si spiegherebbe in ragione del combinato disposto degli artt. 11 e 117 I co. Cost. che, da un lato, prevedono limitazioni della sovranità nazionale in favore di organizzazioni sovranazionali cui l'Italia partecipi, e dall'altro, subordinano l'esercizio della funzione legislativa (regionale e statale) al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo. Tali vincoli includono, altresì, la giurisprudenza della Corte di giustizia quale fonte del diritto.

¹¹² F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, *passim*.

¹¹³ Un *antesignano* in tal senso è stato F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 1 ss..

¹¹⁴ E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., pp. 284 ss.. Ad avviso dell'Autrice *“tali principi creano un nuovo e significativo rapporto fra amministrazioni e cittadini improntato ad una parità sostanziale. Tale parità emerge nei confronti delle p.a. dalla tendenziale assenza di privilegi, ammessi solo in presenza di una causa di giustificazione, e dalla previsione di pari opportunità fra singoli e p.a. nell'utilizzare poteri e facoltà ad essi pertinenti in ragione della loro collocazione e delle attribuzioni all'interno dell'ordinamento giuridico. Tale sistema di garanzie comunitarie influenza incisivamente il diritto amministrativo nazionale sotto il profilo del rispetto delle garanzie del privato, soprattutto di quelle procedurali, ad esso riconosciute (...). Esse conformano il procedimento in un rapporto nuovo e diverso fra p.a. e soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. I privati, infatti, attraverso il procedimento che si svolge in contraddittorio, intervengono in maniera collaborativa già in sede di definizione degli interessi e assumono il ruolo di coprotagonisti delle decisioni dell'amministrazione”*.

¹¹⁵ M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/1991, p. 827. L'autore evidenzia il doppio ruolo della Corte di giustizia, cioè di Corte costituzionale in relazione ai Trattati e di supremo giudice amministrativo degli atti dei pubblici poteri, in virtù dell'indistinzione a livello sovranazionale tra normazione e amministrazione.

¹¹⁶ G. GAJA, voce *Principi del diritto (diritto internazionale)*, *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 534 ss..

Secondo parte della dottrina i principi del diritto europeo non scritto, elaborati dalla Corte sono il risultato di un'interpretazione che fa leva sui metodi ermeneutici tradizionali adattandoli, tuttavia, ai caratteri propri della Unione; un'interpretazione, pertanto, di tipo teleologico-sistematico orientata allo sviluppo e all'integrazione del circuito Stati membri-Unione europea¹¹⁷.

Nella creazione dei principi¹¹⁸ il giudice europeo ha, in primo luogo, tentato di ricavarli in via interpretativa dalle stesse norme di diritto scritto poste a fondamento del sistema (i Trattati). Nei casi di impossibilità, seguendo logiche comparatistiche¹¹⁹, ha attinto alle tradizioni giuridiche dei Paesi membri¹²⁰, ispirandosi, altresì, al metodo esegetico dei giudici nazionali.

Normalmente, infatti, la Corte procede secondo il metodo induttivo attraverso il quale seleziona i principi estraendoli da specifiche norme di diritto internazionale e dai vari ordinamenti statali, rielaborando poi il materiale raccolto secondo le esigenze sovranazionali¹²¹. In relazione alle tecniche applicative, il giudice di Lussemburgo nelle proprie pronunce fa uso dei principi generali secondo un metodo di origine kelseniana, finalizzato più alla salvaguardia del sistema europeo unitariamente inteso che non alle sue singole norme¹²². L'approccio del giudice, di tipo casistico, è teleologicamente orientato alla ricerca di una regola superiore utile alla risoluzione della controversia.

La Corte, quando applica i principi comuni degli Stati membri, si avvale della tecnica dell'"*integrazione selettiva*"¹²³, scegliendo e adattando alle finalità europee la disciplina nazionale in tal senso più idonea. A ciò può accompagnarsi, alle volte, il ricorso a forme di diritto comparato.

¹¹⁷ La Corte di giustizia ritiene che "*ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte*" (Cgce, 17 ottobre 1995, in causa C-83/94, *Leifer* e al., Racc. 1995, p. 3231). Inoltre, secondo il giudice di Lussemburgo, "*ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi*" (Cgce, 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit*, Racc. 1982, p. 3415).

¹¹⁸ Sulla funzione creativa della Corte di Giustizia J. RIVERO-J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2000. J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier, Annuaire français de droit international*, 1958, pp. 295-308. Egli, muovendo dall'idea che il giudice non possa esimersi dal render giustizia, ribadisce il ruolo creativo della Corte di giustizia che si pone al crocevia dell'intreccio di relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo. A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Jovene, Napoli, 1967. F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 67 ss.. Secondo l'autore deve riconoscersi alla Corte "*la funzione di creare, sulla base di una utilizzazione delle norme interne come elementi di fatto, norme giuridiche nuove destinate ad assicurare lo svolgimento della sua attività giurisdizionale*". Infatti nei casi in cui la Corte "*si è trovata a non poter utilizzare principi comuni, per risolvere situazioni sottoposte alla sua cognizione e ha dovuto prescindere totalmente, ha finito per svolgere una funzione di creazione autonoma delle norme giuridiche da applicare e di integrazione pertanto della normativa contenuta nei Trattati e negli atti delle istituzioni comunitarie*".

¹¹⁹ *Contra* G. GAJA, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 61. Secondo l'autore in poche pronunce è possibile ritrovare una vera analisi comparativa. Infatti la Corte di Lussemburgo muove spesso da principi comuni solo ad alcuni degli Stati membri ispirandosi alle soluzioni praticate in alcuni, e alle volte in uno soltanto, degli ordinamenti nazionali.

¹²⁰ K. ZWEIFERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres*, in W.J. Ganshof Van der Meersch (sus la direction de) *Les nouvelles. Droit des communautés européennes*, Bruxelles, 1969, *passim*. In giurisprudenza Cgce, 18 maggio 1982, in causa C-155/79, *AM&S Europe limited c. Commissione*, Racc. 1982, secondo la quale il diritto europeo "*deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti*" degli Stati membri in quanto esso deriva da "*una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica fra gli Stati membri*".

¹²¹ A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, Riv. trim. dir. pubbl. com., 1999, p. 1489. In ambito amministrativo, ad avviso dell'Autore, "*la Corte di giustizia ha assolto ad un compito che va oltre la mera interpretazione per assumere un rilievo integrativo/creativo. Punto di partenza, come per i principi di diritto costituzionale, sono stati gli ordinamenti degli Stati membri e le loro tradizioni giurisprudenziali (...): i principi amministrativi del diritto comunitario non sono peraltro un massimo comun divisore dei principi dei diritti degli Stati membri, ma vengono desunti da questi al meglio, attraverso cioè un momento di selezione*".

¹²² Cgce, 5 marzo 1996, in causa C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, Racc. 1996.

¹²³ Sulle tecniche di integrazione selettiva P. MENGOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, pp. 559 ss.. A. BREDIMAS, *Methods of interpretation and communities law*, Amsterdam, 1978, pp. 219 ss.. J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence*, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974, pp. 149 ss..

In genere il giudice di Lussemburgo “*tende a non precisare i contenuti specifici dei diversi principi che applica, al fine di garantirsi uno spazio di discrezionalità per la creazione di regole materiali*”¹²⁴. In quest’ottica, con esclusione di ogni automatismo, viene compiuta una selezione qualitativa sì da “*valutare liberamente il grado di generalità dei principi reputati comuni*”¹²⁵, facendo così assurgere a principi generali dell’ordinamento europeo anche soluzioni nazionali minoritarie. Il materiale giuridico delle varie tradizioni nazionali, ove recepito, viene, infatti, rimodellato dalla Corte di giustizia sulle specifiche finalità sovranazionali¹²⁶, attraverso un’attività discrezionale manipolativo-integrativa, che ben si adatta alla duttilità dei principi. Nelle fattispecie sottoposte al proprio vaglio, il collegio lussemburghese può esser chiamato a dirimere conflitti tra due o più principi¹²⁷, compiendo attente valutazioni di prevalenza o coesistenza tra i medesimi.

Il maggior merito da tributarsi ai principi generali si rinviene nella capacità di fungere da formidabile veicolo di circolazione di regole e istituti giuridici da (e verso) gli ordinamenti nazionali. La maggior parte dei principi generali, pur avendo origine nazionale, viene plasmata a livello europeo per poi ridiscendere nelle realtà statuali con sembianze nuove. L’attività propulsiva del giudice europeo ha inciso profondamente sull’azione dei giudici comuni, sempre più dediti alla *mission* dell’applicazione immediata, diretta ed effettiva della normativa europea¹²⁸. È quindi evidente come le convergenze progressive e multidirezionali tra sistemi giuridici¹²⁹ si siano realizzate più nelle aule di giustizia che non nelle sedi legislative, mediante la trascinazione dei principi di origine pretoria nell’ordinamento italiano.

Come accennato in precedenza, la generalità dei principi europei si coniuga, inoltre, con l’effetto espansivo di cui sono dotati, sicché gli stessi trovano applicazione non solo nei confronti delle situazioni soggettive sovranazionali ma anche nei riguardi delle situazioni soggettive nazionali non ancora coperte o interessate dal diritto europeo¹³⁰. Sarebbe, infatti, contrario al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) diversificare il trattamento di identiche situazioni in base alla natura della fonte (europea o nazionale). La forza espansiva dei principi tende così ad omogeneizzare i diritti nazionali attraverso un’osmosi delle rispettive discipline.

Pur non disconoscendo gli importanti meriti della Corte di Lussemburgo nella crescita del sistema europeo da più parti si paventa il pericolo che il giudice europeo, esercitando poteri eccessivamente discrezionali, possa travalicare i limiti del *decisum* giudiziale, sconfinando in una attività ultronea di *policy-making*¹³¹. La dottrina maggioritaria è, però, di diverso avviso. In primo luogo perché la Corte avrebbe una capacità di *self-restraint* della propria discrezionalità. Inoltre poichè la maggior parte degli orientamenti del giudice lussemburghese, per l’elevato tasso di prevedibilità, è solita conformarsi alle premesse date e agli obiettivi perseguiti, riducendo così i margini di arbitrio.

Il ruolo fondamentale dei principi generali, oltre ad essere ribadito nelle pronunce della Corte di giustizia, viene altresì sancito *expressis verbis* sul piano del diritto positivo all’art. 6 del Trattato di Maastricht e all’art. 117 co. I della Costituzione italiana¹³². Quest’ultima disposizione sottopone la legi-

¹²⁴ M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 29 ss.. Dello stesso avviso anche A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, op. cit., pp. 521 ss..

¹²⁵ D. SIMON, *Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire*, *Droits*, 1991, pp. 73 ss..

¹²⁶ G. BADIALLI, *Il diritto degli Stati nelle Comunità europee*, Milano, 1971, *passim*.

¹²⁷ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., pp. 75. e.

¹²⁸ G. MONTEDORO, *Ruolo del giudice e diritto europeo*, www.giustamm.it.

¹²⁹ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, op. cit., pp. 521 ss.. A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 6/2005, pp. 1 ss..

¹³⁰ Lo *spill over effect* è di immediata percezione, ad esempio, in materia di appalti sotto soglia cui a livello nazionale sono stati progressivamente estesi i principi e le regole europei applicabili teoricamente ai soli appalti sopra soglia. Sulla forza contagiosa dei principi europei. R. ABRAHAM, *Les Principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe: l’influence des jurisprudences européennes*, *Rev. eur. dr. publ.*, 9, 1997, pp. 577 ss..

¹³¹ Tra i vari H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policy-making*, *Dordrecht*, 1986, pp. 1 ss.. Così facendo la Corte verrebbe a perdere “*authority and legitimacy*”, trasformandosi in un’istituzione politica priva di base democratica.

¹³² Dispone in tal senso l’art. 117 co. I Cost.: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”. La locuzione ordinamento tende a ricomprende anche le sentenze della Corte di giustizia ed i principi dalle stesse formulati e sviluppati.

slazione statale e regionale al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale ossia all'osservanza dell'intero *acquis communautaire* (Trattati, atti di diritto derivato e giurisprudenza europea¹³³).

Delineate le funzioni e le caratteristiche dei principi europei è d'obbligo analizzare la questione del fondamento giuridico della potestà di elaborazione dei principi da parte della Corte di giustizia. La stessa Corte, nella sentenza *Stauder* del 1969¹³⁴, si è auto-riconosciuta il potere di formulare principi generali. In tale pronuncia il giudice di Lussemburgo, muovendo dall'art. 288 TCE (ora art. 340 TFUE), si è, invero, auto-attribuita la potestà di forgiare principi generali nonché di vigilare sulla osservanza dei medesimi. La situazione è stata poi favorita dal clima collaborativo nel quale i giudici nazionali, attraverso frequenti rinvii pregiudiziali, hanno progressivamente conferito alla Corte piena legittimazione a produrre diritto vivente (*Lebendes Recht*), "esportando dubbi" ed "importando principi"¹³⁵.

Secondo autorevole dottrina¹³⁶, il potere creativo della Corte di Lussemburgo rinverrebbe, tradizionalmente, il proprio referente normativo nell'art. 220 TCE (ora art. 19 TUE) che attribuisce al giudice europeo il compito di assicurare nell'interpretazione e applicazione del diritto europeo il rispetto del diritto in generale. Secondo altro orientamento la legittimazione della Corte di giustizia si ricaverebbe, invece, dall'art. 173 TCE (ora art. 263 TFUE), disposizione che abilita il giudice a pronunciarsi sui ricorsi per violazione del Trattato o di "qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"¹³⁷, con la possibilità anche in questo caso di avvalersi di ogni fonte giuridica disponibile (principi inclusi).

In via generale va osservato che i principi generali hanno per lo più natura non scritta, poichè una loro indiscriminata positivizzazione ne ingesserebbe oltremodo l'operatività. Tuttavia tra i principi giurisprudenziali, che hanno ricevuto in seguito codificazione, si segnalano il principio di proporzionalità¹³⁸, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità¹³⁹, il principio di libera circolazione delle merci¹⁴⁰ e delle persone¹⁴¹ e nell'ambito della Carta di Nizza (oggi "europeizzata"¹⁴²), il diritto di accesso (art. 42)¹⁴³ e il diritto ad una buona amministrazione (art. 41)¹⁴⁴.

¹³³ Sul ruolo e sulla portata dei principi europei A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da Chiti M.P. e Greco G., Parte generale, tomo I, Giuffrè, 2007, pp. 285-408, spec. p. 297: "In primo luogo i principi generali assicurano la tenuta complessiva del sistema comunitario, presidiando e garantendo le compatibilità ordinali tra il livello sovranazionale e quelli nazionali. In secondo luogo, integrano e arricchiscono il parametro di legalità cui è assoggettata l'amministrazione nel suo modo di essere e di agire nei confronti degli individui e delle collettività di riferimento. In terzo luogo, consentono e favoriscono la circolazione dei modelli e degli istituti giuridici tra i vari ordinamenti, non solo con una direzione che va dal basso verso l'alto o viceversa, ma anche secondo linee orizzontali".

¹³⁴ Cgce, sentenza 12 novembre 1969, in causa C-29/69, *Stauder*. Racc. 1969. La Corte altresì afferma che "i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto e, in quanto tali, della propria competenza a garantirne l'osservanza".

¹³⁵ G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi, coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, p. 447. In tema anche S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, p. 145. Secondo l'Autore, attraverso la legittimazione dei giudici degli Stati membri, "la Corte di giustizia si è potuta accreditare come organo di produzione del diritto comunitario al più alto livello nel sistema delle fonti sovranazionali (vale a dire al livello dei principi), e con caratteri del tutto peculiari: rimanendo estranea ai mutevoli orientamenti delle burocrazie nazionali (...) essa si è dimostrata capace-nei fatti-di produrre in tempi relativamente celeri regole certe, stabili e (accettate come) cogenti; regole la cui effettiva applicazione, grazie alla diffusa ricettività dei giudici nazionali, si è imposta a dispetto degli atteggiamenti non sempre collaborativi dei legislatori interni e delle posizioni talora eccessivamente caute dello stesso legislatore comunitario".

¹³⁶ P. PESCATORE, *Diritto comunitario e diritto nazionale secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, Foro it., IV, 1970, pp. 38 ss..

¹³⁷ H.G. SCHERMERS, *Judicial protection in the European Communities*, Antwerp, 1983, pp. 1 ss..

¹³⁸ In tal senso l'art. 5 TCE recita: "L'azione della comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

¹³⁹ Art. 12 TCE, ora art. 30 TFUE.

¹⁴⁰ Art. 23 TCE ora art. 28 TFUE.

¹⁴¹ Art. 39 TCE, ora art. 39 TFUE.

¹⁴² O. POLLICINO-V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, Dir. pubbl. comp. eur., n. 1/2008, pp. 101 ss..

¹⁴³ Peralto già previsto all'art. 255 TCE (ora art.15 TFUE).

¹⁴⁴ In tema J. WAKEFIELD, *The right to good administration*, Kluwer, 2007. R. BIFULCO, *Articolo 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di, Bifulco

I principi procedurali, come la partecipazione degli interessati, l'obbligo di motivazione e trasparenza, nonché quelli posti a tutela delle libertà fondamentali e delle situazioni giuridiche individuali, costituiscono parti essenziali non soltanto di un diritto amministrativo ormai comune a più sistemi giuridici, ma anche di una “*international rule of law*”¹⁴⁵ o di una “*rule of law globale*”¹⁴⁶.

Tali principi, dalla portata trasversale, investono con la propria *vis expansiva* le realtà nazionali, esaltando, da un lato, i diritti e le pretese del cittadino e ridimensionando, dall'altro, il privilegiato autoritarismo dei pubblici poteri¹⁴⁷.

VIII. L'importanza delle sentenze della Corte di giustizia nel quadro di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale

8. La capillare infiltrazione dei principi europei negli ordinamenti nazionali si deve innanzitutto al ruolo di fonte del diritto attribuito alle pronunce della Corte di giustizia che hanno forgiato e sviluppato tali principi. Le sentenze del giudice europeo, infatti, a differenza delle comuni statuizioni giurisdizionali, esplicano una efficacia non già *inter partes* ma *erga omnes*, ponendosi al vertice del sistema sovranazionale delle fonti¹⁴⁸. Le pronunce del giudice di Lussemburgo hanno contribuito in maniera decisiva alla europeizzazione del diritto nazionale e, segnatamente, del diritto amministrativo, in un contesto intriso della cultura positivista del primato della legalità formale¹⁴⁹.

L'esaltazione della figura del giudice si iscrive nella crisi dello Stato oltre che nell'appannamento della sovranità statale e nell'eclissi dello strumento legislativo. Tali fenomeni hanno prodotto un rimescolamento degli assetti politici ed istituzionali, valorizzando l'attivismo creativo dei giudici¹⁵⁰, “*capace di ricollocare nel presente le previsioni legislative e di ridefinirle, trovando le dizioni adatte al singolo caso: la giurisprudenza riafferma le ragioni del presente in un contesto giuridico, fluido, mutevole e multipolare*”¹⁵¹; ed i principi ne sono il più importante strumento.

Si parla oggi di “*signoria giurisprudenziale*” sul diritto proprio per sottolineare l'influenza decisiva dell'azione dei giudici sugli assetti normativi, in uno scenario sempre più caratterizzato dalla crisi dello strumento legislativo¹⁵².

R., Cartabia M., Celotto A., Bologna, 2001, pp. 284 ss.. K. KÅNSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, *Eur. Law Journ.*, 2004, p. 296.

¹⁴⁵ E.U. PETERSMAN, *How to promote the international rule of law?*, *Journal of International Economic Law*, n. 1/1998, p. 25.

¹⁴⁶ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1993, pp. 769-774.

¹⁴⁷ E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., p. 127 ss..

¹⁴⁸ C. AMALFITANO, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, *Dir. Un. Eur.*, n. 4/2009, p. 789. C. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, *Dir. Un. Eur.*, n. 3/1996, pp. 643-668. G. GUARINO, *Verso l'Europa. Ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, pp. 1 ss.. A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, *Dir. Un. Eur.*, 1996, pp. 40 ss..

¹⁴⁹ Sul protagonismo dei giudici nell'odierno scenario europeo e mondiale G.N. TATE-T. VALLINDER (a cura di), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995, *passim*.

¹⁵⁰ Nell'odierno contesto giuridico, dominato dall'attenuazione del principio di separazione dei poteri, anche la funzione del giudice si arricchisce di contenuti nuovi: alla tradizionale funzione di applicazione della legge si giustappongono compiti creativi a contenuto normativo; il giudice non si limita a dare attuazione a principi esistenti ma si spinge sino alla elaborazione di principi nuovi. Quest'opera innovativa del giudice consente di inquadrare, a pieno titolo, la giurisprudenza tra le fonti del diritto. In ambito europeo la prassi della Corte di giustizia è nel senso della formulazione di principi generali non scritti attraverso forme di interpretazione teleologico-sistematiche della normativa sovranazionale. Le pronunce della Corte, aventi un'efficacia *lato sensu erga omnes*, sono direttamente applicabili negli Stati membri e prevalgono sul diritto nazionale. Con riferimento all'attivismo creativo dei giudici si veda, *ex plurimis*, S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1 ss..

¹⁵¹ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 51.

¹⁵² M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 247 ss.. La legge, cristallizzata nei tradizionali caratteri di un tempo ed ancorata a puntuali coordinate spazio-temporali, non riesce ad adeguarsi al nuovo scenario delle fonti del terzo millennio. Lo strumento legislativo si rivela, così, inadatto a fronteggiare le nuove sfide poste dalla europeizzazione e globalizzazione della produzione normativa. Il legislatore, alle volte incapace di offrire soluzioni soddisfacenti, è sempre più coadiuvato dalla giurisprudenza, il cui attivismo creativo tende a supplire alle inefficienze della legge. Del resto

La “*vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*”¹⁵³ si sviluppa proprio attraverso la cooperazione tra Corti sovranazionali e giudici interni. “*Del resto, in un contesto in cui la categoria della fonte-legge è tuttora sconosciuta all’ordinamento comunitario, il processo di integrazione europea si è sviluppato soprattutto sul fronte della giurisdizione e su quello dell’amministrazione*”¹⁵⁴. L’emergere dell’idea della giurisdizione come “*istituzione vincente*”, tipica dei Paesi di *common law*, viene, quindi, ad interessare anche l’Europa continentale ed il giudice europeo¹⁵⁵.

Quanto al peso giuridico delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, esse hanno valore generale e vincolante nei confronti di tutti i soggetti degli Stati membri, anche oltre il caso deciso. In virtù di una efficacia *erga omnes*, tali statuizioni sono fonti del “*diritto vivente*”¹⁵⁶, costituendo frammenti di norme giuridiche assimilabili alla normativa scritta. Come efficacemente sostenuto il diritto giudiziale è, di fatto, una fonte autorità per tutti i pubblici poteri. Pur essendo ciò unanimemente riconosciuto, di tale ruolo non vi è traccia nella ricostruzione positiva del sistema delle fonti neppure nel Trattato di Lisbona¹⁵⁷.

Le pronunce del giudice europeo hanno portata dichiarativa, determinando l’ampiezza e il contenuto delle norme sovranazionali con la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate¹⁵⁸. La rilevanza del precedente nella giurisprudenza della Corte di giustizia presenta caratteri peculiari, non identificandosi integralmente nei modelli né di *civil law* né di *common law*, ma attingendo sia dagli uni

l’inesorabile crepuscolo dell’atto legislativo nazionale viene gradualmente accelerato dalla concorrenza di moduli normativi più elastici e meno rigidi, quali appunto le sentenze, che trovano maggior spazio in un’area giuridica europea costantemente alimentata dal diritto giurisprudenziale del giudice di Lussemburgo. In relazione all’attivismo giudiziario della Corte di giustizia si veda il contributo di T. TRIDIMAS, *The European Court of Justice and judicial activism*, *Eur. Law Rev.*, 1996, pp. 199 ss.. Secondo l’autore la creatività della Corte è riconducibile essenzialmente a tre fattori:

- a) l’assenza di disposizioni sull’interpretazione del diritto europeo nei Trattati;
- b) l’inerzia delle istituzioni europee nella fase iniziale del percorso di integrazione tra gli Stati membri;
- c) la natura frammentaria delle disposizioni dei Trattati.

¹⁵³ N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 41 ss.. Il maggiore peso acquisito dalla giurisprudenza -secondo l’Autore- si condensa in ciò che, sia pure con varia intensità qualitativa, il precedente assume a punto di riferimento destinato a proiettarsi sulle decisioni degli altri giudici, nonchè sull’esercizio della funzione amministrativa, assicurando in tal modo una certa uniformità giuridica. Sulle ragioni della rinnovata centralità della funzione giurisdizionale anche A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 62 ss.. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, op. cit., pp. 865 ss..

¹⁵⁴ A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 70. In argomento si rinvia anche al contributo di R. MANFRELOTTO, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell’integrazione europea*, Torino, 2004, pp. 1 ss..

¹⁵⁵ A.J. MACKENZIE STUART, *The European communities and the rule of law*, London 1977, *passim*. In base al Trattato CECA (1951) la Corte di giustizia avrebbe dovuto rivestire il diverso ruolo di organo di vigilanza preposto alla difesa delle istituzioni dell’Unione Europea e dell’Alta autorità dai tentativi degli Stati membri di recuperare la sovranità perduta. Al contempo la Corte si sarebbe dovuta occupare della verifica circa il rispetto, da parte delle istituzioni, dei limiti ad esse imposti dai Trattati alla luce del principio delle competenze di attribuzione. Tuttavia nel corso dei decenni il giudice europeo ha acquisito un protagonismo senza precedenti, ritagliandosi maggiori spazi e poteri di intervento, con il risultato di contribuire in maniera determinante alla crescita dell’ordinamento europeo e alla diffusione dei suoi principi all’interno degli ordinamenti nazionali. In proposito anche F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, *Riv. Dir. Eur.*, 1990, pp. 229 ss.. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, op. cit., p. 79: “*Di fronte alla molteplicità ed alla eterogeneità delle fonti, le istituzioni giudiziarie diventano una sorta di metafonte, nella misura in cui sono in posizione privilegiata per stabilire in maniera autoritativa nessi, rapporti gerarchici, connessioni, mediazioni tra pezzi di materiale giuridico eterogenei e provenienti da svariate fonti. Persino problemi di rapporto tra fonti nazionali e fonti sovranazionali, internazionali e transnazionali possono ricevere sistemazione ed assetti preferibilmente in questa sede*”.

¹⁵⁶ Sulle caratteristiche del diritto giurisprudenziale, quale diritto vivente, G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 249. M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, *Dir. soc.* 2001, p. 159. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.* 1968, p. 1148. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, pp. 1 ss.. E. FEBBRAIO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, *Soc. dir.*, n. 3/1982, pp. 137 ss.. E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1984, *passim*. E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, 2008, pp. 1 ss..

¹⁵⁷ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*. Secondo l’autore le pronunce della Corte di Lussemburgo dovrebbe trovare una collocazione sistematica ufficiale tra le fonti del diritto.

¹⁵⁸ Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113. Corte cost., 3 luglio 1989, n. 389, www.cortecostituzionale.it.

sia agli altri¹⁵⁹. Le sentenze della Corte, quale organo di vertice, hanno portata vincolante per il Tribunale di primo grado, per i giudici nazionali¹⁶⁰, nonché per gli altri pubblici poteri nazionali e per i soggetti, persone fisiche e giuridiche, della Unione europea.

In una nota pronuncia la Corte di Lussemburgo¹⁶¹ giunge ad affermare apertamente la prevalenza delle proprie statuizioni anche sulle decisioni delle Corti costituzionali nazionali. Inoltre si statuisce l'obbligo a carico dei giudici domestici di disapplicare qualsivoglia normativa interna in conflitto con i principi generali di fonte pretoria.

Dunque la violazione delle sentenze della Corte di Giustizia e dei principi in esse proclamati costituisce grave violazione del diritto europeo per il ruolo di fonte del diritto assegnato alla giurisprudenza europea.

IX. Il conflitto tra principi europei e norme nazionali

9. La questione del conflitto tra principi europei e norme nazionali si inquadra nella più ampia tematica della giurisdizionalizzazione del diritto, vista nella prospettiva della prevalenza del diritto pretorio di matrice europea sul diritto nazionale legalmente dato.

In ossequio alla primazia dell'ordinamento sovranazionale sull'ordinamento interno, il conflitto tra una norma europea ed una norma nazionale deve essere risolto nel senso della prevalenza della prima con conseguente disapplicazione della seconda¹⁶².

Occorre domandarsi se il primato del diritto europeo riguardi qualsiasi norma dotata di effetto diretto oppure le sole norme scritte con esclusione, quindi, dei principi non codificati di elaborazione pretoria. Conseguentemente è lecito chiedersi se il rimedio della disapplicazione sia esperibile solo in caso di antinomia tra regole codificate (l'una nazionale l'altra europea) o anche tra una regola legalmente data (ad es. una legge statale) e un principio non scritto (definito in una sentenza della Corte di giustizia). Contestualmente va chiarito se i principi non scritti godano o meno del requisito della diretta applicazione ai fini dell'operatività della disapplicazione della norma nazionale con essi confliggente.

Per un'esauriente risposta ai quesiti sopra indicati, occorre partire dalla collocazione che i principi europei hanno nel sistema delle fonti. Come detto in precedenza, secondo l'orientamento maggioritario tali principi assumerebbero rango primario, disponendosi al vertice del sistema normativo europeo e nazionale in posizione equiordinata ai Trattati¹⁶³.

¹⁵⁹ L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., pp. 39 ss.. A differenza dei sistemi di *common law*, il precedente non rappresenta un vero e proprio vincolo per il giudice comunitario "e ciò sia per la carenza di una struttura gerarchica nel sistema -essendo la Corte di giustizia per lo più giudice di unica istanza-, sia per la pratica stessa della Corte, che nelle sue sentenze non ha mai esplicitamente e semplicemente espresso una volontà di seguire le sue decisioni anteriori; sia, soprattutto, perché il principio dello *stare decisis* non è compatibile, né è desiderabile, in un ordinamento dinamico come quello comunitario, perché ne impedirebbe la trasformazione e l'adattamento ad opera della Corte". Ma al contempo, a differenza dei Paesi di *civil law*, il giudice di Lussemburgo non decide solo riferendosi ai testi di legge. Nel sistema europeo il precedente viene spesso richiamato nelle pronunce della Corte di giustizia, mediante riproduzione di intere parti di precedenti sentenze. Ciò avviene nei soli casi in cui il giudice europeo "intende seguire il precedente, non quando vuole discostarsene, limitandosi, in tal caso, ad occuparsi semplicemente della questione controversa. Allo stesso modo la Corte non ha esitato ad allontanarsi totalmente dalle proprie posizioni, laddove il cambiamento sia necessario e funzionale agli scopi del diritto comunitario, così come è stata sollecitata nel limitare l'incidenza applicativa dei precedenti, in relazione alle differenze del caso concreto". Per una trattazione di più ampio respiro della tematica del precedente giurisprudenziale E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, www.jus.unitn.it. R. THOMAS LEE, *Stare decisis in historical perspective: from the founding Era to the renquist Court*, 52, *Vanderbilt Law Review*, 1999, pp. 647-735. N. DUXBURY, *The Nature and authority of precedent*, Oxford, 2008, pp. 1 ss.. M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 109.

¹⁶⁰ L. LORELLO *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., pp. 39 ss.

¹⁶¹ Cgce, 7 settembre 2006, in causa C-81/2005, *Cordero c. Fondo de garantia salarial*, www.curia.europa.eu.

¹⁶² Sulla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con il diritto europeo C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., pp. 125 ss.. V. ITALIA, *La disapplicazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 9 ss..

¹⁶³ M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 1 ss.. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 32: I principi generali sono parte integrante del diritto europeo e vincolano "in pari misura dei

Per quanto concerne il problema dell'efficacia diretta dei principi, se, da un lato, la stessa è pacificamente asserita dal giudice europeo, dall'altro, in ambito nazionale si registrano taluni dissensi della giurisprudenza, segnatamente tra i giudici amministrativi. Il Consiglio di Stato, ad esempio, in una pronuncia del 2005, ha escluso la diretta efficacia dei principi generali del Trattato in caso di conflitto tra questi ed una norma nazionale. In assenza di una normativa di settore emessa dagli organi sovranazionali, il giudice comune non può ricorrere alla disapplicazione per mancanza di una disciplina europea direttamente applicabile. Infatti “*il giudice nazionale è tenuto ad applicare direttamente la normativa comunitaria che regoli la materia in maniera difforme dalla legge nazionale, ma a tal fine non può utilizzarsi il principio*” perché “*in questo caso si richiede una attività di interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, che dovrebbe essere devoluta alla Corte di Giustizia*”¹⁶⁴. In caso contrario il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina sovranazionale adottata dagli organi competenti, finirebbe per creare egli stesso la norma mancante. Secondo tale orientamento non potrebbe addursi ad argomento contrario la maggior vaghezza dei principi rispetto alle regole scritte. Generalità e genericità sono sfere concettuali distinte e separate che non vanno sovrapposte, di talché i principi, essendo generali ma non generici, godono della stessa precettività delle regole e quindi della stessa idoneità a dispiegare una efficacia diretta¹⁶⁵.

Questa sentenza si pone, però, in contraddizione rispetto ad una precedente pronuncia con cui i giudici di palazzo Spada hanno ammesso la disapplicabilità di una norma di legge interna in contrasto con i principi europei (di libera prestazione dei servizi e di libera concorrenza) riconoscendo, altresì, la diretta applicabilità dei medesimi¹⁶⁶.

In generale la tesi che disconosce la diretta efficacia dei principi conati e sviluppati dalla Corte di Lussemburgo appare sempre più minoritaria nella giurisprudenza italiana per la diffusa consapevolezza del ruolo di fonte del diritto assunto dalle pronunce del giudice europeo. I principi dell'ordinamento europeo, infatti, hanno cogenza diretta ed efficacia generale, in quanto le sentenze della Corte di giustizia, che li plasmano e li sviluppano, sono considerate fonti del diritto, con efficacia *erga omnes*. Un altro argomento che milita nella direzione del riconoscimento della diretta efficacia è individuabile nella frequente derivazione dei principi europei da disposizioni del Trattato direttamente applicabili.

L'orientamento più accreditato e diffuso, dunque, riconosce a tali principi, ed in particolare a quelli non scritti di origine pretoria, efficacia diretta all'interno degli Stati membri nei confronti sia dei pubblici apparati sia delle persone fisiche e giuridiche. Da tale impostazione discende, come corollario, l'obbligo per i giudici e le amministrazioni nazionali di disapplicare, come *extrema ratio*, le norme nazionali in insanabile contrasto con principi sovranazionali¹⁶⁷. La Corte invita in molti casi gli Stati membri ad assicurare la conformità dei propri atti anche nei casi di formazione di una *res iudicata*¹⁶⁸. Di-

Trattati, tutti gli Stati che danno ingresso al diritto comunitario nel loro ordinamento”. Del medesimo avviso Cgce, 18 giugno 1991, in causa C-260/89, *Ert c. Dep*, Racc. 1991, I-2925. Trib. I grado, 8 luglio 2004 in cause riun. T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00, *Jfe Engineering corp.*, Racc. 2004, II, p. 2501.

¹⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁵ Per quanto concerne la capacità dei principi generali di produrre effetti diretti in sede di applicazione del diritto si rinvia agli studi di teoria generale di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, op. cit., V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., p. 41. S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto*, (*dir. cost.*), *Enc. dir.*, vol. XXXV, op. cit., p. 494 ss..

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505, www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie viene poi censurata la violazione della libertà di stabilimento, principio cui la Corte di giustizia ha in più occasioni riconosciuto efficacia diretta. *Ex multis* Cgce, 11 marzo 2004, in causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, Racc. 2004, I-2409. Cgce, 13 aprile 2000, in causa C-251/98, *Baars*, Racc. 2000, I-2787. Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-311/97, *Royal bank of Scotland*, Racc. 1999, I-2651.

¹⁶⁷ Le amministrazioni pubbliche nazionali sono il “*braccio secolare*” delle autorità sovranazionali nel dare esecuzione all'*acquis* europeo e nell'assicurarne l'osservanza.

¹⁶⁸ In giurisprudenza, da ultimo, Cgce, 10 luglio 2014 in causa C-213/13, www.curia.europa.eu, valorizza i principi di uguaglianza ed effettività invitando gli Stati membri in caso di *res iudicata* antieuropea ad individuare rimedi straordinari per rimettere in discussione la sentenza su un atto violativo del diritto europeo come in taluni casi l'ordinamento nazionale prevede già per situazioni interne (revisione, opposizione di terzo, revocazione) applicandoli anche ai casi di non conformità all'ordinamento UE di un atto amministrativo definitivo.

versamente opinando, il primato dell'ordinamento europeo verrebbe depotenziato sino ad azzerarsi. Per tali ragioni l'ambito operativo della disapplicazione si è progressivamente esteso fino a ricomprendere gli atti nazionali sia normativi sia atti amministrativi, a testimonianza dunque della capacità espansiva dei principi sovranazionali e della supremazia dell'ordinamento europeo sulle fonti interne anche di rango costituzionale.

Certamente un simile scenario, fondato sulla diretta efficacia dei principi e sulla disapplicazione della norma interna con essi in conflitto, ha un impatto rivoluzionario sul *modus operandi* dei pubblici poteri nazionali, oggi costretti a disapplicare ogni norma nazionale in contrasto sia con le disposizioni del Trattato e gli atti di diritto derivato, sia con i principi non scritti formulati dalla Corte di giustizia. E poichè i principi, di regola, militano nella direzione dell'ampliamento delle libertà degli amministrati, è evidente la rivoluzione copernicana che investe (e investirà sempre più in futuro) l'*agere* delle pubbliche autorità nazionali (ed europee), attraverso una progressiva espansione degli spazi di libertà del cittadino.

A ben vedere tanto i giudici quanto le amministrazioni nazionali devono convincersi a deporre i tradizionali parametri positivistic di un diritto statico e legislativamente dato, per ricalibrare la propria *mens* ed il proprio metodo di indagine su fonti giuridiche (le sentenze ed i principi in esse enunciati) in continuo divenire ed in perenne mutamento. Una prospettiva che richiede all'operatore giuridico nazionale un approccio maggiormente casistico che, dalla fattispecie concreta, consenta di ricavare la *vis* espansiva del principio, estendendone gli effetti a fattispecie analoghe o similari.

A tutto ciò deve abbinarsi, agli albori del terzo millennio, la conoscenza dei processi di interazione tra plurime fonti, scritte e non, nonché delle tecniche di risoluzione dei conflitti tra due o più principi europei e tra questi e le norme nazionali. A fronte del carattere relativo dei principi, al giudice, europeo e nazionale, è richiesta un'attività di bilanciamento capace di individuare la *regula iuris* del caso concreto. E proprio in quest'opera ermeneutica si realizzano circuiti integrati di collaborazione tra giudice europeo e giudici comuni. Del resto se è vero che le pronunce della Corte di giustizia rappresentano il modello di riferimento per l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale, è altrettanto vero che spetta ai giudici nazionali il compito di verificare all'interno della cornice sovranazionale l'adeguatezza e la rilevanza dei principi, dandovi attuazione nelle fattispecie concrete.

Utilizzando come coordinate di riferimento i valori del primato, della diretta efficacia e della leale cooperazione, il giudice domestico è tenuto ad acclarare la sussistenza di eventuali contrasti tra le norme nazionali e le norme europee (*in primis* i principi generali) e a risolvere i conflitti prima a livello ermeneutico con il rimedio dell'interpretazione conforme¹⁶⁹ delle norme domestiche (sostanziali e processuali¹⁷⁰) alle fonti europee; qualora poi tale strumento si riveli inefficace si percorrerà per gradi prima la via del rinvio pregiudiziale (utilizzabile dal giudice ma non dalla Pubblica Amministrazione) e da ultimo si farà ricorso al rimedio disapplicatorio della norma interna confliggente con l'ordinamento europeo. L'uso del rimedio disapplicatorio, lungi dall'essere automatico, deve costituire l'*extrema ratio* cui avvalersi nell'ipotesi in cui l'interpretazione conforme ed il rinvio pregiudiziale non siano di alcuna utilità per la risoluzione del conflitto.

Il giudice comune è, in definitiva, chiamato a maneggiare con cura tali strumenti in vista dell'uniforme applicazione del diritto europeo negli ordinamenti statali. Egli, lungi dall'essere una mera appendice esecutiva della Corte di giustizia, è il primo giudice europeo, investito della funzione di far vivere ed operare le regole ed i principi dell'Unione europea all'interno dei sistemi giuridici nazionali.

¹⁶⁹ In proposito G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 239: "L'interpretazione conforme, infatti, è una forma di cooperazione giudiziaria anticipata, che serve a prevenire ed evitare tanto il rinvio pregiudiziale quanto la disapplicazione: un mezzo molto meno invasivo, quindi, per garantire l'effetto utile delle norme europee". A. GENTILI, *Relazione al Convegno: "L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico"*, Accademia dei Concordi, Rovigo, 15-16 maggio, 2014.

¹⁷⁰ A riguardo, per esempio, in dottrina N. PIGNATELLI, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, *Giur. cost.*, 2008, pp. 3644 ss..

X. L'illegittimità europea dell'atto amministrativo: tipologie, caratteri e poteri del giudice

10. Nell'alveo della nuova legalità europea il giudizio di conformità dell'atto amministrativo ha come parametri di riferimento tanto la normativa nazionale quanto il diritto sovranazionale. Quest'ultimo si articola in regole codificate di rango primario (Trattati) o secondario (direttive, regolamenti, decisioni) ed in principi non scritti di fonte pretoria, collocabili al livello dei Trattati. Come è noto, le violazioni dell'*acquis* europeo possono essere perpetrate da atti nazionali sia legislativi che amministrativi¹⁷¹, essendo irrilevante a livello europeo la distinzione tra attività normativa e amministrativa¹⁷².

I principi del primato e dell'effetto diretto assicurano, di regola, la prevalenza dell'ordinamento europeo sugli atti nazionali, indipendentemente dal *nomen iuris* e dalla forma giuridica assegnati dall'ordinamento interno¹⁷³. Qualora il conflitto investa una disposizione normativa (ad es. una legge statale) è pacifico che il giudice possa, all'esito infruttuoso dell'attività di interpretazione conforme, disapplicare l'atto interno. Viceversa la questione si fa più intricata ove la violazione sovranazionale sia cagionata da un atto amministrativo¹⁷⁴. Quest'ultimo può porsi in contrasto diretto o indiretto con l'ordinamento europeo.

Nella prima ipotesi di contrasto diretto l'atto amministrativo dà esecuzione immediata alla disposizione UE senza il diaframma di alcuna norma nazionale¹⁷⁵.

Nel secondo caso, viceversa, di conflitto indiretto, si assiste alla interposizione di una norma interna, cui l'atto amministrativo offre applicazione, mutuandone la non conformità al diritto europeo.

La tematica del conflitto diretto o indiretto degli atti amministrativi nazionali con la normativa sovranazionale si intreccia al problema della natura dei rapporti che intercorrono tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento dell'Unione europea. L'adesione alla tesi monista o dualista ha, infatti, significative ricadute sul regime degli atti amministrativi antieuropei e sulla relativa disciplina processuale. In base all'opzione prescelta, a seconda dei casi, si parla in dottrina e in giurisprudenza di nullità annullabilità o disapplicabilità dell'atto amministrativo¹⁷⁶. Occorre pertanto procedere alla risoluzione delle plurime questioni sul tappeto.

¹⁷¹ In proposito G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 218: "Il punto di partenza di ogni ragionamento sul tema è che la violazione del diritto europeo può discendere non solo da atti statali generali e astratti (come regolamenti, leggi, norme in genere) ma anche da provvedimenti puntuali e concreti, per una illegittimità commessa nell'esercizio della funzione pubblica". E.M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2000, pp. 152 ss..

¹⁷² Sulla tematica dell'atto amministrativo nazionale lesivo del diritto europeo, tra i tanti, S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1 ss.. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1-185. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero sull'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2008, pp. 519 ss.. G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Dir. Un. Eur., n. 4/2007, pp. 747 ss.. G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2006, pp. 518 ss..

¹⁷³ Il principio della disapplicazione della norma interna in conflitto con il diritto europeo concerne non solo "norme generali ed astratte ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti" (Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, Racc. 1999, I, p. 2517).

¹⁷⁴ Con riferimento alla controversa tematica della disapplicazione dell'atto amministrativo antieuropeo S. TORRICELLI *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, op. cit., pp. 158 ss..

R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 ss. G. CHIOLA, *L'ordinamento comunitario e l'attività della pubblica amministrazione in Italia*, Aracne, Roma, 2007, *passim*.

¹⁷⁵ Una forma di contrasto diretto si ha, ad esempio, in presenza di una direttiva attuata attraverso atti amministrativi generali in materie non disciplinate da legge o regolamento né coperte da riserva di legge.

¹⁷⁶ In ordine alle molteplici tesi sostenute G. CHIOLA, *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, Aracne, Roma, 2003, pp. 37 ss.. M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 827. R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, Giur. it., 1989, III, p. 149. R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, Dir. proc. amm., VIII, 1990, pp. 284 ss..

In primo luogo pare opportuno principiare dalla disamina delle varie ipotesi di violazione del diritto europeo ad opera di un atto amministrativo. Secondo una parte della dottrina sarebbero configurabili tre casi di invalidità dell'atto amministrativo nazionale per contrasto con norme e principi sovranazionali¹⁷⁷:

1) la prima ipotesi è quella in cui la P.A. emani un atto amministrativo in diretta applicazione (e violazione) della norma europea, senza il diaframma di una norma nazionale. Da ciò discende illegittimità dell'atto amministrativo e la sua annullabilità.

La giurisprudenza amministrativa, in adesione alla tesi monista, ritiene, infatti, che “*una volta che la norma comunitaria sia entrata a far parte integrante dell'ordinamento interno*”, essa benefici “*del medesimo regime accordato alle altre disposizioni dell'ordinamento nazionale quanto all'eventuale giudizio di legittimità di un provvedimento amministrativo*”¹⁷⁸. Proprio in virtù dell'integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, la normativa europea vigente in Italia costituisce parametro di legittimità dell'atto amministrativo nazionale e la sua lesione è riconducibile al più ampio concetto di violazione di legge, quale vizio di annullabilità del provvedimento.

Da questa tesi promanano alcuni corollari in ordine alla forma di tutela attivabile ed ai poteri esperibili dal giudice. *In primis*, essendo il provvedimento illegittimo, l'interessato ha l'onere di impugnarlo, a pena di decadenza, entro 60 gg.¹⁷⁹, nell'ambito di un giudizio di annullamento dalle finalità demolitorie. La stessa regola, del resto, viene applicata dalla Corte di Lussemburgo con riferimento agli atti europei illegittimi. Di conseguenza, al fine di scongiurare un'elusione del termine decadenziale, il giudice amministrativo, non può, di regola e salvo casi eccezionali¹⁸⁰, disapplicare l'atto amministrativo per violazione di una disposizione sovranazionale¹⁸¹. A riguardo si segnala il contrario orientamento del giudice europeo favorevole, invece, all'estensione del rimedio disapplicatorio tanto agli atti normativi quanto agli atti amministrativi.

2) La seconda fattispecie di invalidità degli atti amministrativi per violazione della normativa europea è configurabile allorché la P.A. emani un provvedimento sulla base di una norma nazionale incompatibile con una norma o un principio europeo direttamente applicabili. Si tratta della c.d. invalidità indiretta. L'atto amministrativo riceve, dunque, il vizio di legittimità europea dalla norma di legge alla quale, in base al principio di legalità che governa l'azione amministrativa, è tenuto a dare attuazione. Tuttavia, dai principi del primato e dell'efficacia diretta, che determinano la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale, scaturisce in capo al giudice e alle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di disapplicare le norme interne in conflitto con la normativa europea¹⁸². Nella fattispecie *de qua* si assiste proprio alla disapplicazione, da parte della amministrazione, della norma statale con successiva applicazione della norma sovranazionale, quale nuovo parametro di legittimità dell'atto amministrativo.

L'obbligo di disapplicazione normativa, imposto dalla Corte di giustizia a tutti i pubblici poteri nazionali (ivi comprese le Pubbliche Amministrazioni)¹⁸³, è stato gradualmente recepito sia dalla Corte costituzionale¹⁸⁴ che dalla giurisprudenza amministrativa¹⁸⁵. Attraverso il rimedio disapplicatorio il giu-

¹⁷⁷ Più in generale sulla invalidità europea dell'atto amministrativo si vedano, tra gli altri, G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell'atto amministrativo inopponibile*, op. cit., pp. 217-263. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, op. cit., pp. 158 ss.. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, op. cit., pp. 1-185. R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007, pp. 1 ss.. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, www.giustamm.it.

¹⁷⁸ Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷⁹ Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁰ Ad esempio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva nelle quali, allo scopo di evitare ingiustificate differenziazioni tra identiche situazioni soggettive, si riconoscono al giudice amministrativo, con riferimento ai diritti soggettivi, gli stessi poteri del giudice ordinario.

¹⁸¹ Cgce, 24 ottobre 1996, in causa C-72/1995, *Kraaijeveld*, Racc. 1996.

¹⁸² A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione della normativa interna, in contrasto con quella comunitaria, da parte del giudice e della pubblica amministrazione statale e regionale*, in AA.VV., *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali*, a cura di A. Mattioni e G. Sacerdoti, Milano, 1995, p. 245.

¹⁸³ Cgce, 22 giugno 1989, in causa C-103/1988, *Fratelli Costanzo*, Racc. 1989.

¹⁸⁴ Corte cost., 4 luglio 1989, n. 389, www.giurcost.it.

¹⁸⁵ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2005, n. 2, www.giustizia-amministrativa.it.

dice accerta, in relazione al caso di specie, l'inefficacia della norma nazionale confliggente con il diritto europeo, con il conseguente divieto per la Amministrazione di darvi applicazione. Ove ciò accadesse ne discenderebbe un'invalidità europea indiretta dell'atto amministrativo nazionale.

Occorre a questo punto domandarsi se, in una tale ipotesi, l'atto invalido sia da qualificare come nullo o come annullabile. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie¹⁸⁶ sostengono la tesi dell'annullabilità, ricavandola *a contrario* dalla lettera dell'art. 21-*septies* l. 241/90, che non contempla tra i casi di nullità dell'atto amministrativo l'ipotesi di contrasto con la normativa sovranazionale¹⁸⁷.

Essendo la nullità un regime di invalidità eccezionale, e quindi tassativo, l'inosservanza della norma europea renderebbe l'atto amministrativo illegittimo e, dunque, annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* I co. l. 241/90 per vizio di violazione di legge. Secondo questo orientamento la nullità del provvedimento sarebbe configurabile qualora il provvedimento nazionale venisse "*adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile (e quindi disapplicabile) con il diritto comunitario*"¹⁸⁸. In questa fattispecie si assisterebbe, così, alla nullità dell'atto per difetto assoluto di attribuzione (vizio rientrante nella previsione dell'art. 21-*septies*), poiché la norma da disapplicare sarebbe la norma fondante il potere amministrativo. Si tratta comunque di un'ipotesi assai rara¹⁸⁹, in quanto nel sistema amministrativo italiano "*le norme attributive del potere sono norme di diritto nazionale e (...) il diritto comunitario difficilmente vi interferisce*"¹⁹⁰.

La summenzionata tesi della nullità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto europeo è stata aspramente criticata¹⁹¹. In particolare secondo autorevole dottrina non è sostenibile "*la tesi della nullità, in quanto nel caso di provvedimenti amministrativi in contrasto con disposizioni comunitarie non è configurabile una carenza di potere, né alcuna altra delle ipotesi tipizzate di nullità. Inoltre, (...) pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto col Trattato o con norme di diritto derivato sono ricondotti dal giudice comunitario, salvo ipotesi estreme, al regime dell'annullabilità. Non sarebbe quindi chiara la ragione per delineare un diverso regime degli atti amministrativi emanati da uno Stato membro, sovvertendone oltretutto le regole interne*"¹⁹².

Da queste premesse è possibile dedurre come la tesi della nullità dell'atto amministrativo appaia in stridente contrasto con l'omogenea categoria dell'invalidità europea, a causa dell'ingiustificata differenziazione di trattamento tra ipotesi giuridiche simili. Lo stesso richiamo al difetto di attribuzione sembra inappropriato. L'ordinamento italiano, infatti, considera nullo per carenza di potere l'atto amministrativo adottato sulla base di un potere non previsto da alcuna norma o che la legge attribuisca ad un organo diverso rispetto al plesso amministrativo che ha agito. Nelle ipotesi di contrasto indiretto tra l'atto amministrativo e la normativa sovranazionale, a ben vedere, rilevarebbe non già una carenza ma un cattivo esercizio di potere. Il potere dunque sussiste, ma è stato esercitato in modo scorretto, sicché il provvedimento amministrativo, adottato all'esito del suo svolgimento, risulta illegittimo e quindi annullabile.

In quest'ipotesi non si giustifica, pertanto, l'applicazione del regime della nullità poiché "*l'incompatibilità comunitaria non deriva da violazione di regole comunitarie di competenza, ma da questioni relative all'esercizio concreto del potere attribuito alle singole amministrazioni nazionali, quindi in senso*

¹⁸⁶ In dottrina G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti-G. Greco, Milano, 2007, p. 936. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., a cura di F. Fracchia, Milano, 2014, pp. 379 ss.. In giurisprudenza Cgce, 13 gennaio 2004, in causa C-453/2000, *Kühne & Heitz*, Racc. 2004. Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Tar Lazio, sez. I, 15 agosto 1988, n. 1185, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit.

¹⁸⁸ Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio, n. 579, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁹ Ad esempio nell'ipotesi in cui l'incompatibilità con le norme ed i principi europei si riferisca ad una norma legislativa nazionale che autorizzi provvedimenti restrittivi di quote di importazione.

¹⁹⁰ G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, op. cit., pp. 936 ss..

¹⁹¹ Tra i tanti G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op. cit., pp. 936 ss.. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento, Dir. amm. appl.*, a cura di Sandulli M.A., Milano, 2005, pp. 200 ss.. L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, *Foro it.*, 1990, III, p. 203. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 350 ss.. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., pp. 1 ss..

¹⁹² R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 350.

*stretto, non verte sul tema delle attribuzioni degli organi amministrativi*¹⁹³. Di conseguenza il regime applicabile, nelle ipotesi di illegittimità europea risulterebbe il regime previsto per la annullabilità dell'atto.

3) La terza fattispecie di invalidità europea riguarda il caso in cui la Pubblica Amministrazione adotti un atto amministrativo in base ad una norma nazionale in contrasto con una norma sovranazionale non direttamente applicabile¹⁹⁴. In tale ipotesi, secondo parte della dottrina, “*stante la mancata integrazione dell'ordinamento interno con la norma comunitaria, l'amministrazione*” non potrebbe “*disapplicare la norma nazionale (ancorchè costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost. e soggetta al sindacato del giudice delle leggi)*”¹⁹⁵. Pertanto l'atto amministrativo, conforme alla norma di legge nazionale, continuerebbe ad essere valido ed efficace, in attesa di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale.

Prima di procedere con la disapplicazione, da considerarsi una *extrema ratio*, occorre seguire la via interpretativa. Infatti la Amministrazione Pubblica è tenuta, per quanto possibile, ad interpretare la norma interna in osservanza dei valori della norma europea sia pure non direttamente applicabile (ad es. una direttiva non *self-executing*)¹⁹⁶, rendendo così conforme al diritto sovranazionale anche il successivo atto amministrativo.

In definitiva la giurisprudenza ha talmente valorizzato la forza espansiva del diritto europeo, si da riconoscergli vigenza all'interno degli Stati anche nelle ipotesi di carenza di efficacia diretta, attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme del diritto interno.

Delineate, sia pur sommariamente, le complesse dinamiche del conflitto tra l'atto amministrativo e la normativa europea in genere, occorre ora soffermarsi sulla particolare tipologia di contrasto che ha come protagonisti, da un lato, l'atto amministrativo nazionale e, dall'altro, i principi europei non scritti elaborati dalla Corte di giustizia. Si è osservato in proposito come l'incidenza di tali principi non si arresti alla soglia della rilevanza giuridica, ma si traduca “*in vera e propria efficacia giuridica di guisa che la mancata osservanza da parte di qualsiasi operatore vincolato dal diritto comunitario costituisce inosservanza del diritto comunitario stesso*”¹⁹⁷.

È convincimento sempre più diffuso che i principi europei (scritti e non) siano muniti di efficacia diretta, imponendosi all'osservanza dei poteri nazionali, obbligati a disapplicare gli atti interni (normativi o amministrativi) con essi in conflitto. Nella famosa sentenza *Ciola*¹⁹⁸ la Corte di Giustizia ha affermato in tal senso l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare un provvedimento amministrativo in contrasto con un principio generale del diritto sovranazionale.

La violazione dell'*acquis* europeo ricomprende al proprio interno anche l'inosservanza dei principi, che determina un vizio di legittimità degli atti amministrativi ascrivibile alla violazione di legge¹⁹⁹. Vi sono tuttavia ipotesi in cui la palese infrazione degli obiettivi dei Trattati può inficiare l'atto amministrativo per sviamento della funzione integrando, così il diverso vizio di eccesso di potere²⁰⁰. In generale va riconosciuta, quindi, efficacia diretta sia ai principi codificati in disposizioni direttamente applicabili, sia ai principi non scritti di origine giurisprudenziale.

¹⁹³ S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., p. 72: “*Il concetto di attribuzioni e la determinazione dei limiti di competenza concerne il diritto istituzionale comunitario ed è rivolto agli organi attivi all'interno dell'Unione, ma il diritto comunitario non contiene regole di competenza che possano incidere sul livello organizzativo degli Stati nazionali*”. La stessa giurisprudenza UE sostiene “*l'insensibilità dell'ordinamento sovranazionale al riparto di competenze effettuato tra le strutture operative all'interno dell'organizzazione amministrativa nazionale*”.

¹⁹⁴ È il caso ad esempio di una direttiva non *self-executing* e non ancora recepita nell'ordinamento italiano, senza che sia decorso il termine di recepimento.

¹⁹⁵ V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, op. cit., pp. 868 ss..

¹⁹⁶ Cgce, 26 settembre 2000, in causa C-443/1998, *Unilever Italia S.p.a.*, Racc. 2000. Cgce, 13 novembre 1990, in causa C-106/1989, Racc. 1990.

¹⁹⁷ E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*-*Riv. it. dir. pubbl. com.* pp. 1209-1241.

¹⁹⁸ Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, cit..

¹⁹⁹ S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di stato: la primauté del diritto nazionale*, *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 816.

²⁰⁰ S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, *Dir. proc. amm.* 2005, p. 1112.

A questo punto è d'obbligo sciogliere il nodo circa i rimedi esperibili avverso un provvedimento amministrativo lesivo del diritto europeo e, segnatamente, dei suoi principi. In altri termini va chiarito quale sia il bagaglio di tutele offerte dall'ordinamento nazionale per garantire, anche in ambito amministrativo, la primazia del diritto sovranazionale. Come accennato in precedenza, sono essenzialmente percorribili due vie:

- a) la strada dell'annullabilità (e per taluni della nullità) che presuppone l'invalidità dell'atto;
- b) la via della disapplicazione che opera, viceversa, sul crinale dell'inefficacia, lasciando *a latere* le questioni di validità.

Mentre la dottrina e la giurisprudenza domestiche aderiscono alla tesi dell'annullabilità, riconducendo l'infrazione al diritto europeo nell'ampia accezione della violazione di legge²⁰¹, la Corte di giustizia propende sempre più per un uso generalizzato del rimedio disapplicatorio²⁰². Ed è proprio quest'ultimo orientamento che è destinato necessariamente a prevalere per l'autorità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte.

In particolare in una importante sentenza il giudice europeo²⁰³, nella prospettiva dell'integrazione tra ordinamenti, afferma che l'unico strumento in grado di assicurare il primato e l'effettività del diritto sovranazionale²⁰⁴ sia proprio la disapplicazione dell'atto amministrativo che, in via diretta o riflessa, risulti con esso confliggente. L'ambito operativo della disapplicazione, pertanto, si dilaterrebbe fino a ricomprendere tanto gli atti normativi quanto gli atti amministrativi (generali e particolari) affetti da illegittimità per contrasto con la normativa europea.

È dunque evidente come la nuova filosofia dell'Unione europea abbia stravolto l'assetto normativo interno e le relative tecniche giudiziarie, trasformando la disapplicazione, da rimedio tassativo ed eccezionale, in strumento ordinario a carattere generale, finalizzato a garantire l'uniforme e immediata applicazione dell'*acquis communautaire*. Alla Corte di giustizia non interessa la qualificazione ed il regime (di inefficacia o invalidità) che Stati conferiscono all'atto amministrativo. Ciò che assume rilievo è che le norme ed i principi europei prevalgano, in caso di conflitto, sulle disposizioni interne (normative o amministrative) dei Paesi membri senza subire ostruzionismi applicativi.

Per tali ragioni l'ordinamento dell'Unione europea esprimerebbe tendenzialmente una forma di disfavore verso un regime di annullabilità dell'atto amministrativo antieuropeo che, in caso di mancata impugnazione entro 60 giorni, cristallizzi il provvedimento perpetrando *ad libitum* un intollerabile *vulnus* al diritto sovranazionale²⁰⁵.

²⁰¹ Contrario all'utilizzo del rimedio disapplicatorio avverso atti amministrativi, specie se particolari, per contrarietà al diritto europeo G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 227: "Nei confronti dell'atto amministrativo antieuropeo la disapplicazione rischia dunque di rivelarsi un rimedio abnorme, che, nell'affermare a tutti i costi l'effetto utile, finisce per scardinare altri pilastri dell'ordinamento integrato, minacciando di far crollare un edificio costruito su più livelli. Inoltre generalizzare l'uso della disapplicazione come rimedio contro le violazioni del diritto europeo da parte del potere amministrativo rischia di dare vita ad un doppio regime giuridico dell'atto amministrativo, affetto da invalidità interna oppure da illegittimità europea: nel primo caso l'atto è annullabile ad istanza di parte ed entro un termine decadenziale breve; nel secondo caso invece è disapplicabile d'ufficio e in ogni tempo".

²⁰² Con riferimento alla disapplicazione quale rimedio generale di risoluzione dei conflitti G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, Riv. it. dir. pubbl. com. n. 3-4, 2006, p. 518.

²⁰³ *Ex multis* Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, cit.. Dello stesso avviso anche Tar Lombardia, sez. III, 31 maggio 2000, n. 3831, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁴ Sul principio di effettività del diritto europeo costruito dalla Corte di giustizia attraverso la valorizzazione del principio di leale cooperazione C. KESSEDIJAN, *L'autorità de la chose jugée et l'effectivité du droit européen*, ERA Forum, 2010, pp. 263-279.

²⁰⁵ Secondo la Corte di giustizia la rimozione delle violazioni del diritto sovranazionale, perpetrate da atti amministrativi nazionali, non può dipendere dalla scelta del ricorrente di esperire l'azione di annullamento entro il termine di decadenza di 60 giorni previsto dall'ordinamento italiano; occorre, viceversa, conferire al giudice domestico, attraverso la disapplicazione, il potere di accertare e rimuovere d'ufficio ed in qualunque momento le violazioni cagionate da atti interni al diritto europeo.

Inoltre limitare la disapplicazione ai soli atti normativi, con esclusione degli atti amministrativi, significherebbe conferire a questi ultimi una capacità di resistenza maggiore rispetto agli atti normativi (cedevoli in quanto disapplicabili), con palese sovvertimento del principio della gerarchia delle fonti. Infine in ambito sovranazionale una distinzione tra atti normativi e amministrativi non è contemplata, sicché non si vede la ragione per cui ai secondi non sia possibile estendere i rimedi previsti per i primi²⁰⁶.

La valenza generale del rimedio disapplicatorio, sostenuta dalla Corte di giustizia, è posta in discussione da quella parte della dottrina che paventa il rischio di uno stravolgimento del sistema amministrativo italiano, avendo il principio della disapplicazione un'efficacia ed un'estensione maggiori per gli atti amministrativi rispetto a quanto avviene, normalmente, per gli atti normativi²⁰⁷. In altri termini la disapplicazione risulterebbe un annullamento mascherato, producendone i medesimi effetti, pur con un regime giuridico differente (officiosità del potere, assenza di un termine perentorio di esercizio).

La dottrina e la giurisprudenza italiane sono consapevoli, dunque, del pericolo che una generalizzazione del rimedio disapplicatorio possa stravolgere il sistema italiano di giustizia amministrativa fondato sulla regola della impugnabilità degli atti lesivi (non regolamentari), con pregiudizio alle esigenze di certezza, stabilità e continuità dei rapporti di diritto pubblico.

È vero comunque che, a livello sovranazionale, non sono mancate pronunce della Corte di giustizia, rispettose dell'autonomia processuale degli Stati membri, che hanno riconosciuto ammissibile la previsione di un termine di impugnazione per gli atti antieuropei, purché ragionevole e non lesivo dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Ma è altrettanto vero che, soprattutto nelle ipotesi di atti amministrativi presupposti e inoppugnabili, l'ordinamento europeo sia favorevole all'attribuzione al giudice amministrativo di un potere di disapplicazione sempre più esteso e generalizzato.

Emerge allora come il provvedimento, e più in generale l'intera attività procedimentale amministrativa, soggiaccia oggi ai superiori parametri della legalità europea la quale certamente ricomprende i principi non scritti di elaborazione pretoria. Una legalità che implementa le tutele del *civis*, restringendo al contempo i poteri dell'autorità.

XI. La nullità dell'atto amministrativo per violazione della normativa e dei principi europei

11. Come visto nel paragrafo precedente, la giurisprudenza maggioritaria propende per il riconoscimento dell'annullabilità dell'atto amministrativo antieuropeo, con conseguente applicabilità del relativo regime giuridico.

Si registra, tuttavia, un orientamento minoritario, di ispirazione dualista, che considera nullo l'atto amministrativo applicativo di una legge attributiva del potere antieuropeo. In quest'ipotesi la disapplicazione della norma interna priverebbe di ogni fondamento l'attività amministrativa ed i relativi atti risulterebbero nulli per carenza assoluta di potere. Secondo questa impostazione non potrebbe, dunque, invocarsi l'operatività della norma sovranazionale, quale parametro di legittimità dell'atto amministrativo, a causa dell'appartenenza di tale norma ad un ordinamento separato e distinto rispetto all'ordinamento nazionale²⁰⁸.

²⁰⁶ La Corte di giustizia ha in più occasioni evidenziato che tra le disposizioni di diritto interno in contrasto con la disposizione comunitaria possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative. Aggiunge poi la Corte che è nella logica di tale giurisprudenza che le disposizioni amministrative di diritto interno non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti.

²⁰⁷ Si vedano in proposito le considerazioni di R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, *Giustizia amministrativa*, 2003, pp. 93 ss.. Secondo l'autore gli atti amministrativi sono "normalmente destinati alla disciplina di situazioni particolari" e in relazione ad essi "la disapplicazione produce effetti più rilevanti, in quanto consente di risolvere la questione nella sua integrità, rendendo così l'annullamento dell'atto solo un incumbente formale".

²⁰⁸ In dottrina L. FORLATI PICCHIO, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, *Dir. com. sc. int.*, 1978, p. 199. R. MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, *passim*. G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op. cit.. Secondo

Nella famosa, ma anche isolata, pronuncia del 1989²⁰⁹, il Tar Piemonte dichiara la nullità di un atto amministrativo applicativo di una norma di legge in contrasto con una direttiva non *self-executing*, previa disapplicazione della norma interna. Il giudice amministrativo oblitera del tutto la questione se la norma interna sia norma attributiva o meramente regolativa del potere. Poiché la norma di legge disapplicata è improduttiva di effetti “*il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta*”, egli non può che acclarare la radicale nullità dell'atto amministrativo²¹⁰. In adesione alla tesi dualista dei rapporti tra ordinamenti, il giudice ritiene che, da un lato, la disapplicazione della norma di legge interna e, dall'altro, l'appartenenza della norma europea ad un differente ordinamento, conducano alla qualificazione della patologia dell'atto amministrativo in termini di nullità per difetto assoluto di attribuzione²¹¹.

La pronuncia in esame è criticabile sotto molteplici aspetti: in primo luogo l'integrazione tra ordinamenti deve considerarsi un dato irrinunciabile in un contesto di primazia del diritto europeo, sicché la norma sovranazionale incarnerebbe il parametro di legittimità dell'azione amministrativa nell'alveo di una legalità di livello superiore e più ampio. Inoltre, anche aderendo alla tesi dualista, si ravvisa da parte del Tar Piemonte un uso improprio del rimedio disapplicatorio, di regola, ammissibile nei soli rapporti tra norme contemporaneamente vigenti e applicabili. Nella fattispecie *de qua*, viceversa, venendo in rilievo una direttiva non *self-executing*, il giudice non potrebbe disapplicare la norma interna, bensì avrebbe l'onere di sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale. In tal senso non pare pertinente la giustificazione del Tar che individua nella assoluta incompatibilità dei fini perseguiti dalle due norme la fonte della inapplicabilità della norma interna.

A partire dal 2005, la tesi della nullità dell'atto amministrativo antieuropeo, che appariva recesiva, in quanto collegata ad una visione dualistica dei rapporti tra ordinamenti ormai in via di superamento, tende a riemergere in una declinazione rinnovata. Da una lettura congiunta dei novellati artt. 1 co. I e 21-*septies* della l. 241/90²¹², autorevole dottrina individua, infatti, un'ulteriore ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per mancanza di un elemento essenziale, ove la norma violata sia espressione di un principio europeo²¹³. Inoltre “*la configurabilità di una sorta di diritti intangibili di*

l'autore l'ipotesi della nullità dell'atto amministrativo è statisticamente ridotta ai casi in cui la norma attributiva del potere sia rinvenibile integralmente nel diritto sovranazionale “*perché capita di rado che la normativa comunitaria si sovrapponga del tutto a quella nazionale sulla attribuzione del potere amministrativo. Mentre è assai più frequente l'ipotesi che la legge italiana (nella parte incompatibile) si limiti a prevedere segmenti della fattispecie normativa di disciplina del potere amministrativo, ma non l'intera fattispecie che radica il potere medesimo. E in tali casi, trattandosi di norme sul modo di esercizio di detto potere, la loro disapplicazione non può ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità sull'atto amministrativo, sebbene solo in termini di illegittimità-annullabilità*”. In giurisprudenza Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁹ Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, cit., con commenti di L. TORCHIA, *Il giudice disapplica ed il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, *Foro it.*, 1990, III, pp. 203 ss. e R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, op. cit., pp. 284 ss..

²¹⁰ Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, cit..

²¹¹ R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, op. cit., *passim*. In altri termini attraverso la disapplicazione la norma interna, affetta da illegittimità europea, viene privata dal giudice del potere di esplicare i propri effetti, tra i quali vi è per le norme di legge quello di autorizzare l'esercizio dei poteri amministrativi necessari per dare ad esse attuazione, secondo il principio di legalità. In questo modo la norma interna-disapplicata-non è più idonea a fondare il potere della P.A. di adottare l'atto amministrativo, il quale, ove venga comunque emanato, risulterà nullo per carenza assoluta di potere ai sensi dell'art. 21-*septies* l. 241/90.

²¹² L'art. 1 co. 1 è stato modificato dall'art. 1, l. 11 febbraio 2005, n. 15 e poi dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 7, l. 18 giugno 2009, n. 69. L'art. 21-*septies* è stato aggiunto dall'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15.

²¹³ V. CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, www.centrodirittoeuropeo.it: “*Non può essere trascurato, invero, il rilievo che la violazione delle norme comunitarie potrebbe dare luogo in certi casi, più incisivamente di quanto attiene alle violazioni di norme nazionali, a violazioni previste dall'art. 21-*septies*, e perciò produrre la nullità dei relativi atti amministrativi. Al di là dell'ipotesi, abbastanza improbabile, del difetto assoluto di attribuzione (dato che la norma comunitaria non è in genere attributiva del potere), potrebbe emergere il caso di violazione di norme comunitarie così gravi, caratterizzanti un determi-*

*fonte comunitaria, la cui violazione comporta la radicale nullità degli atti amministrativi lesivi, non solo garantirebbe l'effettività di tali posizioni giuridiche, ma, soprattutto costituirebbe un importante contributo allo sviluppo dell'acquis communautaire, vero e proprio crocevia per un'effettiva integrazione europea*²¹⁴. In tal senso la declaratoria di nullità si delineerebbe quale strumento “*per la neutralizzazione integrale degli effetti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria che gli atti amministrativi possono aver prodotto*”²¹⁵.

In definitiva nei casi di violazione dei principi europei da parte di un atto amministrativo nazionale, il combinato disposto degli artt. 1 co. I e 21-*septies* consente nuove possibili soluzioni, potenzialmente idonee ad estendere l'ambito applicativo della nullità alle infrazioni del diritto europeo. In tal modo la forza avvolgente dei principi dell'ordinamento sovranazionale consente di andare oltre l'ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione per ricomprendere casi di violazione di norme europee così gravi da incidere sugli elementi essenziali della fattispecie dell'atto amministrativo²¹⁶.

XII. Conclusioni

12. Il Terzo millennio si apre con la consapevolezza del nuovo che avanza in un rinnovato scenario, multiforme e globale. Il mito positivistico della centralità della legge e del predominio dello Stato vengono erosi progressivamente dalla primazia dell'ordinamento europeo le cui norme si impongono sulle norme legislative interne, anche di rango costituzionale, nonché sugli atti amministrativi. In particolare il diritto scritto, di matrice nazionale è, oggi, ridimensionato sempre più dal diritto giurisprudenziale, un diritto nuovo, casistico e in perenne mutamento che sospinge il giurista alla ridefinizione delle tecniche interpretative del passato.

In un tale scenario si inquadrano i principi generali forgiati dalle sentenze della Corte di giustizia. Tali principi nel corso dei decenni si sono infiltrati, con imprevedibile capillarità, nei sistemi giuridici nazionali, conformandone in via diretta o riflessa i principali istituti. Gli ordinamenti domestici, oltre a venir fertilizzati dall'alto, tendono, poi, ad aprirsi orizzontalmente irradiando in ciascuno gli elementi dell'altro. Una nuova forma di legalità sovranazionale va, dunque, lentamente imponendosi nei vari Stati membri con la finalità di dar vita ad uno *ius commune europaeum* che sappia assicurare l'unità nella diversità in un sistema integrato e multilivello delle fonti.

*nato modello procedimentale, da incidere sugli elementi essenziali della fattispecie, la cui mancanza è causa di nullità. Ciò potrebbe verificarsi ad esempio, nelle gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti d'appalto (materia quasi interamente coperta da normativa comunitaria laddove si verifichi la violazione di regole essenziali poste a tutela della concorrenza dal diritto comunitario, che potrebbero appunto rappresentarsi come elementi essenziali della fattispecie di gara (v. ad esempio, in diritto francese, la norma sul cd. *referé précontractuel*: art. L551-1, cod. just. adm., laddove si prevede una forma più incisiva di tutela cautelare in caso di violazione *aux obligations de publicité e de mise en concurrence*)).” In argomento anche A. ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, www.altalex.com, 2007. In generale, con riferimento alla tematica della nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione del diritto europeo, in giurisprudenza, si rinvia a Tar Basilicata, 17 ottobre 2006, n. 723, www.giustizia-amministrativa.it, il quale afferma che “il vizio di nullità (alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, 9 settembre 2003 n. 198) risulta configurabile soltanto se l'atto e/o provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna incompatibile (e perciò disapplicabile secondo la Corte di Giustizia) con il diritto comunitario”. Al contrario per Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit., “la forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”.*

²¹⁴ A. ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo*, op. cit..

²¹⁵ R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, op. cit., p. 183.

²¹⁶ Per quanto concerne l'ampliamento delle ipotesi di nullità dell'atto amministrativo antieuropeo vedasi anche S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., p. 171. Secondo l'autrice “*si potrebbe essere portati a concludere per la nullità del provvedimento, in caso sia della mancanza di elementi essenziali dell'atto, nelle ipotesi in cui taluno di questi elementi sia previsto nel diritto di fonte sovranazionale, sia di violazione del giudicato*”, che potrebbe abbracciare quegli “*atti nazionali che contrastino con il *decisum* della Corte di giustizia*”.

Va osservato poi come i principi dell'ordinamento europeo abbiano determinato una rivoluzione copernicana nell'area del diritto pubblico degli Stati membri. In particolare l'azione dei pubblici poteri riceve dall'influenza dei principi europei un'intensa e capillare democratizzazione, attraverso la valorizzazione dei diritti e delle libertà dell'individuo nell'ambito dei rapporti con l'autorità.

Il diritto europeo viene, quindi, ad assumere le forme di un diritto magmatico che avvolge gli ordinamenti nazionali, insinuandosi nelle pieghe della sovranità statale; conseguentemente le autorità nazionali pubbliche (giurisdizionali e amministrative) devono applicare le norme ed i principi sovranazionali giungendo alla disapplicazione degli atti interni (normativi e amministrativi) in insanabile conflitto con il diritto europeo.

In definitiva, il giurista del XXI sec., liberandosi di ogni forma di provincialismo giuridico, deve acquisire consapevolezza del ruolo centrale dei principi europei quale parametro di legittimità dell'azione di tutti i pubblici poteri, europei e nazionali, legislativi e amministrativi nell'ambito di una nuova legalità sovranazionale che si impone all'interno degli Stati membri.

LA TÉCNICA LEGAL DEL “HILO DE ARIADNA” EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ESCLAVA DE LA TRATA

THE “ARIADNA’S THREAD” LEGAL TECHNIQUE IN THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF THE SEXUAL TRAFFIC VICTIM

CARMEN RUIZ SUTIL

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Recibido: 14.07.2015 / Aceptado: 23.07.2015

Resumen: La presente investigación pretende elevar el debate jurídico sobre la categorización del reconocimiento de la protección jurídico internacional para las víctimas de la trata de explotación sexual acorde con la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos de la que ha sido tratada y tiene fundados temores a regresar a su país. En España, la existencia de ámbitos alternativos para la protección de la esclava de la trata menoscaba la concesión del estatuto de refugiada, ya que se acude prioritariamente a la protección concedida desde el Derecho de extranjería cuando ésta preste su colaboración penal. En los últimos tiempos, la consideración del asilo como medio prioritario de protección internacional de las esclavas de la trata se va abriendo paso. Pero el laberinto normativo existente, consecuencia directa de los nexos existentes entre migración y asilo, junto al colapso lingüístico de conceptos de la violencia de género y de otros fenómenos, dificultan el estatuto de refugiada. Los marcos jurídicos por sí solos no son suficientes para resolver este entramado, por lo que proponemos la técnica jurídica del “hilo de Ariadna” que ayude a adquirir la protección internacional de la víctima de trata cuando tiene temores fundados de ser perseguida si vuelve a su país.

Palabras clave: víctima de trata con fines de explotación sexual, asilo y protección subsidiaria, violencia de género, el “hilo de Ariadna” y protección del art. 59 bis de la Ley de extranjería.

Abstract: The current research aims at raising the legal debate regarding the categorization of the recognition of the international legal protection towards sexual traffic victims in compliance with the human dignity and the Human Rights respect of the victim who has justified fear to turn back to her country. In Spain, the existence of alternative areas for the traffic slave protection undermines the concession of the refugee status since the victim is led to the protection offered under the Immigration Law when she gives her penal collaboration. In recent times, the consideration of asylum as a primary way of international protection for traffic slaves is gaining ground. Nevertheless the complex legal framework, as a direct consequence of the existing links between migration and asylum, besides the linguistic breakdown of concepts of Gender based violence and other phenomena, complicate the refugee status. The legal frameworks alone are not enough to resolve this complexity thus we propose the legal technique of Ariadne’s thread to help reach the international protection of the sexual traffic victim when she has justified fears of being persecuted if she get back home.

Key words: victim of sexual traffic, asylum and subsidiary protection, gender based violence, Ariadne’s thread, protection of art. 59 bis of the Immigration Law.

Sumario: I. Introducción; II. Multiplicidad normativa en la protección internacional de las esclavas de la trata; III. La técnica jurídica del “hilo de Ariadna” para alcanzar la protección internacional; IV. El sistema español de protección a la esclava de la trata y las debilidades de un marco jurídico alternativo; V. A modo de reflexión final.

I. Introducción

1. La trata de seres humanos es calificada como la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo presente es más rentable, porque se fundamenta en una relación de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior¹. Entre los fines de este fenómeno encontramos la explotación sexual, el trabajo forzoso, la servidumbre e, incluso, la extracción de órganos entre otros, aunque cada una de estas finalidades mantiene una dinámica particular. La trata de seres humanos ha sido examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), afirmándose que el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una nueva forma de esclavitud incluida en el ámbito de aplicación del art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)².

2. La prostitución y el tráfico de mujeres y niñas es una clara expresión de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo y constituyen una forma y manifestación de la violencia de género. Las estadísticas sobre esta cuestión empezaron a visibilizar la realidad del fenómeno³: las mujeres constituyen el grupo mayoritario de víctimas de trata con vistas a una explotación sexual. Particularmente, el Grupo de expertos sobre lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (GRETA) considera que la aplicación a la lucha contra la trata de la perspectiva fundada en los derechos humanos impone a los Estados la puesta en marcha de un marco completo para prevenir la trata, para proteger a las personas víctimas de trata como víctimas de una vulneración grave de derechos humanos y para realizar investigaciones y procedimientos efectivos contra los traficantes. En este marco, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de que los Estados consideren la trata como una forma de violencia contra las mujeres, de que tengan en cuenta la relación entre el género y las distintas formas de explotación y sobre la base de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. En proporción mayor, las mujeres y niñas son explotadas por mafias internacionales para el ejercicio de la prostitución en condiciones de esclavitud, quedando despojadas de su propia esencia para convertirlas en objeto de compraventa. En nuestro país, los casos que llegan a la justicia de mujeres afectadas por el grave fenómeno del tráfico con fines de explotación sexual son cuantitativamente superiores a otras víctimas⁴. Por su especial vulnerabilidad, el objeto del trabajo se centra en las extranjeras víctimas de trata con fines de explotación sexual, ya que esta problemática afecta principalmente a este colectivo⁵.

¹ E. POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm. 13-15, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado 26 de enero de 2015).

² *Vid.* el caso *Rantsev*. Chipre y Rusia, Sentencia de 7 de enero de 2010, nº 25965/04, CEDH 2010, par. 282. Ver también Sentencias *Siliadin* contra Francia, nº 73316/01, CEDH 2005-VII sobre la llamada « esclavitud del siglo XXI », que desarrollan las obligaciones positivas en el marco del artículo 4 CEDH.

³ Se pueden consultar las estadísticas expuestas por Eurostat, *Trafficking in human being*, 2014, informe disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/trafficking_in_human_beings_-_eurostat_-_2014_edition.pdf (consultado el 03/03/2015).

⁴ La Memoria de la entidad Adoratrices de España SICAR cat de 2013, en su p. 3 constata que todas las víctimas de trata son mujeres. Por su parte, en la memoria del Defensor del Pueblo de 2013 se computaron 1.082 víctimas de trata, de las cuales 1.031 eran mujeres y el resto hombres, tal y como se puede comprobar AA.VV., *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Memoria de Defensor del Pueblo, 2013, en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1348128571191.html, (consultado 10 de enero de 2015).

⁵ El informe Mundial sobre la trata de personas de 2012, elaborado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, dispone que la mayoría de las víctimas de la trata que se detectaron a nivel mundial eran mujeres, con cifras estimadas

3. Existen loables esfuerzos movilizados en la dirección de dar a conocer a la trata como acto criminal transnacional con la finalidad de erradicarla. La UE, de forma decidida, lucha contra esta lacra mediante el fortalecimiento de los derechos humanos y la renovación del marco jurídico de la lucha contra la trata. La realidad es que nos topamos con un delito de consecuencias ultrajantes para sus víctimas y que, al tiempo, constituye un negocio sumamente lucrativo, con escasos riesgos para los tratantes y sus colaboradores, reactivándose el concepto de esclavitud moderna. Si partimos de la afirmación de que la trata de personas es un delito complejo y multifacético⁶, para combatirla se precisa la participación de todos los sectores de la sociedad. Afrontar la llamada metamorfosis de la esclavitud de la época actual⁷ requiere un gran esfuerzo desde los diversos ámbitos: la de los derechos humanos, la de control criminal, la laboral, la migratoria o la de género. En este estudio pondremos el acento en la protección internacional de las víctimas de trata y a las formas de persecución por motivo de género cuando su vida o integridad física estén en peligro y existan temores fundados a retornar a los países de origen. Desde el enfoque de Derechos humanos, la normativa protectora para las víctimas de trata debe abordar inicialmente y de forma contundente la consideración de que pueden ser candidatas a solicitar y obtener el derecho de asilo. Aun conociendo de la existencia de ciertos grupos de migrantes que se sitúan fuera del alcance de la protección internacional y que quedan necesitados de otro tipo de asistencia humanitaria, la prioridad debe ser el acceso al estatuto de refugiada para la víctima de la trata que tiene temores fundados a volver a su país.

4. Los métodos existentes para identificar a las víctimas de la trata y los procedimientos de protección han sido muy deficientes, tanto en las estructuras legales nacionales como internacionales. La falta de capacitación, directrices y protocolos para las autoridades y otras personas que con frecuencia entran en contacto con las víctimas de trata provoca que la legislación sobre protección internacional de estas víctimas sea ineficaz. A ello se le une la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas en procesos de exilio o desplazamientos forzosos⁸. Los contextos de los que salen huyendo no cuentan con una mínima protección del Estado o de las altas esferas de la organización comunitaria que, en ocasiones, pueden llegar a convertirse en agentes persecutores. En la trata con fines de explotación sexual, dichos agentes frecuentemente provienen del núcleo familiar de la víctima, donde el Estado origen se vuelve negligente y/o permisivo con dicha situación. Para entender correctamente este tipo de persecución en un ámbito tan particular resulta necesario, desde un primer momento, diferenciar dos conceptos que, en muchas ocasiones, se utilizan como similares, quizás por una deficiente traducción del inglés al castellano: tráfico y trata de personas. Con frecuencia, las víctimas del tráfico de seres humanos terminan atrapadas en el lugar de tránsito o en el de destino para sufrir situaciones de esclavitud laboral o sexual, ante la imposibilidad de pagar el precio del transporte u otras deudas que se les añade en el camino⁹.

entre el 55% y el 60%, *vid.* http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf (consultado el 30 de enero de 2015).

⁶ En España, la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (*BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010), introdujo el delito de trata de seres humanos con el art. 177 bis. En la actualidad, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015), modifica la dicción literal de la tipificación del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) en aras de adecuarlo a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En concreto, dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

⁷ *Vid.* AA. VV., *Metamorfosis de la esclavitud. Manual jurídico sobre la trata de personas*, Fundación Esperanza, Bogotá, 2005, en <http://observatoriodemigraciones.org/librosfundaci%C3%B3n.shtml?apc=g-xx-1-&x=37> (consultado el 5 de enero de 2015).

⁸ Las estadísticas del ACNUR indican que las mujeres son aproximadamente la mitad de las personas desplazadas y/o refugiadas. *Vid.* ACNUR, *Statistical Yearbook 2007: Trends in Displacement, Protection and Solutions*, Ginebra, 2008.

⁹ Según datos estimados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 29 % de las víctimas del trabajo forzoso se encontraron en esta situación después de haber cruzado las fronteras internacionales, la mayoría de ellos con fines sexuales. El 15 % se convirtieron en víctimas de trabajo forzoso después de desplazamientos en su país, mientras que el 56 % restante no abandonó su lugar de origen o residencia. *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Preguntas y respuestas sobre el trabajo forzoso*. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182014/lang--es/index.htm (consultado 28 diciembre de 2014).

De ahí deriva el origen de los nexos de las luchas contra la inmigración ilegal y la de la delincuencia organizada, compartiendo ambos espacios normativos. Es cierto que en el tráfico de personas existe una unión con la inmigración económica, apareciendo de redes transnacionales de delincuencia organizada a nivel mundial. Este tipo tráfico supone el transporte y la entrada ilegal, de forma que, una vez que la persona ha entrado en el país de destino comienza su trayectoria de manera independiente, sin sujeción a los traficantes por lo que normalmente no existe una vulneración de sus derechos humanos. Por su parte, en la trata de mujeres y niñas el objetivo fundamental es la explotación, independientemente si hay traslado o no de una persona. Y es que ambos fenómenos se diferencian en el fin que los articula. Es cierto que en muchos supuestos se producen simultáneamente el tráfico y la trata de personas y, en otros casos, comienzan siendo tráfico de personas pero posteriormente devienen en trata¹⁰, es decir, lo que se inicia como un supuesto de inmigración legal puede que termine en trata con fines de explotación sexual. Estas víctimas, con independencia de que hayan entrado en el país de forma legal o ilegal, con posterioridad quedan vinculadas al explotador por haber contraído una deuda que deberá pagar trabajando en condiciones de explotación. La pérdida de decidir sobre ellas mismas es elemento diferenciador¹¹, quedando sus derechos humanos violados. Precisamente, la doctrina especializada advierte sobre la necesidad de reconocimiento de la condición de refugiada a la víctima de trata como otra de las obligaciones de los Estados en protección y defensa de los derechos humanos que a ésta le han usurpados¹². De hecho, la trata con fines de explotación sexual comienza a configurarse como un sector específico e independiente, donde una parte de la doctrina¹³ solicita a la UE y a los Estados miembros que se ponga énfasis en la autonomía normativa de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

5. El colapso lingüístico de conceptos y de fenómenos, el entramado normativo existente para argumentar la protección internacional de la víctima de trata, junto a las conexiones existentes entre migración y asilo, impiden la concesión de la protección internacional de la víctima de trata cuando tiene temores fundados de ser perseguida si regresa a su país. En España, es frecuente que las solicitudes de asilo motivadas por ser víctima de trata de explotación sexual se deriven a otras formas de protección y asistencia de carácter temporal, lo que refuerza la idea de que no se diluye la comunión entre migración forzosa y económica. El ejemplo de esta falta de disociación lo tenemos en la ausencia de respuesta contundente desde la Ley española de Asilo en el reconocimiento de la condición de refugiada para las víctimas de trata con fines de explotación sexual que, incluso, pudiendo ser enmarcadas como otra forma de violencia de género, no existe un pronunciamiento al respecto. Nuestro legislador debería haber previsto explícitamente, como primer paso en la protección de la víctima y como otra de las obligaciones de los Estados, el que pudiera ser candidata a la concesión del estatuto de refugiada, amparándose en la defensa de los derechos humanos de las víctimas de la trata. Es cierto que en España, desde finales de 2013, la consideración del asilo como medio de protección internacional de las esclavas de la trata se va abriendo paso, materializándose en varias concesiones del estatuto de refugiada a estas víctimas extranjeras, lo que viene a coronar una reciente trayectoria de reivindicaciones en este sentido.

6. La presente investigación pretende elevar la discusión jurídica sobre si la categorización del reconocimiento de la protección jurídico internacional alcanza a las víctimas de la trata de explotación sexual. La extrema crisis que está viviendo el Derecho de asilo y refugio en el ámbito europeo, junto con un aumento vertiginoso de los solicitantes de protección internacional¹⁴ y de trágicas pérdidas de vidas

¹⁰ Sobre el tratamiento del delito de trata en el Código Penal español véase E. POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación...”, *loc. cit.*, pp. 2 y ss.

¹¹ El consentimiento de la víctima de trata queda viciado por los medios empleados para llevarla a cabo, tal y como se dispone en el art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

¹² Vid. la bibliografía citada en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 239, espec. nota 215.

¹³ Vid. C. M. DÍAZ BARRADO, “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, pp. 461-498.

¹⁴ Vid. las estadísticas del Informe 2015 CEAR, “Las personas refugiadas en España y en Europa”, <http://www.cear.es/> (consultado 22 de junio de 2015).

de personas que buscan dicha protección, evidencia la necesidad urgente de ofrecer soluciones efectivas y humanitarias acordes con sus valores fundacionales de dignidad humana y respeto a los derechos humanos. El Derecho de los refugiados debe renovar conceptos jurídicos y adaptarlos a la realidad¹⁵. Particularmente, pretendemos reanudar el debate sobre si el concepto refugiado abarcará, sin pretextos ni complejos, a la víctima de la trata de explotación sexual.

II. Multiplicidad normativa en la protección internacional de las esclavas de la trata

7. A la hora de proceder al análisis de la protección internacional de la extranjera víctima de trata nos enfrentamos a un número importante de tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales y regionales que abordan dicho fenómeno. Uno de los factores que complican la cuestión de la trata con fines de explotación sexual es la variedad de normas aplicables o potencialmente aplicables. El reto lo constituye la necesidad de concretar cuáles son los instrumentos aplicables y constatar los derechos humanos que a la víctima de la trata le han sido vulnerados, con la finalidad de conseguir resultados en la lucha contra esta lacra y en el amparo de estas personas. Para ello resulta necesario vincular estos instrumentos a los existentes para la protección internacional de las víctimas de trata con temores fundados a volver a su país. En este breve recorrido normativo, tendremos presente el factor género en consideración a que entre las víctimas de la trata predominan las mujeres y las niñas, visión relevante al evaluar las solicitudes para el reconocimiento de la condición de refugiada.

8. En general, los instrumentos internacionales, regionales y nacionales existentes buscan definir la trata en relación a ciertas actividades delictivas y orientar a los Estados sobre la manera efectiva de combatirla y de algunos aspectos para la protección de las víctimas. Desde hace tiempo, existen numerosos instrumentos de protección de derechos humanos adoptados para combatir el comercio de seres humanos¹⁶ que permanecen vigentes y resultan necesarios para la comprensión contemporánea de la trata y la forma de atajarla¹⁷. En el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas se puso en marcha la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁸ y dos de sus protocolos suplementarios, como son el Protocolo contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁹, que pretende combatir la trata y el crimen organizado. En sentido similar, el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Menores, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000²⁰ (en adelante Protocolo sobre la Trata), que hace un llamamiento a los Estados para

¹⁵ El movimiento renovador del concepto de refugiado ya ha sido trasladado a la categoría de desplazados y refugiados medioambientales. Vid. O. SOLÀ PARDELL, “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, núm. 66, 2012, en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho66.pdf> (consulta 6 de mayo de 2015); S. BORRÁS PENTINAT, “Refugiados ambientales. El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho*, vol. XIX, núm. 2, 2006, pp. 85-109, en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art04.pdf> (consulta 6 de mayo de 2015).

¹⁶ Acuerdo internacional para la supresión del Tráfico de Trata de Blancas, de 18 de mayo de 1904; Convención internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas, suscrita el 4 de mayo de 1910. Ambas normativas fueron completadas por el Convenio internacional relativo a la represión de la Trata de Mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933; Convención internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños, hecha en Ginebra el 30 de septiembre de 1942; Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado el 2 de diciembre de 1949; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956, adoptada en el marco de Naciones Unidas; Convenio núm. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado el 17 de junio de 1999. Estos instrumentos pueden consultarse en <http://www.acnur.org/biblioteca>. Para una recopilación más detallada de instrumentos jurídicos sobre la trata, véase en inglés, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Refugee Protection and Human Trafficking. Selected Legal Reference Materials*, diciembre de 2008, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498705862.html>.

¹⁷ Sobre una perspectiva histórica de dicha normativa véase M. A. BOLDOVA PASAMAR, A. URRUELA MORA, A. LIBANO BERRISTAIN, H. J. BOLAÑOS VÁSQUEZ Y J. M. FARGAS BALLESTER, “Trata de seres humanos, en especial menores”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2010, núm. 23, págs. 51-112.

¹⁸ Instrumento de ratificación en *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

¹⁹ Instrumento de ratificación del Protocolo en *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

²⁰ Instrumento de Ratificación del Protocolo en *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

que prevengan y combatan la trata y protejan y asistan a las víctimas, buscando promover la cooperación entre los países participantes.

9. En el contexto del Consejo de Europa, el Convenio núm. 197 sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos, adoptado en Varsovia de 16 de mayo de 2005²¹ (en adelante Convenio de Varsovia), tiene como objetivo garantizar la protección de las víctimas de este negocio, adoptando un enfoque de protección de los derechos humanos, dejando al margen el de control migratorio. En su art. 14, se dispone la concesión de un permiso de residencia a víctimas de trata que deben contemplar los Estados en su legislación²² que en ningún caso, esta solución puede afectar negativamente a su derecho a solicitar y disfrutar de asilo. El párrafo 5 de este precepto lo establece con toda claridad: “habida cuenta de las obligaciones de las Partes a las que hace referencia el art. 40 del presente Convenio²³, cada Parte se asegurará de que la concesión de un permiso de conformidad con la presente disposición no afecte al derecho de solicitar y disfrutar de asilo. De ello se deriva que las autoridades estatales nunca podrán limitar o excluir el derecho a solicitar y disfrutar del asilo de las víctimas de trata por contener la legislación de extranjería disposiciones sobre permisos de residencia en base a su colaboración o a su situación personal²⁴.”

10. En la UE destacan una serie de documentos y normativas que ponen de manifiesto la intensa preocupación existente por el problema de la trata y la firme voluntad de adoptar medidas de diferente naturaleza para hacerle frente²⁵. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Niza, 2000), en su art. 5.3, prohíbe expresamente la trata de seres humanos por constituir uno de los atentados más graves contra la dignidad del ser humano, al mismo nivel que la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. Sin embargo, la delimitación del concepto de trata de seres humanos por los textos normativos comunitarios, desde la primera definición –recogida en el Capítulo I–A de la Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (97/154/JAI)–hasta la actualidad, ha

²¹ Firmado por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 en *BOE* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

²² El informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa fundamenta (párrafo 180 a 190) la concesión de permisos de residencia a víctimas de la trata, por considerar que su retorno inmediato al país de origen es negativo tanto para la víctima como para el Estado. Para la víctima, el retorno inmediato al país de origen supone, en muchos casos, tener que empezar de cero y tener que enfrentarse a las represalias de los tratantes, bien contra ellas o contra su entorno. La mayoría de las veces ocultarán, además, lo que les ha sucedido y no contribuirán a prevenir que otras personas corran la misma suerte que ellas. Para las autoridades del Estado, el hecho de que las víctimas sean retornadas inmediatamente a sus países de origen o que permanezcan clandestinamente en el país de destino, sin salir a la luz, supone que no van a aportar información que ayude a combatir el delito de trata eficazmente. Se afirma que cuanto mayor confianza tengan las víctimas en que sus derechos e intereses van a ser protegidos, más dispuestas estarán a proporcionar información. En ese sentido, el permiso de residencia se convierte en una forma de “animar” a las víctimas a colaborar.

²³ De acuerdo con el art. 40 del Convenio de Varsovia se establece la relación entre este Convenio y otros instrumentos internacionales: “el presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de otros instrumentos internacionales en los que las Partes en el presente Convenio sean o lleguen a ser Partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio y que aseguren una mayor protección y asistencia a las víctimas de la trata de seres humanos”.

²⁴ Para más información consultar el apartado sobre Trata y Protección Internacional, de la *Guía Básica de la Red Española contra la Trata de Personas*, versión actualizada de 2009, páginas 66-77.

²⁵ Existen Decisiones Marco del Consejo de la UE, como la 2002/629/JAI de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (*DOUE* L 203 de 1 de agosto de 2002); la del 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (*DOUE* L13/44, de 20 de enero de 2004). Pero también existen otros textos relevante en el seno de la UE, como la Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos; la Decisión del Consejo de la UE de 3 de diciembre de 1998 por la que se completa la definición de la forma de delincuencia “trata de seres humanos” incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05); la Decisión 2003/209/CE de la Comisión de la UE, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo denominado “grupo de expertos en la trata de seres humanos”; la Resolución del Consejo de la UE de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular mujeres (2003/C 260/03); la Decisión del Consejo de la UE 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la Parte III, Título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Sobre la temática *vid.* C. M. DÍAZ BARRADO, “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea...”, *loc. cit.*, pp. 461-498.

sufrido una evolución extraordinariamente compleja y no exenta de ciertas confusiones y deficiencias²⁶. En particular, en lo que afecta a grupos vulnerables como las mujeres y los niños, la UE ha definido su acción en torno a objetivos destinados a proteger a estos grupos y a prevenir y combatir este fenómeno, reforzando la cooperación y la coordinación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros. Del mismo modo, se introduce un marco de disposiciones comunes con el fin de abordar algunas cuestiones como la incriminación y las sanciones o las circunstancias agravantes en la trata de seres humanos. Dicha actuación también se dirige a proteger a las víctimas de la trata, aunque integrada en un marco más amplio de protección contra la violencia, el turismo sexual y la pornografía infantil. Con este fin, se adoptaron la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos²⁷ y el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla²⁸. Con la mencionada Decisión marco 2002 y con la Directiva 2002/90/CE del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares comenzaba a llevarse a cabo una serie de iniciativas dedicadas a unificar criterios para la lucha contra este fenómeno. En estos momentos, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo²⁹, constituye el régimen jurídico penal vigente de la trata de seres humanos. La presente Directiva reconoce que, en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de la trata, sin embargo, ésta puede tener diferentes fines. Por este motivo, se adopta un concepto más amplio de lo que debe considerarse trata de seres humanos e incluye, por tanto, otras formas de explotación como, por ejemplo, la explotación sexual, los abusos sexuales, violación, prácticas similares a la esclavitud o la extracción de órganos³⁰. Dicho acto normativo no se ocupa de las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros, por lo que tenemos que remitirnos a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades, independientemente que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un país miembro³¹ (en adelante Directiva 2004/81/CE). Este acto normativo responde a ambas situaciones con una única medida, como es un permiso de residencia condicionado a la denuncia contra el autor o autores del tráfico. Es cierto que las víctimas del tráfico de personas cruzan una frontera irregularmente, pero el movimiento migratorio es voluntario aunque irregular y algunas personas se benefician económicamente de esta ilegalidad. En cambio, en el tráfico con fines de trata de personas existen rasgos diferenciadores, como son los relacionados con la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o, incluso, la extracción de órganos. Como observamos, no solo se transgrede la norma administrativa sobre la entrada en un país o el cruce de una frontera estatal, sino que, a la vez, con la trata nos hallamos

²⁶ Vid. ampliamente C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada...*, op. cit., págs. 203-230.

²⁷ DOUE L 203 de 1 de agosto de 2002.

²⁸ DOUE C 311 de 9 de diciembre de 2005.

²⁹ DOUE L 101/1, de 15 de abril de 2011. La presente Directiva deberá ser incorporada al derecho nacional de los Estados miembros antes del 6 de abril de 2013.

³⁰ En la estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016) se expone que “al existir una amplia gama de medidas legislativas y políticas, se plantea un riesgo de solapamiento y de duplicación de las iniciativas. Por lo tanto, el objetivo de esta Estrategia es proporcionar un marco coherente para las iniciativas previstas y en curso, fijar prioridades, suplir carencias y, por lo tanto, complementar la Directiva recientemente adoptada. La Comisión ya ha designado a un Coordinador de la UE contra la trata de seres humanos, que inició sus actividades en marzo de 2011 y supervisará la ejecución de esta Estrategia. La Comisión también ha creado un sitio web dedicado a la lucha contra la trata de seres humanos, que se actualiza regularmente, <http://ec.europa.eu/anti-trafficking>.

³¹ En el año 2010, se redacta un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de octubre [COM(2010) 493 final – no publicado en el Diario Oficial], sobre la aplicación de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Este informe ofrece una visión general de la aplicación de la Directiva 2004/81/CE por parte de los países de la UE sujetos a ella. Todos estos países han comunicado sus medidas de transposición; no obstante, existen algunas deficiencias respecto a la correcta aplicación de la directiva.

ante un atentado a los derechos humanos de sus víctimas”. El impacto de la Directiva de 2004/81/CE en la protección para estas víctimas ha resultado insuficiente, no recogiendo la posibilidad de acudir al asilo en base a los derechos humanos que le fueron vulnerados.

11. La rígida política de control de flujos migratorios llega a absorber a los supuestos de asilo y el tratamiento de las víctimas de trata, sin tener en cuenta el alto riesgo que éstas pueden asumir si llegan a regresar a sus lugares de origen. Existen una serie de factores que impiden la efectiva protección internacional de las personas necesitadas de asilo, ya que pueden verse forzadas a recurrir a redes de tráfico y trata de personas, poniendo en riesgo sus vidas y, con frecuencia, obstaculizando el resultado de sus solicitudes de asilo en el Estado de destino. En España, la inexistencia de datos, casos documentados o publicados sobre víctimas de trata a quienes se les haya concedido el estatuto de refugiado, quizás por la severa normativa de protección de datos, pone de relieve la idea de que este colectivo cuenta con otros mecanismos de protección específica a través del Derecho de extranjería. Principalmente, nos referimos al art. 59 bis de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx)³². Este precepto tiene un sentido orientado a facilitar que las víctimas de trata cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen el delito. Lo cierto es que la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran la mayoría de extranjeras víctimas de trata hace improbable que ayuden a las autoridades encargadas de investigar y sancionar dicho delito, frustrándose el mecanismo de defensa del precepto señalado. A pesar de las modificaciones realizadas en el sector de extranjería, las Ongs que intervienen con las víctimas de trata exponen en diversos foros públicos que la asistencia sigue estando condicionada, en la mayoría de los casos, a la denuncia y colaboración con las autoridades. Con la idea de suprimir dichos obstáculos, además de las exigencias del marco jurídico internacional y de las necesidades planteadas por organizaciones que trabajan con las víctimas de la trata³³, surge en España el Protocolo Marco de Protección para la víctima de trata de seres humanos, de 28 de octubre de 2011³⁴, de aplicación a todas las víctimas de este delito, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa de las víctimas extranjeras. Este instrumento sienta las bases para establecer pautas de actuación y favorecer la coordinación entre las instituciones públicas y privadas implicadas en la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, aunque al parecer ha dejado cuestiones fundamentales sin definir, como los conceptos “colaboración con las autoridades” y “situación personal de la víctima”, tal y como demandan el Foro social contra la trata y las organizaciones que ayudan a estas víctimas.

12. Las medidas de protección que se aplican a las víctimas de la trata por parte de los Estados se limitan a la asistencia de corto plazo y al apoyo que se les brinda dentro del sistema de justicia penal a las víctimas de estos delitos. Estas respuestas resultan insuficientes para las mujeres explotadas sexualmente que tienen temores de persecución o de ser objeto de otras violaciones graves de los derechos humanos, y que no pueden regresar a su país de origen. Estas personas requieren de la protección

³² BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009. El art. 59 bis LOEx ha sido reformado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015). Particularmente, la Disposición final segunda modifica el apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se modifica el apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que queda redactado en los siguientes términos: “2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente”.

³³ Vid. Proyecto Esperanza, junto a *Women's Link Worldwide*, participa en el Proyecto Europeo *Compact European Action for Compensation for Trafficked Persons*, liderado por *La Strada International* y *Anti-Slavery International*, con participación de 13 Estados europeos, con el objetivo de crear conciencia y sensibilizar, tanto a nivel nacional como internacional, sobre la importancia de superar las barreras que existen en la práctica para que las víctimas de trata. Más información: www.compactproject.org.

³⁴ Firmado por el Gobierno español, por la Fiscalía General del Estado y por el CGPJ.

internacional de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951³⁵ (en adelante Convención de Ginebra de 1951) o de su Protocolo de 1967 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto implica de manera particular la protección contra la devolución y, en muchos casos, la concesión del asilo o de la protección subsidiaria³⁶. Hay que señalar que cuando surgió la Convención de Ginebra de 1951 no se refería ni a la persecución por motivos de género y, menos aún, a la situación de las víctimas de trata. La interpretación de este convenio por Estados y tribunales superiores³⁷ nos lleva a atestiguar que se ha incluido la problemática de la trata vinculada a la violencia de género cuando aquellas personas tienen temor fundado de persecución si regresan a su país. De hecho, así se dispone en las Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), donde se afirma que en la definición de refugiado se encuentran las víctimas de la trata de seres humanos y a las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata³⁸. El alcance del régimen de protección internacional queda limitado a aquellos que abandonan su país de nacimiento y tienen amenaza de persecución, tal y como se dispone en el art. 1 de la Convención de Ginebra, requisito necesario para alegar el estatuto de refugiado. En el contexto de trata de seres humanos con fines de explotación sexual existen dificultades a la hora interpretar la amenaza de persecución que sufren, pues la definición clásica de refugiado queda ligada a situaciones políticas, religiosas y sociales bien definidas. No obstante, las intervenciones y actividades del ACNUR se fundan en la premisa de que este delito puede implicar abusos u otras amenazas graves contra los derechos humanos de las víctimas, por lo que hay que procurar una respuesta desde la protección internacional y garantizar el bienestar de las personas afectadas³⁹.

13. En la estrategia de la UE para combatir la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y el alcance de la protección internacional evidenciamos que, aunque exista una acción común para armonizar el Derecho de asilo, no ha sido fructuosa para este tipo de víctima. Los Estados miembros se comprometieron a la instauración de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) fundado sobre la aplicación íntegra de la Convención de Ginebra de 1951 relativa al estatuto de los refugiados, completado por el Protocolo de Nueva York de 1967, procedimiento que garantiza que nadie será reenviado al lugar en el que corre el riesgo de ser perseguido y reafirmar el principio de no expulsión. En este contexto europeo se desarrolla diversos actos normativos, como la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros⁴⁰; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional

³⁵ Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* núm. 251, de 21 de octubre de 1978).

³⁶ *Vid.* las Directrices y políticas del ACNUR para la Trata de Personas y la protección de los Refugiados: la perspectiva del ACNUR, de 23 de julio de 2012.

³⁷ Como pone de relieve el informe del ACNUR de 2009 realizado por la consultoras J. BHABHA y C. ALFIREV, “Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional”, disponible en www.acnur.org

³⁸ Léase conjuntamente las Directrices del ACNUR de 7 de mayo de 2002 sobre persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, y las Directrices de 7 de abril de 2006 de aplicación del art. 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, de 7 de abril de 2006 (en adelante Directrices ACNUR sobre trata), *vid.* www.acnur.org.

³⁹ La Agenda para la Protección internacional, adoptada por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR en el año 2003, reconoce que los Estados han de asegurarse de que sus propios procedimientos para conceder el asilo permiten recibir solicitudes de personas objeto de trata, especialmente mujeres y niñas, que pueden basar su solicitud de asilo en razones no manifiestamente infundadas”. De igual forma, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha exhortado a los Estados a cerciorarse de que existan procedimientos y procesos para recibir y estudiar las solicitudes de asilo que presenten tanto víctimas de trata como de tráfico de personas y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas también ha instado a los Estados a que otorguen plena protección, en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otras a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del derecho internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados”.

⁴⁰ *DOUE* L 31, de 6 de febrero de 2003.

y al contenido de la protección concedida⁴¹ o la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que aplican los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁴². Para garantizar una evaluación global y eficiente de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo, se establece un nuevo marco normativo que integra los textos refundidos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)⁴³, llamada Directiva de procedimientos (en adelante Directiva 2013/32/UE); la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (de refundición)⁴⁴, llamada Directiva de acogida (en adelante Directiva 2013/33/UE); el Reglamento de Dublín⁴⁵ y el Reglamento Eurodac⁴⁶. En cuanto al Reglamento de Dublín procura determinar qué país es responsable de tomar una decisión sobre su solicitud. Lo novedoso es que el hecho de que la persona que haya solicitado asilo en un determinado país no garantiza que se vaya a examinar en dicho Estado, ya esto se establece mediante un proceso establecido para acordar que solo un país es responsable del examen de su solicitud en toda una región geográfica que abarca a la UE, el Espacio Económico Europeo y Suiza⁴⁷. Por su parte, la Directiva 2013/32/UE desarrolla las nuevas normas para que los Estados miembros concedan o retiren la protección internacional con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión. En cuanto a la Directiva 2013/33/UE contempla la provisión de determinadas condiciones de acogida mientras esperan que se estudie su solicitud. Estos instrumentos son especialmente cuidadosos con algunos solicitantes de asilo, debido a la necesidad garantías procedimentales especiales por razón a su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual (art. 21 de la Directiva 2013/33/UE). Por ello los Estados miembros deben esforzarse por identificar a las solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de adoptar una resolución judicial, así como prestar un respaldo adecuado a las víctimas de trata cuando solicitan el asilo, incluyendo el tiempo necesario para el efectivo acceso a los procedimientos.

14. Al hilo del movimiento legislador en la esfera internacional y europea, España ha incorporado progresivamente diferentes prescripciones normativas dirigidas a hacer frente a dicho fenómeno⁴⁸. Centrándonos en el derecho de asilo en relación con la perspectiva de género y con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁹ (en adelante LOIEMH), se añade a la anterior Ley de asilo una disposición adicional tercera, en virtud de la cual el temor fundado de una extranjera a sufrir persecución por motivos de género se comprende en la defini-

⁴¹ DOUE L 304, 30 de septiembre de 2004.

⁴² DOUE L 326, 13 de diciembre de 2005.

⁴³ DOUE L de 29 de julio de 2013, con entrada en vigor el 21 de julio de 2015.

⁴⁴ DOUE L de 29 de junio de 2013, con entrada en vigor el 21 de julio de 2015.

⁴⁵ Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, publicado en DOUE núm. L 180, el 29 de junio de 2013, aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas desde el 1 de enero de 2014.

⁴⁶ Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, publicado en DOUE núm. L 180, de 26 de junio de 2013 y con entrada en vigor el 19 de julio de 2013. Este instrumento regula las bases de datos de impresiones dactilares con fines de asilo en la UE, se fijan un conjunto de garantías, como por ejemplo la prohibición de compartir estos datos con terceros países. Las búsquedas en la base de datos se limitan a aquellos casos en que existe una sospecha fundada de que una persona que ha cometido un crimen también ha solicitado asilo. Asimismo, se debe proporcionar información a las personas sobre el propósito para el que sus huellas son utilizadas en Eurodac.

⁴⁷ Más información en <http://www.interior.gob.es/>.

⁴⁸ El Plan nacional contra la trata de 2009 y la reforma de la ley de extranjería (diciembre).

⁴⁹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

ción de refugiada⁵⁰. Esta modificación es consecuencia de la proyección del principio de igualdad a las políticas públicas y el ordenamiento jurídico⁵¹. La vigente Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵² (en adelante Ley 12/2009 de asilo)⁵³ recoge tal categoría en su art. 3. El legislador español, por tanto, sobrepasa el contenido de la Convención de Ginebra sobre estatuto de refugiado, al añadir un sexto motivo para incluir a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género. Aunque se hace referencia en el art. 46 de la Ley 12/2009 de asilo a la conveniencia de tener en cuenta la situación específica de personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de especial vulnerabilidad, como las víctimas de trata de seres humanos, se limita a remitir al futuro reglamento las exigencias para otorgar dicha protección. Actualmente, nos encontramos a la espera de la aprobación del nuevo Reglamento de la Ley de Asilo para comprobar las disposiciones del sistema europeo común de asilo (SECA) y la afirmación contundente de que las víctimas de trata pueden ser solicitantes de refugio.

15. Con este efímero recorrido normativo pretendemos evidenciar que muchas de las víctimas de la trata pueden ser refugiadas, pero que, sin embargo, no existe un posicionamiento categórico en este sentido. Con el objetivo de reducir su vulnerabilidad, debemos entrar en el análisis de los mecanismos de protección que a éstas se les ofrece para aportar una respuesta armonizada e integrada a su situación. A continuación, expondremos la técnica del “hilo de Ariadna” que favorecerá la obtención de la protección internacional de las mismas.

III. La técnica jurídica del “hilo de Ariadna” para alcanzar la protección internacional de la víctima de trata

16. Al verificar el sistema de protección internacional que puede asistir a las víctimas de trata, hemos evidenciado que resulta un mecanismo impreciso y bastante tedioso. La proliferación de textos internacionales y una apretada agenda de las instituciones comunitarias para verificar la mejora del sistema de asilo y de la trata de personas con fines de explotación sexual no resultan eficaces para proteger a estas víctimas. La práctica muestra que queda muy lejos la concesión de las solicitudes de asilo por motivos de género y, en particular, por ser víctima de trata con fines de explotación sexual⁵⁴. La especial protección que merecen dichas víctimas impulsa a diseñar un mecanismo de salida en el laberinto de conceptos existentes en el Derecho de los refugiados: la técnica jurídica del “hilo de Ariadna”. Esta técnica consiste en una serie de argumentos que, una vez relacionados, nos aproximarán, con alguna dificultad, a la solución de un problema que parecía no tener salida para el operador jurídico. En el entramado de conceptos del sistema de protección internacional de las víctimas de trata debemos empezar por definir qué se entiende por «pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del art. 1º (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en relación con las víctimas de la trata de personas y las que están en riesgo de serlo. En el contexto de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la pertenencia a un determinado grupo era la única opción disponible para las víctimas que buscan protección internacional, porque la Convención de Ginebra no recoge de forma expresa ni la persecución por género ni

⁵⁰ V. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo tras la reforma de la Ley 12/2009. Un reforma inconclusa”, en F. J. GARCÍA CASTAÑO Y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada 2011, págs. 2169-2178; N. ARENAS HIDALGO, “La violencia doméstica y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado”, *Revista de Derecho de Extranjería*, 2008, núm. 17, 59-102.

⁵¹ Sobre el tema *vid.* M^a. J. AÑÓN ROIG, “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en M. B. CARDONA RUBET (COORD.), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respecto igualitario de las reformas parentales*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 11-38.

⁵² BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2009.

⁵³ Véase a B. ROMÁN LUJÁN, “La nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 22, 2009, pp. 147-160.

⁵⁴ *Id.* AA.VV., “Solicitudes de asilo relacionadas con el género en Europa: Un análisis comparativo de la legislación, políticas y práctica centrado en las mujeres en nueve Estados miembros de la UE”, disponible en inglés <http://tinyurl.com/EU-Gender-asylum-claims-2012b> (consulta el 18 de junio de 2015).

la que sufre la víctima de trata⁵⁵. Por ello, y excepcionalmente, existen situaciones donde alguna de las otras cuatro categorías es tenida en cuenta en el análisis para la protección internacional de esta víctima (persecución por motivos de raza, nacionalidad, religión u opiniones políticas), aunque es probable que el sexo de ella sea una característica crucial para los agentes de persecución en la comisión de este delito. Ante esta indeterminación y la casi imposibilidad de alcanzar la condición de refugiada, es necesario que la evolución e interpretación de Derecho de refugiados en relación a la víctima de trata de explotación sea más fructuosa. Esta falta de contundencia para combatir este delito en proclamar que una víctima de trata explotada sexualmente acceda a la protección internacional se evidencia en el Protocolo sobre Trata de Naciones Unidas, en el Convenio de Varsovia, en la Directiva 2004/81/CE o en la Directiva 2011/36/UE⁵⁶. No consideramos que sea suficiente que estos instrumentos internacionales establezcan solo una cláusula de salvaguarda⁵⁷, donde se alude a que no se perjudicará en ningún momento el principio de no devolución y piedra angular de los refugiados, con arreglo al art. 33 de la Convención de Ginebra y a los arts. 4 y 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

17. En el marco del Consejo de Europa, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul), ratificado por España el 18 de marzo de 2014⁵⁸, es una aportación regional a la lucha contra la violencia de género, aunque sucesor de las numerosas iniciativas a nivel internacional y regional⁵⁹. El convenio está centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer, en las que el género es un factor determinante que incluyen el abuso sexual, la violación, el incesto, la violencia en el ámbito familiar, la mutilación genital, la violencia basada en la orientación sexual o identidad de género, la esterilización forzada, los matrimonios forzados, el aborto selectivo y los crímenes por honor, entre otras. El ámbito de aplicación de este convenio viene expuesto en el art. 3 del Convenio de Estambul, que dilucida que la violencia contra la mujer por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer, porque afecta a las mujeres de manera desproporcionada, deduciendo que abarca necesariamente al fenómeno de la trata de mujeres y niñas. El reproche que manifestamos de esta explicación es la pérdida de oportunidad para proclamar abiertamente el nexo existente entre la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual de mujeres y niñas, por lo que precisamos de una interpretación amplia que englobe a este fenómeno en la definición de violencia de género. Y es que la importancia de este instrumento de ámbito europeo estriba en que supone una primera normativa convencional en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁶⁰ para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos y establecer una tolerancia cero con respecto a esta problemática. De hecho, se considera responsables a los Estados si no responden de manera adecuada y efectiva a este tipo de violencia, a la que habrá que enfrentarse con instrumentos más complejos que la justicia penal⁶¹. Justamente, en relación con las solicitudes de asilo basadas en género, los arts. 60 y 61

⁵⁵ La definición de una persona refugiada para la Convención de Ginebra es aquella que, “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

⁵⁶ Según el considerando 23 de esta Directiva, se hará atención especial que debe prestarse a los menores no acompañados víctimas de trata de seres humanos, ya que éstos necesitan asistencia y apoyo específico por razón de su situación de vulnerabilidad particular, declarando que medias específicas en interés superior del menor que debe ser la consideración primordial, entre las que se encuentra la posible concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del estado miembro.

⁵⁷ Vid. el art. 14.1 del Protocolo contra la Trata; los arts. 14.5 y 40.4 del Convenio de Varsovia; Considerando 4 de la Directiva 2004/81/CE; el apartado 6 del art. 10 de la Directiva 2011/36/UE.

⁵⁸ Publicado en el *BOE* núm. 137, del 6 de junio de 2014. En la actual reforma del Código penal español de 2015 se observa una clara influencia del Convenio de Estambul en materia de violencia de género y doméstica. Esta modificación incide en el refuerzo en la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito.

⁵⁹ Vid. su preámbulo que menciona una serie de tratados internacionales de carácter universal y regional.

⁶⁰ Sobre el mismo, *vid.* <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures/PlaquetteConventionViolence-Spanish.pdf> (consultado 16 junio de 2015)

⁶¹ T. PITCH, “La violencia contra las mujeres y sus usos políticos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48 (2014), 19-29, en espec. p. 26; T. USHAKOVA, “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia doméstica”, *Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, en http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/137 (consultado en 21 marzo de 2015).

del Convenio de Estambul reclaman a los Estados más sensibilidad de género en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y los obliga a adoptar las medidas legislativas y de otra índole para garantizar que la violencia de género contra las mujeres sea reconocida como un motivo válido para solicitar asilo. Y es que el grado en que los países europeos reconocen actualmente la condición de refugiado a las mujeres y niñas en riesgo de persecución por motivos de género varía significativamente. Por ello, en el contexto de los refugiados, el Convenio de Estambul recoge la especial vulnerabilidad que hay que tener en relación con las mujeres se enfrentan a violencias específicas, declaración ya establecida en la Directrices del ACNUR de 2002 sobre persecución por motivos de género. Los motivos de persecución pueden manifestarse de diferente manera respecto de hombres y mujeres. Por ejemplo, el agente perseguidor podría tratar de eliminar a una etnia mediante el asesinato, mutilación o encarcelamiento de los hombres, mientras que las mujeres podrían ser perseguidas mediante la violación masiva (para extender la etnia del que ejerce la violencia) o, al contrario, la esterilización o el aborto forzoso para no perpetuar la etnia perseguida. Por eso no hay que perder de vista que la perspectiva de género no interviene sola como motivo de persecución, sino que debe ser tenida en cuenta en muchos aspectos relacionados con el derecho de asilo. Al margen de este aspecto, echamos en falta que la trata con fines de explotación no se incluya expresamente como otra forma de violencia de género.

18. El legislador español, por su parte, añadió el género como sexto motivo de persecución en el art. 7 de la Ley de asilo de 2009, lo que favorece la determinación del estatuto de refugiada de un modo acorde a las experiencias basadas en el género⁶². A diferencia de lo que ocurre con las otras causas de persecución -la raza, la religión, la nacionalidad, el grupo social y las opiniones políticas-, la Ley de Asilo española expresa que el género y la orientación sexual no pueden dar origen a una persecución por sí solos, sino que dependerá de las circunstancias imperantes en el país de origen [art. 7. e) último inciso de la Ley de asilo de 2009]. La acotación especial al referirse a la persecución por género en función de las circunstancias imperantes en el país de origen⁶³, conlleva a que esta específica persecución deba unirse a otras circunstancias, porque por sí sola no puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo⁶⁴. Es indiscutible que las circunstancias del país de origen hay que tenerlas en cuenta en todas las solicitudes de asilo, por lo que en la práctica no hay ninguna razón para que debiliten el reconocimiento del motivo de género, que ha llegado a la normativa española tras una larga lucha de las organizaciones sociales. En la práctica, existe una línea jurisprudencial española, como en la STS de 31 de mayo de 2011⁶⁵, que confirma la necesidad de combinar varios motivos de persecución para robustecer la concesión del estatuto de refugiada, como es la situación de la solicitante de asilo desde la doble perspectiva de haber sido víctima de trata con fines de explotación sexual y de haber escapado de su casa por temor de ser forzada a contraer matrimonio. Estas exigencias llevan a que los tribunales españoles interpreten el concepto de género en relación a determinados tipos de violencia de género. La jurisprudencia española confirma el asilo a las mujeres extranjeras víctimas de mutilación genital⁶⁶, de matrimonios forzados⁶⁷ o las que sufren violencia machista en sus países de origen que salen huyendo en busca de refugio⁶⁸.

⁶² Sobre el tema véase D. T. KAHALE CARRILLO, *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

⁶³ Expresión derivada del art. 10 de la Directiva 2004/83/CE, que reproduce la ley española. En cuanto a la persecución por motivos de género, la Disposición Adicional 29ª de la Ley de Igualdad, de 2007 modificó la anterior Ley de Asilo para hacer mención expresa a la persecución por este motivo.

⁶⁴ *Vid.* el comentario del precepto de la Ley de asilo del Observatorio europeo del Derecho de asilo <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html#a27> (consultado el 30 de junio de 2015).

⁶⁵ RJ 2011/4859.

⁶⁶ *Vid.* C. MIGUEL JUAN, “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, núm. 17, Recuperado el 21/01/2011, de http://www.uv.es/CEFD/17/carmen_miguel.pdf; N. MARCHAL ESCALONA, “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en F. J. GARCÍA CASTAÑO y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011, págs. 2179-2190.

⁶⁷ Como en la SAN de 23 de junio de 2010 (JUR 2010/257117).

⁶⁸ Tal y como se confirma en la STS de 15 de junio de 2011 (RJ 2011/5365) o la STS de 11 de mayo de 2009 (RJ 2009/4272). Contrariamente, en la STS de 19 septiembre 2011 (RJ 2011/7148), se deniega el asilo solicitado, ya que la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras obtener el divorcio y cumplir su ya ex marido la condena penal, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y

Y es que el reconocimiento del estatuto de refugiada está siendo favorable en solicitudes basadas en prácticas tradicionales y concebidas como especialmente graves dirigidas contra las mujeres en una determinada sociedad, a diferencia de la persecución que reviste otras formas y que no se califican como actos persecutorios⁶⁹. Ahora bien, aunque en la ley española exista un motivo único e independiente que justifica el reconocimiento del estatuto a las perseguidas por violencia de género, resulta insuficiente en la incidencia de la trata con fines de explotación sexual. Aunque falte una inclusión expresa de estas víctimas en la Ley de asilo de 2009, el manual de ACNUR al hablar de género si las considera objeto de persecución, junto con otros motivos, como el padecer una enfermedad que produzca rechazo en el país de origen. El art. 46 de la Ley 12/2009 de asilo es la única referencia que se realiza a la trata de seres humanos, al tener que tener en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad para adoptar las medidas necesarias y dar un tratamiento diferenciado.

19. Como advertimos, el sistema de protección internacional es confuso, posiblemente, por la indeterminación del sintagma motivos de género y trata con fines de explotación sexual, lo que origina que recurramos al “hilo de Ariadna” para salir del laberinto conceptual. Dicha técnica nos conduce desde las diversas dimensiones de la violencia de género al contexto de la trata con fines de explotación sexual, como otra forma de discriminación por género⁷⁰. La violencia de género es un monstruo con muchos ejes y su erradicación se vuelve compleja. Precisamente, la víctima de trata vive inmersa en la violencia de género, su vida transcurre sin advertir su existencia. Y es que cuando una conducta de este tipo es normalizada por un ambiente cultural dominante se vuelve invisible. Desde el Derecho de asilo, la perspectiva de género se convierte en esencial para poder analizar las diversas dimensiones de la trata. La categoría “violencia contra las mujeres basada en el género” comprende unos actos que se dirigen contra las mujeres, como resultado de unas relaciones y estructuras de género que las colocan en situación de subordinación. Existen numerosos riesgos de subcategorizar a la violencia y concretar los caracteres del tipo susceptible de análisis. Quizás sea mejor instaurar categorías analíticas a partir de la contextualización de cada acto, partiendo del modelo explicativo del concepto de género⁷¹. En esta tarea, y con el marco conceptual de persecución por violencia de género, debemos contextualizar a “la trata con fines de explotación sexual”. La trata no es neutral al género y más aún cuando hablamos de explotación sexual. Esto ocurre por las relaciones de dominación y explotación que los hombres ejercen sobre las mujeres en base a los valores tradicionales del patriarcado⁷². En este fenómeno, donde participan los mitos y estereotipos de la sexualidad femenina, las mujeres víctimas de la explotación sexual en la trata quedan sometidas a un proceso de cosificación que las convierte en objetos de propiedad del tratante, con la finalidad de satisfacer la construcción de la sexualidad masculina tradicional⁷³. La dimensión internacional de la trata como problema de violencia de género se visibiliza en las Directrices como un problema global, tal y como se afirma en las Directrices del ACNUR de 2006 en relación con las víctimas de la trata⁷⁴, que aseveran que la trata de personas para la prostitución o la

acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en la Ley de Asilo, se excluye la aplicación de dicha normativa.

⁶⁹ Esta reflexión se puede consultar en V. M. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo...”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones...*, loc. cit., op. cit., págs. 2169-2178.

⁷⁰ Vid. AA.VV., *Trátame bien*, Fundación CEPAIN, 2015, en www.cepain.org

⁷¹ Tal y como expone V. M. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo...”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones...*, loc. cit., op. cit., págs. 2169-2178.

⁷² Vid. AA.VV., *Esclavas del siglo XXI: la trata confines de explotación sexual*, editada por Paz y Progreso, en http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_trata_sexual_pyd.pdf

⁷³ Vid. S. GARCÍA CUESTA y otros, *Poblaciones-Mercancía. Tráfico y trata de mujeres en España*, 2011, en <http://digital.csic.es/bitstream/10261/48207/1/Poblaciones-Mercancia.pdf>

⁷⁴ Las Directrices ACNUR sobre protección internacional del año 2006 analizan cada requisito exigido por la Convención para el reconocimiento de la condición de refugiado desde la situación de las víctimas de trata o víctimas potenciales, teniendo en cuenta las particularidades que presenta este tipo de vulneración de los derechos humanos. Estas directrices deben leerse de forma conjunta con las Directrices de 2002 sobre persecución por motivos de género, en el contexto del artículo 1A 2) de la Convención de 1951 o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados, en www.acnur.org. En concordancia con estos

explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género, lo que puede llevar incluso a la muerte⁷⁵. Dicho sintagma es acentuado en el Parlamento europeo mediante la Resolución de 26 de febrero de 2014 sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Para ello insta a la Comisión Europea y a los Estados miembros a poner en marcha los medios y herramientas necesarias para combatir la trata, la explotación sexual y reducir la prostitución, así como violaciones de los derechos fundamentales de las mujeres, en especial de las menores de edad. Ello, sin duda, refuerza la perspectiva de género y las consideraciones de Derechos humanos⁷⁶, sin tener que indagar en los perfiles de víctimas más allá del reconocimiento del estatus para su protección. La inclusión de las víctimas de trata explotadas sexualmente en la categoría de persecución de género es posible gracias al hilo de Ariadna, técnica que nos permite superar el primer obstáculo para que prospere la solicitud de asilo⁷⁷.

20. Desde un punto de vista práctico, la existencia de un temor fundado a volver a su país por parte de estas víctimas y la aportación de pruebas en el procedimiento del estatuto de refugiada resultan extremadamente dificultosas. Tal y como dispone las Directrices del ACNUR sobre trata⁷⁸, por el hecho de que la persona haya accedido a aportar pruebas no hace necesariamente que sea una refugiada, a menos que las repercusiones temidas a su regreso al país de origen lleguen a equivaler a la persecución vinculada con uno o más motivos de la Convención de Ginebra. A la inversa, si una víctima de trata se ha negado a aportar pruebas no debe llevar a una conclusión negativa en relación con su solicitud de asilo. Al escapar de sus tratantes o ser descubierta por agentes de policía o de migración, raramente la extranjera tiene en su poder documentos de identidad válidos, ya que la retención de esos documentos es una herramienta de control usada por los tratantes. Con frecuencia, la mujer tratada se siente avergonzada por su terrible experiencia al sufrir el trauma de la violencia sexual física y/o psíquica a la que ha sido sometida, temiendo a las represalias que cometen los tratantes contra ella o contra su familia. Todo ello impide obtener la información para determinar si la víctima ha sufrido persecución conforme al Derecho internacional de los refugiados. Sin embargo, tal y como señala el más alto tribunal español⁷⁹ “no es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí una razonable certeza sobre el relato fáctico presentado, entendiendo que solo puede establecerse cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano”. En materia de asilo, la reiterada doctrina del TS fundamenta lo siguiente: “resulta preciso recordar que la jurisprudencia consolidada del TS interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta”⁸⁰. A estos efectos, es inexcusable que, al menos, existan indicios suficientes, pues de otro modo toda víctima de trata tendría automáticamente la concesión del asilo, que no es la finalidad de la institución. Por otra parte, en la evaluación para que una víctima de trata pueda de obtener el estatuto de refugiada se estudia el riesgo futuro que puede sufrir la víctima si es devuelta a su país de origen, el riesgo de que sea re-traficada, el que los tratantes tomen represalias hacia ella o sus familias o la posible estigmatización social u ostracismo que le impida ejercer sus derechos humanos, etc. Asimismo, es importante el contexto de impunidad en el que pueden actuar las organizaciones dedicadas a la trata en el país de origen y el grado de protección efectiva que dicho Estado puede ofrecer a la víctima si es devuelta. Otros aspectos relevantes a tener en cuenta son

argumentos, el Plan Nacional contra la Trata con fines de Explotación Sexual de 2010 del anterior Ministerio de Igualdad identificaba la trata como un suceso de violencia de género, siguiendo las directrices de varias convenciones internacionales que apuntan este nexo de conceptos.

⁷⁵ Por su relevancia, es conveniente transcribir el siguiente párrafo: “algunos menores o mujeres víctimas de la trata de personas podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, 28 de julio de 1951 y su Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, 31 de enero de 1967...”.

⁷⁶ Vid. S. GARCÍA CUESTA, “La trata en España: una interpretación de los Derechos Humanos desde la perspectiva de género”, *Dilemata*, 2012, núm. 10, pp. 45-64.

⁷⁷ Vid. T. M. CHRISTENSEN, *Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, 2011, www.acnur.org

⁷⁸ Vid. Directrices del ACNUR sobre trata, párr. 50.

⁷⁹ Vid. F.D. 4º de la STS de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8462); F. D. 2º de la SAN de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011/398020).

⁸⁰ Vid. STS de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/5748); STS de 6 de abril de 2005 (RJ 2005/3466); F. D. 4º de la STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005/7570).

la magnitud del fenómeno de la trata en dicho país de origen, así como otras circunstancias específicas de la víctima o su familia que las pudiera poner en una situación de riesgo añadido - por ejemplo, grupo étnico o religioso. En los procedimientos de asilo es trascendental detallar de forma adecuada los riesgos que puede sufrir si vuelve, así como dejar constancia de la situación psicológica (traumas, salud mental) de la víctima tanto cuando sale de la trata como cuando presenta la solicitud de asilo⁸¹. Otra clave interpretativa para la concesión del estatuto de refugiada es si la persona no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de su país de origen. Es preciso determinar de quién teme la persecución para saber por qué no quiere o no puede regresar a su país de origen, ya que esta puede ser perpetrada por agentes estatales y no estatales. El ACNUR explica que la sola existencia de una ley estatal que prohíba la trata, en sí misma, no es suficiente para excluir la posibilidad de persecución si no se aplica en la práctica⁸². En otras ocasiones, los agentes de persecución pueden ser no estatales, de tal manera que se incluyen a los miembros de la familia cuando el Estado no pueda proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves (art. 6 de la Directiva 2004/83/CE). El trato gravemente discriminatorio realizado por la población local o por los individuos puede equiparse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o se niegan a brindar una protección eficaz⁸³. Y es que en la persecución por motivos de género frecuentemente se ejerce por agentes no estatales, tales como miembros de la misma familia o comunidad, autoridades religiosas o culturales. En estos supuestos resulta fundamental resaltar la responsabilidad estatal de proteger a las víctimas de violaciones de Derechos humanos, establecida en instrumentos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). La existencia de tantas precisiones viene derivada del concepto de “acto persecutorio”, ya que su interpretación resulta trascendental para otorgar el estatuto de refugiada. Estas claves interpretativas suscitan ciertos avances en la jurisprudencia española, tal y como comprobamos en la SAN de 28 de abril de 2014⁸⁴, en relación con una mujer nacional de Nigeria que alegó haber sufrido violencia psicológica y sexual por parte de su padre, además de poder ser víctima potencial de trata con fines de explotación. La AN estimó el recurso planteado, “dada la falta de motivación razonable de la resolución recurrida en relación con la alegación de trata de personas para la explotación sexual y en atención a la jurisprudencia del TS”. No obstante, habrá que esperar a la suerte de esta víctima en la concesión del estatuto de refugiada, ya que esta resolución judicial solo anula la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo⁸⁵. En relación con los últimos tiempos, se está reconociendo como refugiadas al menos tres personas, una de nacionalidad mexicana, cuya situación de trata se había producido en el propio país de origen, y dos de nacionalidad camerunesa⁸⁶. Pero a pesar de la multitud de recomendaciones internacionales y nacionales y la ingente proliferación de directrices o estudios desde instituciones y asociaciones implicadas en el terreno, comprobamos que la relación entre la trata por explotación y la violencia de género no se ha materializado en una proclamación definitiva. La falta de consideración de violencia de género la sufrida por estas víctimas origina que las solicitudes de asilo no estén siendo estimadas, resultando desprotegidas desde el ámbito de la Convención de Ginebra. Confiamos que el Convenio de Estambul garantice una interpretación sensible del Derecho refugiados con respecto de la problemática de la trata con fines de explotación. De acuerdo con el art. 60.3 del Convenio de Estambul, los Estados Partes tendrán que poner en marcha un proceso de determi-

⁸¹ Vid. AAA.VV., *Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional. En el contexto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia*, ACNUR e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2011, <http://www.acnur.es>

⁸² Vid. Directrices del ANUR sobre trata, párr. 23. Por otra parte, la consulta y recopilación de información de país de origen a través de diferentes fuentes (para ello se puede acudir a los portales de internet www.ecoi.net y www.refworld.org).

⁸³ D. T. KAHALE CARRILLO, *El derecho de asilo frente...*, op. cit., pp. 122-130, expone claramente cómo evaluar la persecución de un agente no estatal en la violencia de género.

⁸⁴ Roj: SAN 1972/2014 - ECLI:ES:AN:2014:1972. Cendoj: 28079230082014100300, en http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&refer_ence=7046258&links=&optimize=20140519&publicinterface=true. El expediente consta de dos informes del ACNUR que considera que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiada y hace hincapié en el artículo 46 de la Ley de Asilo.

⁸⁵ La misma solución se otorga en SAN de 6 de marzo de 2014 (JUR 2014/77941).

⁸⁶ Debido al sistema de protección de datos, en inaccesible este tipo de resoluciones. No obstante, se puede consultar los hechos en el Informe de 2015 de CEAR, “Personas refugiadas en España y en Europa”, p. 103, en www.cear.es (consultado el 22 de junio de 2015).

nación de la condición de refugiado que sea respetuoso con las sensibilidades culturales, que garantice que las mujeres y las niñas víctimas de trata no se enfrenten a una mayor estigmatización a su llegada a los países de destino, y que asegure un ambiente comprensivo que permita que las mujeres relaten la información pertinente. Entre tanto se lleva a cabo, hemos conseguido descifrar la salida del laberinto de conceptos del Derecho internacional de refugiados mediante la técnica del “hilo de Ariadna”, además de ciertas claves interpretativas para fundar una solicitud de asilo por parte de una víctima de la trata, lo que promoverá a que se les brinden la protección internacional.

IV. El sistema español de protección a la esclava de la trata y las debilidades de un marco jurídico alternativo

21. Hasta el momento, las escasas solicitudes de asilo motivadas por ser víctima trata de seres humanos se rechazaban o, en casos extremos cuando no se podía devolver a la persona al lugar de origen por temer sufrir persecución, se acudía a otros modelos de protección y asistencia de carácter más temporal⁸⁷. Este tipo de respuestas refuerzan la idea que no terminan de diluirse las fronteras entre los conceptos de refugiados y migrantes⁸⁸. A esta realidad, crecientemente confusa, algunos autores la han denominado *the asylum-migration nexus*⁸⁹. Un sector de la doctrina actual⁹⁰ explica que los vínculos entre migración y asilo componen aspectos que dificultan, si no impiden, una radical diferenciación conceptual entre las razones económicas por las que se migra y los motivos relacionados con la desprotección de los derechos humanos que justifican la búsqueda de asilo en algún país. Otra línea doctrinal considera que el elemento clave de la confusión entre ambas categorías se encuentra en la noción de migración forzada y la indeterminación de los elementos del estatuto de refugiado⁹¹. Y es que las motivaciones que llevan a migrar o las que fuerzan la salida del país de origen, junto con las múltiples dimensiones de los fenómenos migratorios, influyen en la falta de escisión de las dos situaciones. Ante estas nuevas realidades, los Estados tienden a elaborar unas políticas migratorias que se fundan sobre visiones reduccionistas de las realidades humanas⁹². Por otra parte, la desactualización del concepto persecución del Convenio de Ginebra de 1951 lleva a que el ACNUR extienda la protección internacional a realidades que no encajan en el marco convencional y, de esta manera, se otorgue solución al nuevo patrón de migración obligatoria. El Comité Ejecutivo del ACNUR propone interpretaciones más generosas del rígido concepto de refugiado y los elementos que lo integran, con el propósito de “revitalizar” la aplicación de la Convención⁹³. No obstante, la doctrina especializada⁹⁴ considera que el estatuto de refugiado no va a ampliar el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, sino que se crean figuras distintas con contenido más reducido, acompañadas de la articulación de mecanismos en los ordenamientos nacionales para la adopción de medidas propias del “asilo restringido”. Esta postura es análoga

⁸⁷ H. CRAWLE y T. LESTER, *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, Evaluation and Policy Unit (EPAU), UNH CR, EPAU /2004/05, mayo 2004.

⁸⁸ Sobre ello véase S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Fundación Colosio, Miguel Ángel Porrúa. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2004, p. 132.

⁸⁹ Véase A. PAPADOPOULOU, “Exploring the asylum-migration nexus: a case study of transit migrants in Europe”, *Global Migration Perspectives*, 2005, núm. 23, en: www.gcim.org.

⁹⁰ S. CASTELS, “Towards a Sociology of Forced Migration”, *Sociology*, 2003, Vol. 37, núm. 1, pp. 13-34, en espec. p. 17.

⁹¹ V. M. MERINO SANCHO, *El tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: Perspectivas y Prospectivas...*, op.cit., p. 167.

⁹² J. DE LUCAS, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: Acerca del derecho a ser inmigrante”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (COORD.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Los libros de la Catarata, Colección Investigación y Debate, Madrid, 2006, pp. 29-56, señala que los riesgos de diferenciar categorías del complejo fenómeno migratorio deforman la realidad, y además, en tanto que deformada, no se articulan respuestas jurídicas adecuadas, a lo que apuntan las políticas que pretenden controlar los flujos migratorios.

⁹³ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, Nueva York, 2004, pp. 370 y 373.

⁹⁴ D. JOLY, “A new asylum regime in Europe,” en FRANCES, N. y TWOMEY, P., *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, pp. 336-356, pp. 350 y ss.; C. HEIN, A. NAPOLITANO y M. RUIZ, “Derecho comparado europeo sobre asilo y refugio”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 645-668, pp. 647.

a la tendencia legislativa europea, que adopta una serie de políticas y medidas endurecidas dirigidas a combatir las migraciones irregulares, lastimando los procedimientos para la población de refugiados y demandantes de asilo en nuestra región⁹⁵.

22. Con un marco internacional de medidas restrictivas para controlar la inmigración, el ordenamiento español ha elaborado diferentes categorías administrativas para la víctima extranjera que ha sido objeto de la trata. Desde nuestro punto de vista, los niveles de protección para las víctimas de trata deben comenzar ser desde el más prioritario, correspondiente a la protección internacional, hasta el establecido en el Derecho de extranjería⁹⁶, lo que no supondría merma en los derechos de estas víctimas. En cuanto al primer nivel y, ante la falta del otorgamiento del estatuto de refugiada por no demostrar el temor fundado de persecución de conformidad al Convenio de Ginebra, si de las circunstancias particulares de la víctima de trata se desprende la necesidad de una protección subsidiaria, esta última se podrá acordar. Ser beneficiaria de este estatus conlleva una protección de cualificación menor a la del refugio, aunque la Ley de asilo la regula siguiendo similares pautas utilizadas para el derecho de asilo⁹⁷. Ello es consecuencia lógica de la voluntad de unificar en la práctica ambos regímenes de protección, atendiendo que más allá de las diferencias que puedan existir entre las causas que justifican uno y otro, el propósito común es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad. Así, en la SAN de 16 de octubre de 2014⁹⁸ se atribuye a la víctima la protección subsidiaria, argumentando el riesgo en que se encontraría la recurrente de tener que regresar a Nigeria y la falta de actuación por parte de las autoridades de dicho país en supuestos similares. La supuesta intervención de miembros de su familia en la explotación sexual de esta mujer nigeriana fueron motivos para que la persecución descrita por la recurrente no se vinculara a los motivos previstos por la Convención de Ginebra y se termine denegando el estatuto de refugiada. Con la finalidad de alcanzar el estatus máximo, aun reconociendo que la víctima no se encuentra perseguida explícitamente por las autoridades de su país ni tiene problema con ellas, la recurrente expone su temor de retorno a su país. Es probable que esta extranjera o su familia sufra persecución por las personas integrantes de la red, sin que el Estado nigeriano pueda protegerlas de dicho riesgo. Se recuerda que la situación actual de Nigeria no garantiza su protección, por lo que la recurrente se encuentra en la necesidad de ser amparada por las autoridades españolas bajo el estatuto de refugiada. La AN estima que, al tener concedida la protección subsidiaria descrita en el art. 4 de la Ley de Asilo, niega su pretensión de ser beneficiaria del estatuto de refugiada.

Una vez concedida la protección internacional de la víctima de trata, bien dotando el estatuto de refugiada o, en su caso, ser beneficiaria de la protección subsidiaria, ambas situaciones se materializan en una autorización de residencia de larga duración del art. 32.3 bis letra e) de la LOEx⁹⁹. Este precepto

⁹⁵ Véase S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno...op.cit.*; A. VALLE GÁLVEZ, *Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales*. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/85990/Inmigracion_valle_2007.pdf?sequence=1.

⁹⁶ Esta protección se otorga a aquellas personas cuyas solicitudes de asilo no satisfacen los requerimientos señalados para la determinación del estatuto, pero su situación o su huida son semejantes, si no idénticas a las de un refugiado. Es por ello, que se arbitran en las leyes de extranjería, donde se contempla una autorización de residencia temporal más corta y con menos beneficios. Puede decirse, que estas medidas no sólo restringen el contenido del estatuto, sino que también dificultan la posibilidad de plantear la solicitud, en tanto que dicho ámbito permite la aplicación de la normativa de extranjería. M. DUMMETT, *On immigration and Refugees*, Routledge, Londres, Nueva York, 2001, pp. 43 y ss.

⁹⁷ A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de febrero de 2009 en el caso Elgafaji c/ Países Bajos (TJCE 2009/33, en westlaw) ha establecido varias consideraciones importantes de esta figura.

⁹⁸ JUR\2014\272462. La petición de asilo se fundamenta en su temor ante un potencial regreso a su país de origen, Nigeria, y que debido al hecho de haber sido captada como víctima de trata de personas y no haber saldado íntegramente la deuda contraída con las personas integradas en la red, que también son de nacionalidad nigeriana y cercanos a su familia.

⁹⁹ Que dispone lo siguiente: “Los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiesen reconocido protección internacional y que se encuentren en España, podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”. Al art. 32 se añade el apartado 3 bis y también la letra e) al apartado 5 por la disposición final 2.1 de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (BOE, núm. 155, de 29 de junio de 2013). Esta ley modifica el artículo 32 con el objetivo de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional y dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo. Además, se modifica el artículo 57 para recoger un régimen de protección reforzada en el caso de expulsión de beneficiarios de protección internacional que gocen del régimen de residentes de larga duración. De esta manera, también se da cumplimiento a lo previsto

incrementa el número de destinatarios y, por tanto, de supuestos en los que se tiene derecho a obtener la presente autorización, de esta manera se garantiza a los beneficiarios de protección internacional la posibilidad de acceder al estatus de residente de larga duración del que estaban excluidos en virtud del apartado c) del art. 3.2 de la Directiva 2003/109/CE.

23. Si la víctima de trata no reúne los requisitos para otorgar la protección internacional, tendremos que acudir al nivel secundario recogido en el Derecho de extranjería, donde se regula específicamente la posibilidad de obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales si existe la colaboración de la extranjera tratada en la desarticulación de redes de explotación (art. 59 bis LOEx y los arts. 140 a 146 del RLOEx)¹⁰⁰ o, si no es posible, atenderemos a la autorización de residencia por razones humanitarias del art. 126 RLOEx¹⁰¹. El art. 59 bis LOEx pretende dar cumplimiento a los mandatos internacionales sobre el particular, concretamente lo establecido en art. 6 de la Directiva 2004/81/CE y lo dispuesto en los arts. 10 y siguientes del Convenio de Varsovia. El objetivo de esta especial autorización de residencia y trabajo es la protección ceñida únicamente a las víctimas de trata de seres humanos que cooperen, así como a sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España en el momento de la identificación. La legislación española ha ido más allá de los mínimos exigidos por el Convenio de Varsovia, ya que recoge la posibilidad de conceder autorización de residencia vinculada a una autorización para trabajar con una duración de cinco años. Esta protección, aunque sea temporal, es extensa en el tiempo, lo que permite a la víctima recomponer su situación personal de forma más calmada. No obstante, apreciamos que, al igual que la víctima de violencia de género en situación irregular (art. 31 bis LOEx)¹⁰², la extranjera traficada habrá de esperar el desarrollo del proceso penal para conseguir una situación administrativa más ventajosa condicionada a una sentencia penal condenatoria¹⁰³. Tanto la Ley, el Reglamento de Extranjería y el Protocolo Marco de 2011 sobre Protección de las Víctimas de Trata prevén que la víctima puede ser eximida de responsabilidad administrativa, revocarle la orden de expulsión y conseguirle una autorización para una residencia temporal, siempre que exista colaboración de la misma (art. 59 bis, apartado cuarto de la LOEx). Todo ello suele ser un procedimiento largo y discrecional, valorado más desde el punto de vista de la utilidad de su declaración como testigo que desde el punto de vista de lo que arriesga la víctima al denunciar¹⁰⁴. Lo cierto es que el periodo de restablecimiento y reflexión previsto, que a partir de ahora será de 90 días¹⁰⁵, no está siendo aplicado,

en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

¹⁰⁰ Vid. A. LARA AGUADO, “Artículo 59 bis. Víctimas de la trata de seres humanos”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 863-878.

¹⁰¹ Vid. C. RUIZ SUTIL, “El asilo como primer nivel de protección de la víctima de trata de seres humanos frente a su configuración como vía alternativa en el Derecho de Extranjería”, en LARA AGUADO, L. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 181-210.

¹⁰² Particularmente, sobre las irregulares víctima de violencia de género vid. C. RUIZ SUTIL, “Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 517-528.

¹⁰³ Sobre el tema, vid. R. RUEDA VALDIVIA, “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género”, en LARA AGUADO, A. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 221-259.

¹⁰⁴ Vid. A. LARA AGUADO, “La trata como grave violación de derechos humanos: incoherencias entre la concepción de la trata como atentado a los derechos humanos y su regulación a nivel interno e internacional”, en LARA AGUADO, A. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 45-107.

¹⁰⁵ Precisamente, la última modificación del apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, amplía el plazo de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del art. 53.1.a) LOEx y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno

por lo que no se está respondiendo correctamente a las recomendaciones del Convenio de Varsovia¹⁰⁶. La tendencia en la práctica continúa siendo la de anteponer el interés por la persecución del delito antes que el restablecimiento de los derechos de las personas agredidas y la salvaguarda de sus posibilidades de su recuperación inmediata. La principal crítica a este precepto, aunque novedoso y avanzado en nuestro sistema, es la exigencia de valoración y aportación por la extranjera de “indicios” de que es víctima de trata. Es muy posible que en las fases iniciales de identificación y protección de la mujer sea más adecuada la valoración de una serie de indicadores que faciliten su protección y al acceso al período de reflexión. La tarea es compleja, sobre todo si tenemos en cuenta que las redes mafiosas instrumentan a sus víctimas para relatar sus historias y acceder al sistema de protección español.

Nos llama la atención que la solicitud de asilo no impide iniciar la protección específica otorgada en el art. 59 bis LOEx. El Protocolo Marco de 2011 así lo confirma, al disponer que: “cuando en la instrucción de un expediente de solicitud de protección internacional se aprecien indicios de que la persona solicitante pudiera ser víctima de trata de seres humanos, la Oficina de Asilo y Refugio lo pondrá en conocimiento de la Sección de Asilo de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a fin de que ésta lo comunique a la unidad policial competente para su identificación, por si pudiera ser de aplicación lo establecido en el art. 59 bis de la LOEx. Esta respuesta dual es permitida gracias al mecanismo recogido expresamente en el art. 144.8 del RLOEx, donde se dispone que: “el contenido de este precepto (autorización de residencia y trabajo del art. 59 bis LOEx) no afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional”. Ello implica la posibilidad de que la víctima solicite y pueda acceder a la protección internacional, aunque se hubiera solicitado la protección del art. 59 bis de la LOEx. Tenemos que tener presente el riesgo de que la víctima no sea informada acerca de sus diversas opciones de protección, sobre todo si es detectada en una investigación penal. Lamentablemente, la naturaleza intensiva de los plazos y recursos del proceso de investigación requeridos para determinar si una persona ha sido objeto de trata no ayudan a conseguir la protección internacional para las víctimas de la trata. No obstante, la víctima de la trata solicitante de asilo no debe temer por la posible ejecución de una orden de expulsión, ya que el art. 64.5 de la LOEx y el art. 246.7 del RLOEx indican lo siguiente: “se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional”. Si dicha víctima se encuentra en un Centro de Internamiento para Extranjero, la LOEx se reconoce el derecho de los internos a entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales de protección de inmigrantes y el derecho de éstas a visitar los Centros (art. 62 bis LOEx) y se contempla, como garantía adicional, la inmediata puesta en libertad de la extranjera por la autoridad administrativa que la tiene a su cargo en el momento en que cesen las circunstancias que motivaron la medida cautelar de internamiento (art. 62.3 LOEx). En esta situación de internamiento es frecuente el rechazo del asilo por parte de las administraciones, al considerar que puede ser una estrategia para conseguir la legalidad de la extranjera que va a ser expulsada, sobre todo si ha pasado un tiempo considerable desde que entró en España y no hizo tal declaración¹⁰⁷. En estas circunstancias, probablemente la interesada no haya tenido ninguna información sobre las posibilidades de solicitar protección internacional. En este sentido, además de recabar la información referida al posible arraigo de los interesados en España, de su situación económica, laboral, familiar, etc..., de cara a poder evitar el rechazo o la expulsión, es preciso preguntar a la extranjera acerca de los motivos que le llevaron a abandonar su país de origen y, sobre todo, que le hacen no querer regresar a él, especialmente, cuando puedan deberse a un temor relativo a su seguridad, integridad, libertad, etc... ya que podrían estar rela-

asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período. Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

¹⁰⁶ Sobre el periodo de restablecimiento y reflexión del art. 59 bis LOEx *vid.* C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación ...*, *op. cit.*, págs. 510 y 513; A. LARA AGUADO, “Artículo 59 bis. Víctimas de la trata...”, *loc. cit. op. cit.*

¹⁰⁷ *Vid.* SAN de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011/398020)

cionados con redes de trata. Especialmente, será importante informarse acerca de la situación médica y psicológica de la solicitante, ya que estas circunstancias pueden revelar necesidades de protección, así como sobre los posibles contactos que la interesada pueda haber tenido con organizaciones sociales que pudieran tener información relevante sobre el caso¹⁰⁸.

En el transcurso de su colaboración y cuando ésta haya quedado exenta de responsabilidad administrativa, si desea volver a su país de procedencia podrá hacerlo. Para ello se prevé el retorno asistido, que podrá solicitarlo en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de que las autoridades competentes en el marco de la investigación de un delito o procedimiento penal, pudieran determinar su necesaria permanencia en territorio español. El Protocolo sobre trata establece que en caso de repatriación de una víctima al Estado de su nacionalidad o de residencia, el país de origen deberá tener “debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona sea una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria”¹⁰⁹. El Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito¹¹⁰ señala que: “es necesario que los profesionales lleven a cabo una evaluación de riesgo antes de repatriar a las víctimas de trata con el fin de garantizar su seguridad. Entre los factores a considerar, se encuentran los tipos de servicios de apoyo y protección física para las víctimas de trata, la presencia de factores sociales, culturales o religiosos que pueden hacer que la repatriación sea peligrosa y el riesgo de que la persona vuelva a ser objeto de trata. Cuando el retorno no se puede llevar a cabo de manera segura, deben considerarse otras opciones de protección. En todo caso, dicha medida de retorno asistido no es recomendable para las mujeres explotadas sexualmente, ya que las redes mafiosas suelen operar en sus países de origen, por lo que estas víctimas tienen fundados temores en ser perseguidas si vuelven a su Estado.

24. Por último, el art. 46.3 de ley de Asilo de 2009 transfiere la protección de esta víctima al sector de la extranjería, al señalar que “por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”. Desde la práctica, se experimenta un avance en la concesión de la autorización de residencia temporal por razones humanitarias (arts. 31.3 LOEx y 126 del RLOEx) a la víctima explotada sexualmente. Como expone un sector doctrinal¹¹¹, es llamativo que entre los muchos presupuestos para la autorización de residencia basada en razones humanitarias no se haya incluido el delito de trata, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las ocasiones la víctima deja de colaborar con las autoridades y dificulta su protección desde el art. 59 bis de la LOEx. Según el art. 14 del Convenio de Varsovia, la concesión del permiso de residencia de la víctima no debe vincularse únicamente a la colaboración con las autoridades en el correspondiente procedimiento penal. Ahora bien, las razones humanitarias no abarcan cualquier motivo de carácter humanitario. Según los términos establecidos en la LOEx, aun cuando se interprete ampliamente la expresión, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal de la persona interesada y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas¹¹². Los síntomas de la experiencia traumática vivida de la mujer objeto de trata (enfermedades sobrevenidas) ponen de manifiesto las consecuencias perjudiciales en caso de retorno a su país de origen, siendo procedente el reconocimiento y autorización para su permanencia en España. Las autoridades españolas competentes en la materia están resolviendo

¹⁰⁸ Sobre el procedimiento véase AA.VV., *Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional. En el contexto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia*, ACNUR e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2011.

¹⁰⁹ Protocolo sobre trata, art. 8 (2).

¹¹⁰ En http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/07-89378_spanish_E-Book.pdf, en particular págs. 317-357.

¹¹¹ Vid. R. SERRA CRISTOBAL y P. LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la tutela de la víctima a la represión del delito*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, págs. 124-125; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación...*, op. cit., pág. 516.

¹¹² Vid. D. T. KAHALE CARRILLO, “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2013, núm. 32, (BIB 2013/14257, en www.westlaw)

a favor de este tipo de autorización, debido a que el sufrimiento ocasionado a las víctimas de la explotación sexual tiene significativas consecuencias tanto físicas (lesiones traumáticas debidas a los golpes, enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, cansancio crónico, etc), como psicológicas (depresión, insomnio, disminución o anulación de la autonomía o de la autoestima, estrés post-traumático) y sociales (aislamiento, dificultades para establecer relaciones interpersonales, carencia de habilidades, marginación social, que se agrava al encontrarse la persona en un país con un idioma y unas costumbres diferentes)¹¹³. Los efectos son más graves en las niñas y en las jóvenes puesto que, además de lo mencionado, se ve profundamente alterado su desarrollo físico, emocional, cognitivo y social. En este sentido, la STS de 11 de marzo de 2014¹¹⁴ consideró que concurrían circunstancias que permitían la autorización de la permanencia en España por razones humanitarias a una víctima de trata en atención a la necesaria valoración de las circunstancias personales de la recurrente. En particular, el dictamen psicológico indicó que el regreso al país de origen significaría una “revictimización” que generaría una mayor perturbación en su salud mental con el incremento de la sintomatología descrita. Por su parte, la SAN de 17 de octubre de 2013¹¹⁵, en consonancia con los razonamientos expuestos y en aplicación de la doctrina precedente establecida en la STS de 24 de febrero de 2012¹¹⁶, resolvió unas circunstancias similares y oportunamente documentadas, por lo que procede la estimación de la solicitud de autorización de residencia por razones humanitarias. Por razones de salud, igualmente podrán acceder a esta autorización de residencia las extranjeras que acrediten sufrir una enfermedad de imposible tratamiento en su país de origen y aquellos que acrediten que su traslado al país de origen implicará un peligro para su seguridad y la de su familia. Y por razones de seguridad, la extranjera que acredite que el traslado al país de origen a efectos de solicitar el visado correspondiente implica un peligro para su seguridad o la de su familia, es factible la autorización de residencia basada en motivos humanitarios siempre que reúna el resto de requisitos. Si nos centramos en las víctimas de la trata, a éstas se les requiere una sentencia que reconozca tanto la comisión del delito como el efecto sobre la víctima, lo que constituye una dificultad para su aplicabilidad. Esta fórmula de residencia comporta la necesidad de una resolución judicial que reconozca la comisión del delito, lo que supone que la posible protección legal se dilate enormemente en el tiempo, sin que la víctima llegue a obtener beneficios a corto plazo, a diferencia de lo establecido en el 59 bis de la LOEx, que prevén una autorización provisional de residencia y trabajo para las extranjeras que colaboren contra las redes organizadas y la trata de seres humanos. Desde nuestro punto de vista, el problema mayor de este tipo de autorización basada en razones humanitarias es que queda limitada en tiempo. Por parte de nuestros tribunales se insiste que esta residencia se otorga durante el tiempo necesario para el tratamiento y la recuperación de la extranjera enferma, a diferencia de los cinco años de duración previstos en la residencia del art. 59 bis LOEx. Otro de los inconvenientes de la autorización por razones humanitarias es que no queda vinculada automáticamente a la posibilidad de trabajar¹¹⁷, por lo que consideramos que estos mínimos de protección son inadecuados para una persona tan vulnerable, como es la víctima del delito de la trata por explotación sexual.

25. Es indiscutible que la denegación de la protección internacional de la víctima termina rebotando en el régimen de extranjería. Consideramos que existe un “efecto perverso” en la protección internacional de estas mujeres tratadas ocasionado por la existencia de otras formas de garantizar su residencia en España conforme a la LOEx. La STS de 11 de mayo de 2011¹¹⁸ así lo ha puesto de manifiesto ante una solicitud de asilo de una mujer nigeriana que ha sido traficada. La Comisión internacional de ayuda

¹¹³ Para detectar si la mujer es víctima de trata véase AA. VV., *Trátame bien. Notas sobre la trata con fines de explotación sexual*, Fundación CEPAIM, Madrid, 2015, en <http://cepaim.org/wp-content/uploads/2015/03/TRATAME-Bien.pdf> (consultado el 11 de mayo de 2015).

¹¹⁴ RJ 2014/1480.

¹¹⁵ JUR 2013/329735, donde fue determinante el Informe de valoración sobre lesiones alegadas por la recurrente, lesiones que corresponden con las típicas del maltrato (quemaduras con cigarro y arma blanca), así como las alteraciones y desajustes atribuidas a situaciones traumáticas de explotación sexual, prostitución vividas

¹¹⁶ RJ 2012/425.

¹¹⁷ Este tipo de residencia no conlleva la autorización de trabajo, salvo que el extranjero la solicite personalmente y cumpla los requisitos para ser otorgada, tal y como establece el art. 129.2 RLOEx.

¹¹⁸ RJ 2011/4859.

al refugiado (CIAR) considera que la autorización de residencia o la decisión de retorno a su país en unas condiciones más ventajosas son mecanismos más apropiados para la protección de las víctimas de trata. Esta es la argumentación para que el TS mantenga el criterio desfavorable a la concesión del asilo y abordar dicha problemática mediante las soluciones enmarcadas en la normativa de extranjería. Esta misma respuesta se otorga en la SAN de 25 de enero de 2013¹¹⁹, que deniega la protección a la víctima de trata con el siguiente argumento: “... Tampoco puede estimarse la solicitud de protección subsidiaria o, incluso, la autorización de permanencia en España por razones humanitarias..., en la medida en la que los eventuales actos procedentes de redes de trata de personas con fines de explotación sexual merecen un tratamiento singularizado, previo a una prueba superior a la meramente indiciaria en el ámbito del Derecho de Extranjería; tras lo cual, y una vez emitida la pertinente resolución, puede ser objeto de revisión de legalidad ante un Tribunal diferente de la presente Sala...”. Este tipo de respuestas otorgadas por el alto tribunal no son acordes en el marco de protección internacional. Una norma de extranjería, como la del art. 59 bis LOEx, es una disposición que actúa en un procedimiento distinto al procedimiento de asilo. Si esta fuera la solución, con el art. 59 bis LOEX estaríamos operando de *facto* como una cláusula de exclusión a la Convención de Ginebra. En este sentido, el ACNUR, en sus Directrices sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión de 2003¹²⁰, ha señalado que los motivos para la exclusión de la condición de refugiado se enumeran exhaustivamente en el art. 1 F de la Convención de Ginebra de 1951 y no pueden complementarse con criterios adicionales si se carece de una convención internacional en este sentido.

26. Todo ello pone de manifiesto que el asilo se configura como un mecanismo alternativo en protección de la víctima de trata, lo que puede originar un riesgo en la invisibilización de la persona necesitada de refugio. A ello se une la idea que subyace en nuestra política migratoria, que considera que el reconocimiento del estatuto de refugiados a las víctimas de la trata puede conducir a neutralizar parte de la estrategia migratoria. A partir de lo expuesto, probablemente entendamos la respuesta imprecisa del legislador español en la Ley 12/2009 de asilo, al no existir una manifestación directa para que la víctima de trata sea una potencial beneficiaria de la protección internacional. De hecho, el art. 87 del Borrador del Reglamento de la Ley de asilo¹²¹ reafirma que “las víctimas de trata en procedimiento de protección internacional se derivan a la ley de extranjería, independientemente de la tramitación de la protección internacional”. El sistema misceláneo en la protección de estas víctimas provoca que se denuncie en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2014 que no se avanza en la redacción de instrucciones para ofrecer un marco de actuación más preciso en aquellos supuestos en los que se solapa el procedimiento de asilo con el establecido para la identificación de víctimas de trata. El GRETA, por su parte, solicita a las autoridades españolas que reexaminen el procedimiento de identificación de las mismas para que las víctimas potenciales sean consideradas como personas expuestas a vulneraciones de derechos humanos y no como fuente de pruebas para investigaciones judiciales. A ello se le une la ausencia de estadísticas oficiales desagregadas sobre las víctimas de trata que han podido obtener la protección internacional, lo que impide conocer si a alguna persona se le aplicado la obligación de *non-refoulement* o no devolución¹²².

En definitiva, el énfasis mostrado en los textos internacionales y nacionales para la lucha contra la trata de seres humanos, así como el reconocimiento de que nos hallamos ante un delito extremadamente aterrador, no son trasladables a argumentos contundentes en las interpretaciones empleadas por quienes determinan la condición de refugiado en España. Por todo lo expuesto, tenemos que rechazar el planteamiento de que la protección internacional cristalice como un mecanismo subsidiario o sustitutivo del 59 bis de la LOEx. El asilo sigue siendo, desde nuestro punto de vista, el primer nivel de protección y de defensa de la víctima de trata que tiene temores fundados a regresar a su país.

¹¹⁹ JUR 2013/52995.

¹²⁰ *Vid.* Directrices sobre protección internacional núm. 5 sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/03/05), de 4 de septiembre de 2003.

¹²¹ *Vid.* el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

¹²² *Vid.* G. SUSAJ y A. AZKUNAGA (Coords.): *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de la trata con fines de explotación*, julio 2008, www.redcontralatrata.org.

V. A modo de reflexión final

27. La trata de personas con fines de explotación sexual se ha convertido en una de las principales preocupaciones a nivel internacional, por ser una de las violaciones más graves de derechos humanos. Sin embargo, el enfoque de la misma sigue precario, con la preocupación desde el marco de la lucha contra la inmigración irregular y del Derecho penal. De hecho, la protección existente y más generalizada depende de la interposición de una denuncia y de la colaboración en la investigación policial y judicial. Pese a que ciertas víctimas de la trata de personas podrían acceder a la condición de refugiadas, este recurso no parece que haya sido el empleado en su protección. Quizás se considera que el reconocimiento del estatuto de refugiados a las víctimas de la trata puede reconducir a neutralizar la política migratoria restrictiva que subyace en materia de trata. La creación del art. 59 bis de la LOEx es claro ejemplo de ello, mediante el cual se concede una autorización de residencia y trabajo subordinada a la colaboración de la víctima de la trata con la policía en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes. El marco de protección se centra en lograr la presencia continua de la víctima para ayudar en la aprehensión de los tratantes, olvidando que éstas, después de haber experimentado el trauma de la explotación, no están capacitadas para proporcionar la información necesaria y colaborar en los procedimientos penales.

28. Falta un largo camino para reconocer a la trata con fines de explotación sexual como una forma de persecución, conforme al espíritu de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La apertura al cambio del concepto de refugiado está siendo arriesgada. En este sentido, es opinión del ACNUR que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiado. La Ley de asilo española introduce expresamente la persecución por razones de género, pero la complejidad de la técnica legislativa disminuye el éxito en la concesiones de protección internacional. Desde estas páginas hemos intentado advertir sobre las confusiones existentes en los conceptos y mediante la técnica del hilo de Ariadna facilitar la comprensión de vigente Derecho de refugiados en relación a las víctimas de la trata que han sido explotadas y tienen temores de ser perseguidas. Este mecanismo ofrece salidas a ese laberinto conceptual para aclarar que la explotación sexual de las mujeres constituye el más claro ejemplo de persecución por el mero hecho de su condición, por su género y por su pertenencia a un determinado grupo social en el concepto de grupo social determinado. Existe una necesidad de abordar la protección de estas víctimas con una visión garantista para las mismas, pues la problemática de la trata con fines de explotación sexual representa una violación flagrante de los derechos humanos de sus víctimas.

29. Los distintos niveles para protección de la víctima que ha sido traficada nos lleva a preguntarnos si las instituciones españolas implicadas en dichos procesos y el legislador estatal han llegado al convencimiento que la víctima de la trata puede ser una persona necesitada de protección internacional o, por el contrario, si mediante su colaboración se puede dismantelar a los delincuentes pertenecientes a redes internacionales de trata, independientemente del atentado a los derechos humanos. La conclusión es clara, la existencia de un marco alternativo español para la protección de esclava de la trata ocasiona obstáculos a la hora de la concesión del asilo a la víctima que tenga temores fundados a ser perseguida. Esta dificultad sigue perviviendo gracias a los nexos existentes entre migración y asilo, junto a la incapacidad de identificar la persecución por violencia de género y la trata con fines de explotación sexual, lo que muestra las debilidades del sistema de protección español. Los diferentes mecanismos de protección legal para las personas víctimas de trata no garantizan la protección de las mismas, pues su eficacia, en ocasiones, es confusa, limitada e insuficiente. Probablemente, la mejor decisión para una víctima es verificar todas las expectativas de protección disponibles para aumentar sus posibilidades de recibir un amparo efectivo. Como hemos comprobado, las distintas opciones existentes y que, en ocasiones, se solicitan simultáneamente, ocasionan riesgos que hay que calibrar. Desde este estudio afirmamos que las normas relativas al asilo deben superponerse a las de extranjería. La presencia de vías alternativas para la protección de la víctima de trata desde el Derecho de extranjería no debe menoscabar la solicitud de asilo y la concesión del mismo. En particular, debemos seguir prestando especial atención a la posibi-

lidad de tramitar la solicitud de asilo en función de la situación de vulnerabilidad de la víctima (art. 21 de la Directiva 2013/33/UE) y de los derechos a proteger, y no necesariamente a cambio de cooperación con las autoridades competentes. Las autoridades administrativas y judiciales, por su parte, deben poner mayor énfasis en la necesidad de la víctima de trata que ha sufrido profundas violaciones de los derechos humanos y de sus libertades fundamentales.

30. El futuro podrá estar en la aprobación en España de una Ley Integral contra la Trata para perseguir eliminar estas prácticas y mejorar la identificación de las personas que la sufren, tal y como solicitan las organizaciones que trabajan sobre la materia. En lo inmediato, es necesario la coordinación y cooperación entre los sistemas de protección internacional y los recogidos en el marco extranjería, con un enfoque de género. Desde estas páginas, aplaudimos las resoluciones españolas que han otorgado el asilo a las víctimas de trata explotadas sexualmente, al ser una respuesta coherente con la situación de las mujeres que se han visto violentadas en sus derechos más inherentes a su persona y poseen temores fundados de ser perseguidas si regresan a sus países de origen. Y es que la explotación sexual de las mujeres y niñas constituye el más claro ejemplo de persecución por el mero hecho de su condición y por su género.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSITARIO FRENTE AL PORTEADOR CUANDO EL DESTINATARIO NO RETIRA LAS MERCANCÍAS*

THE FREIGHT FORWARDER LIABILITY TO THE NON-WITHDRAWAL OF THE GOODS BY THE CONSIGNEE

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

*Profesora Agregada de Derecho mercantil
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

Recibido: 25.05.2015 / Aceptado: 02.06.2015

Resumen: En el presente trabajo se estudia la responsabilidad del transitario frente al porteador cuando, llegada la carga a destino, el consignatario no la retira y el documento del transporte es el *Sea Waybill*. También se analiza cuándo se entiende producida la entrega de la mercancía y los plazos de caducidad y prescripción de las acciones de reclamación.

Palabras clave: Transitario, abandono, Sea Waybill, responsabilidad, entrega de la carga, prescripción.

Abstract: This paper analyzes the liability of the freight forwarder to the carrier when the goods that arrive to their destination are not collected by the consignee and the transport document is the sea waybill. It also analyzes when it is understood that the delivery of goods, the deadline expiration and the claim's prescription have occurred.

Key words: Freight forwarder, abandonment, Sea Waybill, responsibility, delivery of goods, prescription.

Sumario: I. Introducción. II. La figura del transitario marítimo. 1. Previo: el consignatario puede actuar en calidad de transitario. 2. Unas notas sobre la posición del transitario marítimo. 3. El transitario cargador. III. Caracterización del sea waybill (swb). 1. Utilidad de la carta de porte marítima y no aplicación de las reglas de La Haya-Visby. 2. La carta de porte en la Ley de Navegación Marítima. IV. Falta de recepción de las mercancías por el destinatario y cómputo del plazo de prescripción. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El régimen jurídico de la responsabilidad en materia de transporte marítimo de mercancías (fletamento)¹ se construye, al igual que ocurre con el resto de modalidades de transporte (terrestre y aéreo),

* Con mi agradecimiento al profesor Eduardo Valpuesta.

¹ El artículo 203 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (LNM) define este contrato del siguiente modo: “Por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino”. El artículo 204 regula el fletamento por tiempo y por viaje (cuando el transporte se refiera a toda o parte de la cabida del buque) y el artículo 205 prevé que el fletamento también pueda referirse al transporte de mercancías determinadas por su peso, medida o clase. En este caso, las condiciones del contrato pueden figurar en el conocimiento de embarque u otro documento similar. La LNM prevé la posibilidad de contratar el buque para una finalidad distinta a la del transporte de mercancías, pero reserva la denominación

éreo), en torno a la figura del porteador: su responsabilidad por la pérdida, avería o retraso en la entrega de las mercancías. La nueva Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (en adelante, LNM), regula con carácter imperativo la responsabilidad del porteador por la pérdida, los daños o el retraso en la entrega de la mercancía. No obstante, salvo dolo o culpa grave de éste, la póliza de fletamento puede prever un régimen distinto con efectos internos pero no frente a terceros (art. 277.1). En cualquier caso, el transporte, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador se regirán por el Convenio de Bruselas (Reglas de La Haya Visby) y, supletoriamente, por la LNM (art. 277.2). De otra parte, se prevé la futura adecuación de la Ley para cuando entren en vigor de las Reglas de Rotterdam (disposición final primera). Salvo en los casos de dolo o dolo eventual, de declaración del valor expresada en el conocimiento de embarque o de entrega de la mercancía a persona distinta del tenedor legítimo del conocimiento (art. 252.2), el porteador tiene derecho a limitar su responsabilidad por la pérdida o daño en la mercancía de acuerdo con los criterios de las Reglas de La Haya-Visby (art. 282). La responsabilidad por retraso se limita a una cifra equivalente a dos veces y medio el flete que resulte pagadero por la mercancía que se ha demorado sin que en ningún caso (excepto dolo o dolo eventual) pueda exceder del flete total del contrato de fletamento (art. 283). En todo caso, y salvo inspección conjunta realizada por los interesados, se presume entregada la mercancía en la forma descrita en el conocimiento de embarque si a su entrega en destino el destinatario, o el operador de manipulación actuando por cuenta de éste (art. 330.2), no realiza la correspondiente protesta al porteador o al consignatario (art. 322) dentro del día laborable siguiente a la entrega (en caso de daños aparentes, para los que se amplía el plazo previsto en las Reglas de La Haya-Visby), en los tres días laborables siguientes (daños no aparentes) o en los diez días laborables que sigan a la entrega (en caso de retraso) (art. 285). Las acciones nacidas del contrato de fletamento prescriben al año (art. 286); igual plazo se prevé para la acción de repetición del porteador contractual frente al porteador efectivo, a contar desde la fecha en que aquél hubiese abonado la indemnización (art. 278.4)².

2. No obstante, la práctica muestra que, en el ámbito del contrato de transporte y, en concreto, del fletamento, se plantean otros problemas para los que la normativa no ha previsto una solución del todo satisfactoria. Tal es el caso de la falta de retirada de la carga por parte del destinatario que, además, estaba obligado al pago del flete. A ello puede sumarse que el porteador ha utilizado para la ejecución del transporte sus propios contenedores³, y se ha expedido la carta de porte marítima o *Sea Waybill* en lugar del conocimiento de embarque. Ocurre, también, que es habitual que intervenga un transitario marítimo. Este puede hacer las veces de cargador en el contrato de transporte en el que la empresa compradora de la mercancía transportada es la destinataria.

3. En tal caso, aun habiendo llegado la mercancía al puerto de destino sin incidencias, la falta de retirada de la carga por el destinatario en el plazo otorgado para ello en el puerto de destino, puede dar lugar a que aquélla sea declarada en situación de abandono. Ello implicará, además, la retención del contenedor y la consiguiente imposibilidad de utilización del mismo por el porteador.

4. Es cuestión controvertida la de si el Convenio de Bruselas (Reglas de La Haya-Visby), resulta aplicable al contrato de transporte de mercancías en el que se expide una carta de porte marítima en

“contrato de fletamento” para ésta. El art. 210, para el caso de que se contrate la disponibilidad de un buque para fines distintos del transporte de mercancías, remite a las disposiciones reguladoras del fletamento que se refieren a la puesta a disposición y empleo del buque, así como al flete y su extinción anticipada, en tanto en cuanto sean compatibles con la finalidad del contrato celebrado.

² En materia de responsabilidad del porteador, *vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías*, (2ª ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 385 y ss. y bibliografía allí citada. En relación con la justificación de esta responsabilidad, *vid.* E. VALPUESTA GASTAMINZA – S. BADIOLA COCA, “El fundamento de la responsabilidad del porteador marítimo, y la carga de la prueba (derecho español, vigente y proyectado, e internacional)”, en *Estudios de derecho marítimo*, J.L. GARCÍA Y LASTRES (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 665-682.

³ En relación con el transporte con empleo de contenedores, *vid.* J. PULGAR EZQUERRA, “Especialidades del transporte de mercancías en contenedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 247, 2003, pp. 37-43. Un análisis del impacto que ha tenido el contenedor en el sistema jurídico de mercaderías por agua y de los problemas que plantea en relación con la aplicación de las Reglas de la Haya-Visby lo realiza ESTEBAN CHAMI, D. “Responsabilidad del transportador en el transporte en contenedores”, *Revista de derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 5, 2010, pp. 185-196.

lugar un conocimiento de embarque. Ello afecta, de manera especial, al régimen de responsabilidad del porteador (y, como veremos, también del cargador).

5. La Ley de navegación marítima, por lo que respecta a su ámbito de aplicación, incorpora la aplicación del Convenio de Bruselas al contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y lo hace de modo que parece excluir esa aplicación a cualquier otra modalidad de fletamento⁴. Así, el artículo 277.2 declara: “*Los contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esta ley*”, y el artículo 205 (“Fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque”), señala “*El fletamento también puede referirse al transporte de mercancías determinadas por su peso, medida o clase. En este caso, las condiciones del contrato podrán figurar en el conocimiento de embarque u otro documento similar*”.

6. En la situación anteriormente descrita son varias las preguntas que surgen:

- a) ¿Puede el porteador reclamar al transitario, además del flete, los gastos derivados de la falta de retirada por el destinatario del contenedor de la terminal portuaria de destino?
- b) ¿Puede el cargador oponerse a la reclamación si se ha insertado en el contrato de transporte la cláusula *Freight Collect*?
- c) ¿Puede el transitario alegar la prescripción de la acción de reclamación, de acuerdo con lo prevenido en el número 1 del artículo 286 de la Ley de Navegación Marítima? ¿Y la de caducidad prevista en las Reglas de la Haya Visby (art. 3.6)?

7. El objetivo del presente trabajo es, a partir del análisis jurídico de las diferentes instituciones de derecho marítimo imbricadas (la figura del transitario marítimo, la carta de porte marítimo, la obligación de recepción de la carga por el destinatario y la prescripción y caducidad de las acciones de reclamación), dar respuesta a las preguntas formuladas.

II. La figura del transitario marítimo

1. Previo: el consignatario puede actuar en calidad de transitario.

8. Al igual que el resto de empresarios, el naviero (y el armador⁵) necesitan de la colaboración de auxiliares dependientes e independientes, para el desarrollo de su actividad comercial. Dentro de los colaboradores independientes del naviero, se hallan, con régimen jurídico y tareas diferentes, el consignatario y el transitario.

9. La Ley de navegación marítima dedica, dentro del Título V (De los contratos auxiliares de la navegación), el Capítulo II, artículos 319 a 324, a la regulación del contrato de consignación de buques,

⁴ Serán los Tribunales españoles quienes hayan de pronunciarse sobre esta cuestión.

⁵ La Ley de Navegación Marítima (al igual que hacía el artículo 3 de la, por ella derogada, Ley de 22 de diciembre de 1949, de unificación de reglas en los conocimientos de embarque en buques mercantes, LTM) distingue entre naviero y armador. La Ley define al armador como persona que, siendo o no el propietario del buque, tiene su posesión y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad (art. 145.1). Y al naviero como persona que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedica a su explotación bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales, aunque tal explotación no constituya su actividad principal (art. 145.2, que reproduce el art. 10 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante -LPEMM-). Asimismo, obliga a inscribirse en el Registro Mercantil al armador que dedique el buque a la navegación con fines empresariales (art. 146). Señalaba F. SÁNCHEZ CALERO, vigente la LTM, que “esta distinción ha complicado aún más de forma innecesaria una cuestión que dista de estar clara”, *op. cit.*, pp. 163 y 164, con cita de I. ARROYO, I., (“la distinción terminológica acuñada entre nosotros entre naviero y armador es fuente de conflictos en más de una ocasión”, “Reflexiones sobre la reforma del Código de la navegación”, *ADM*, 6, 1988, pp. 46).

pero nada establece a propósito de la figura del transitario marítimo, cuyas funciones da por supuestas al prever la posibilidad de que el consignatario actúe como transitario. Ahora bien, la escueta regulación del contrato de consignación que, además, tiene carácter dispositivo, y la omisión del transitario, quedan suplidas por la tipicidad social de la que gozan estos contratos. En la práctica, ambos se desarrollan a través de contratos-tipo (estandarizados) que regulan los derechos y obligaciones de las partes⁶.

10. La Ley 14/2014 define al consignatario (no el contrato de consignación) como la persona que, actuando por cuenta del armador, lleva a cabo aquellas actuaciones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto (art. 319)⁷. Tratándose de buques extranjeros en puertos españoles, su consignación se declara obligatoria (art. 10.2).

11. En el artículo 320 establece la aplicación a las *relaciones internas* entre el consignatario y el armador o naviero del régimen jurídico del contrato de comisión mercantil, cuando se trate de una consignación ocasional, y el del contrato de agencia, cuando se trate de consignaciones continuadas o estables, pudiéndose pactar, en este último caso, la exclusividad⁸. Y en los artículos 321 y 322 contempla su régimen de responsabilidad. Así, de un lado, la Ley 14/2014 le faculta para firmar *por cuenta del armador o naviero* los conocimientos de embarque de las mercancías cargadas en el buque, en cuyo caso debe hacer constar el nombre y dirección de aquel. De no hacerlo, responderá del transporte solidariamente con el armador/naviero. Igual regla se aplica en caso de firma de los conocimientos por cuenta del porteador fletador. Ello, sin perjuicio de su derecho a reclamar frente a ellos (art. 278.4).

12. Y, de otro lado, se le exime de responsabilidad frente a los destinatarios del transporte por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega⁹. El consignatario responde únicamente frente al armador o naviero por los daños causados por su culpa.

13. Ahora bien, y por lo que aquí interesa, la propia Ley de navegación marítima, establece en el artículo 324 una excepción a la anterior regla para el caso de que, *además de la consignación, se lleven a cabo actuaciones como transitario o de otra naturaleza*. En tal supuesto, a las obligaciones previstas para el consignatario se añaden las propias de las *prestaciones complementarias concretamente asumidas*¹⁰.

14. Esta delimitación de la responsabilidad del consignatario, en función de las tareas que asume, permite solventar los problemas que planteaba la disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de determinar la responsabilidad de aquél, y consagra legalmente la demanda de la doctrina científica que tan duramente criticaba la postura adoptada del Tribunal Supremo que la equiparaba a la del porteador.

⁶ Comentando el Proyecto de 2012, señala J. M^a. ALCÁNTARA, a propósito de los «Contratos Auxiliares» (arts. 294 a 318) que se trata “de una esfera normalmente regulada por contratos-tipo y de derecho dispositivo, a los que raramente se aplicará la nueva ley. Su lejanía de la realidad mercantil (sobre los contratos de estiba y almacenaje en terminales portuarias, de expedición y reexpedición de mercancías, de agencia marítima, etc.) es notoria, ignorándose la figura del Transitario. Sus regímenes de solidaridad, concurrencia de culpas, confusiones entre responsabilidad objetiva presunta y régimen de las Reglas de La Haya-Visby, acción directa y culpa extracontractual, todas son novedades de poco reflejo práctico que harán poco atractivas las nuevas normas en el ámbito portuario”, “Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima (I y II)”, en *La Ley*, nº 8157, 26 de Septiembre de 2013, p. 8.

⁷ La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), en su artículo 73.1 lo define de manera diferente al establecer: “A los efectos de esta Ley, se considera agente consignatario de un buque a la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque”.

⁸ Referido al Proyecto de 2006, J. M^a. ALCÁNTARA, “El proyecto de Ley General de la Navegación Marítima: Alicia a través del Espejo”, *La Ley* nº 6768 de 1 de agosto de 2007, considera que una remisión a las normas del contrato de comisión o agencia, puede dejar al consignatario en la misma situación de asunción de responsabilidad que venía criticando la doctrina.

⁹ No obstante, tal y como señala el propio art. 322 LNM el consignatario habrá de recibir las reclamaciones y reservas por pérdida o daños a las mercancías (debe entenderse incluido también el retraso aunque no lo mencione el precepto (art. 285 LNM) que le dirija el destinatario del transporte, comprometiéndose a comunicarlas de modo inmediato al armador o naviero. Las reclamaciones y reservas comunicadas al consignatario surtirán los mismos efectos que las realizadas al armador o naviero.

¹⁰ Igual criterio se sigue cuando el consignatario del buque realiza tareas de manipulación portuaria de mercancías, aplicándosele, en tal caso, las normas propias de esta actividad (art. 323 LNM).

15. El comienzo de la disparidad tiene su origen en la sentencia de 3 de julio de 1998 dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. En dicha sentencia declara conocer y haber seguido en sus anteriores pronunciamientos la doctrina legal reiterada por el Tribunal Supremo de establecer la responsabilidad del consignatario del buque, solidaria con la del porteador, por los daños sufridos en las mercancías durante su transporte, si bien, el criterio de interpretación sociológico, que obliga a tener en cuenta en la aplicación de las normas la realidad social del tiempo en que las mismas han de ser aplicadas, le lleva a “excluir la mencionada equiparación y calificar, correctamente, el vínculo entre el consignatario y el naviero como propio de los contratos de comisión o de agencia, según que la relación fuera esporádica o permanente”. Con ello excluyó la responsabilidad del consignatario por los actos del porteador, salvo en el supuesto de que aquél hubiera contratado el transporte en nombre propio, remitiéndose a las reglas generales sobre la llamada representación indirecta prevista en los artículos 246 y 247 del Código de Comercio.

16. A partir de aquí, algunas Audiencias Provinciales siguieron aplicando la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, equiparando las figuras de consignatario y naviero a efectos de responsabilidad por los daños sufridos en las mercancías durante su transporte, mientras que otras acogieron el criterio de la Audiencia de Barcelona -reiterado en sentencias posteriores-, excluyendo de responsabilidad al consignatario.

17. La diferencia de criterios alcanzó al propio Tribunal Supremo que, en un plazo de ocho meses excluyó y afirmó sucesivamente la responsabilidad del consignatario por los daños en las mercancías porteadas. Así, la sentencia de 22 de marzo de 2006 excluyó, por vez primera, la responsabilidad del consignatario por tales daños y manifestó que la separación de su anterior jurisprudencia era consciente, tenía voluntad de permanencia, y respondía al designio de iniciar una nueva línea jurisprudencial¹¹. Y, posteriormente, la sentencia de 20 de diciembre de 2006, retomó la doctrina seguida hasta la anterior sentencia a la hora de resolver “si cabe atribuir responsabilidad civil a un consignatario, en concepto de representante del porteador, por el daño sufrido por la mercancía durante un transporte marítimo sujeto a la normativa de las Reglas de La Haya-Visby y Ley de Transporte Marítimo de 1949”.

18. Finalmente, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo se constituyó en Pleno para “adoptar una decisión con el designio de unificar definitivamente el criterio jurisprudencial en la materia”, y dictó la sentencia de 26 de noviembre de 2007, en la que declara:

“A efectos de unificación jurisprudencial, se fija como doctrina que la responsabilidad atribuida al representante del porteador que actúa en nombre de éste, según resulta de los arts. 586 C.Co. y 3 LTM, es aplicable al consignatario, en cuanto representante de aquél, en relación con la mercancía transportada. Es una responsabilidad legal y directa que legitima al titular de la mercancía dañada, con independencia de la relación interna entre representante y representado, y de su carácter ocasional o permanente”¹².

¹¹ Vid. los comentarios a esta sentencia en I. ARROYO MARTÍNEZ, “La responsabilidad del consignatario por daños a la mercancía. Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2006”, *ADM*, nº 25, 2008, págs. 299-321, y B. GARCÍA ÁLVAREZ, “La responsabilidad del consignatario (a propósito de la STS de 22 de marzo de 2006)”, en *La Ley*, nº 2, 2007, pp. 1750-1757.

¹² La sentencia realiza un recorrido por la jurisprudencia dictada en la materia y, en relación con la sentencia de 20 de marzo del 2006, señala que la misma no supone un cambio de doctrina jurisprudencial, sino una opción por un determinado criterio interpretativo, y recuerda que una sola sentencia no constituye jurisprudencia. Comentarios de la misma pueden verse, entre otros, en A. B. CAMPUZANO LAGUILLO, “La responsabilidad del consignatario frente a terceros en el contrato de transporte marítimo: comentario a la STS de 26 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 27]”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 22, 2009, pp. 341-353; J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Marchemos todos juntos, y yo el primero, por la senda de la equivocación: consideraciones en torno a la responsabilidad del consignatario según la STS (Sala 1) de 26 de noviembre de 2007”, *ADM*, Nº. 25, 2008, pp. 353-393; M. C. HILL PRADOS, “Regreso al pasado: la empresa consignataria de buques y el “eterno problema” de su responsabilidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 82, 2009, pp. 82 y ss.; J. L. DEL MORAL BARILARI, “La responsabilidad del consignatario a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007”, *ADM*, nº. 25, 2008, pp. 335-352; L. J. PORFIRIO CARPIO, “Transporte marítimo: Daños en la mercancía. Responsabilidad del consignatario: STS (Sala 1.^a) de 26 de noviembre de 2007 (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos)”, *Derecho de los negocios*, nº 218, 2008, pp. 82-85; A. J. RECALDE CASTELLS, “Los consignatarios de buques responden del incumplimiento del contrato de transporte marítimo: sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008 (2005-2007), pp. 557-607.

19. De acuerdo con lo establecido en esta sentencia, el titular de la carga perdida o dañada durante el transporte está legitimado para dirigir su reclamación contra el consignatario del buque en el puerto, con independencia de que el vínculo que éste guarde con el naviero porteador tenga carácter permanente u ocasional¹³.

20. Como se observa, la Ley de Navegación Marítima supone la ruptura con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y la alineación con la de la Sección 15.^a de la Audiencia de Barcelona. De este modo, el consignatario será responsable de la pérdida y avería en la carga y de los retrasos en su entrega, únicamente en la medida en que asuma las funciones de transitario¹⁴. En tal caso, sus obligaciones se extienden a las propias del transitario (artículo 324), y una de ellas es la de asumir la responsabilidad que le es propia.

2. Unas notas sobre la posición del transitario marítimo

21. Sentado el presupuesto de la posible actuación del consignatario en calidad de transitario, y ante la referida falta de regulación legal, procede, realizar unas someras observaciones a propósito del régimen jurídico de responsabilidad al que está sujeto.

22. Los estudios doctrinales sobre la figura del transitario¹⁵, hacen notar la confusión existente a propósito de la misma¹⁶ y ponen de relieve discrepancias en relación con el régimen de responsabilidad al que queda sujeto¹⁷, en especial, en lo relativo a su equiparación al porteador contractual.

¹³ Señala A. M. SÁNCHEZ-HORNEROS, que: “La Sentencia no ha dejado indiferente a ninguno de los agentes intervinientes en el comercio marítimo. Ha sido celebrada por un amplio sector del mercado, beneficiado por la seguridad jurídica que la misma ha introducido en el marco del transporte marítimo de mercancías. Obviamente, ha sido también objeto de las críticas, previsibles, de las Asociaciones de Consignatarios y del mismo sector de la doctrina científica que ya venía manifestándose años atrás en contra del sentido de tal equiparación”, en “La responsabilidad del consignatario del buque por los daños soportados por las mercancías durante su transporte. El fin de una polémica jurisdiccional”, *Lex nova: La revista*, nº 51, 2008, p. 27.

¹⁴ Referido al Proyecto de Ley, señala M. C. HILL PRADOS que, de hecho, esta es la postura que mantenía la Audiencia de Barcelona, Sección 15, cuando, a efectos de clarificar la actuación del consignatario, se recurre al examen de sus Estatutos Sociales para deducir su objeto social. La sentencia de 4 de marzo del 2008 contempla un supuesto de transporte multimodal internacional. La mercancía se entrega dañada y el propietario de la mercancía y su asegurador demandan al consignatario. El consignatario alega falta de legitimación pasiva, al no ser el porteador efectivo sino agente de aquél. *Op. cit.*, pp.107-124.

¹⁵ *Vid.*, entre otros, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho español. Un recordatorio”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 55, nº 2, 2007, pp. 157-183. Para este autor, la regulación en Derecho español de la actividad del transitario es deficiente, tanto por no existir una regulación del contrato que une al transitario con su cliente, como porque los dos artículos que habitualmente se aplican a esta figura (artículos 275 y 379 Ccom) tienen escasa eficacia a este respecto. El primero por estar referido a un comisionista que no es de transporte; y el segundo por ser de aplicación general a la moderna figura del “porteador contractual”. Este autor considera que España debería contar con un sistema similar al de otros países europeos que consideran que el agente de transportes y/o el transitario son intermediarios que, según como actúen, deberían ser considerados o porteadores contractuales o meros comisionistas (de transporte), para ello explica la evolución histórica de la regulación de la figura desde el CCom 1829, para poner de manifiesto que esta interpretación es posible; A. EMPARANZA SOBEJANO, “Sentencia de 26 de mayo de 2011. Responsabilidad de la empresa transitaria por daños en las mercancías transportadas en contenedores”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 89, 2012, pp. 97-114; C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Responsabilidad del transitario en un transporte puerta a puerta: comentario a la STS de 26 de mayo de 2011”, *ADM*, Nº. 30, 2013, pp. 295-309; J. M^a. RUIZ SOROA, “Todavía a vueltas con el régimen de responsabilidad de los transitarios y consignatarios”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº. 4, 2010, pp. 274-284; H. J. SARAIVA, “El “transitario” u organizador del transporte”, *Revista general de derecho*, Nº 560, 1991, págs. 4045-4053; I. ZURUTUZA ARIGITA, “La responsabilidad del transitario como porteador contractual por los daños causados a la mercancía en un supuesto de transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 16 de septiembre de 2014)”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº. 14, 2014, pp. 238-246.

¹⁶ El suprimido artículo 126 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres definía a los transitarios como *organizadores e intermediarios de transporte internacionales y en todo caso de aquéllos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero*. (También el art. 167 ROTT). Dicho artículo fue suprimido por el apartado setenta y dos del artículo primero de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

¹⁷ F. SÁNCHEZ CALERO señala que tanto de lo que resulta de las normas reglamentarias como de la propia jurisprudencia, los transitarios pueden cumplir una variedad de funciones y su responsabilidad habrá de juzgarse conforme a aquellas que haya contratado con su cliente, *op. cit.* p. 384.

23. Lo cierto es que la tendencia de la legislación y de la jurisprudencia actuales en materia de responsabilidad del transitario es equiparar la figura del transitario a la de porteador contractual. Así, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, en su Preámbulo, se refiere “a la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedien en el transporte”. De ello, parece desprenderse dos consecuencias jurídicas: que los transitarios y las agencias de transporte son figuras jurídicas distintas¹⁸, y que, en ambos casos, son intermediarios esto es, actúan por cuenta de un principal. Ahora bien, en el propio Preámbulo se consagra expresamente, “en líneas generales, la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, en última instancia, también en el artículo 379 del Código de Comercio), que obligaba a tales intermediarios a contratar el transporte siempre en nombre propio y a asumir la posición del porteador”¹⁹.

24. Esta tendencia ha venido a corroborarse con la Ley de Navegación Marítima, que, como se ha señalado, se refiere al transitario únicamente para atribuir mayor responsabilidad al consignatario cuando realice funciones de aquél. En consecuencia con ello, el artículo 278 (Porteador contractual y porteador efectivo) en sus números 1 y 2 establece:

La responsabilidad establecida en esta sección alcanza solidariamente tanto a quien se compromete a realizar el transporte como a quien lo realiza efectivamente con sus propios medios.

*En el primer caso estarán comprendidos los comisionistas de transportes, **transitarios** y demás personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros. También estarán comprendidos los fletadores de un buque que contraten en la forma prevista en el artículo 207.*

25. Ahora bien, el número 4 de ese mismo artículo faculta al porteador contractual para repetir contra el porteador efectivo las indemnizaciones satisfechas en virtud de la responsabilidad que para él se establece en este artículo. Y sujeta la acción de repetición del porteador contractual contra el porteador efectivo a un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento de abono de la indemnización.

26. En la línea apuntada, el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de septiembre de 2013 ha señalado a este respecto lo siguiente:

El transitario asumió, (por cuenta de X), la función de organizadora y coordinadora de transportes internacionales de mercancías, encargándose no sólo de recibir la carga como consignataria y de realizar las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas complementarias, sino también de contratar en nombre propio el transporte marítimo. Establecía el artículo 126, apartado 1, letra a), de la Ley 16/1987, que, al contratar el transporte, la transitaria pasa a ocupar frente a la demandada la posición de porteadora -sentencia 348/2011, de 26 de mayo-, no sólo a efectos de sus obligaciones y responsabilidades, sino también en cuanto a sus derechos -como también disponía el artículo 379 del Código de Comercio-. Por ello, aplicó correctamente el Tribunal de apelación el artículo 951 a la acción de reclamación de fletes y gastos inherentes al transporte organizado por la demandante, que, por virtud de lo expuesto, no era comisionista, sino porteadora contractual”.

¹⁸ A la confusión de ambas figuras por la doctrina y la jurisprudencia se refiere S. SOLERNOU SANZ, “Algunas notas sobre el régimen jurídico de las agencias de transporte y de los transitarios”, *I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, vol. 2, pp. 1744-1745. Esta autora señala que es más fácil saber cuándo estamos en presencia de una agencia de transporte o transitario y qué consecuencias implica desde un punto de vista administrativo, que reconocer el tipo de relación jurídica por aquéllos con el cargador y con el porteador efectivo, es decir, qué tipo de intermediario es desde el punto de vista mercantil.

¹⁹ En esta línea, el artículo 5.2 de la Ley dispone: “Los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, sólo podrán contratarlos en nombre propio”.

27. En cualquier caso, si el transitario actúa en nombre propio y es considerado porteador contractual, la aplicación del régimen de responsabilidad de éste, ha de entenderse que conlleva la del beneficio de limitación de la misma previsto en la Ley.

3. El transitario cargador

28. En relación con el supuesto objeto del presente trabajo, debe señalarse que también puede corresponder al transitario marítimo asumir la posición de cargador. Constituye esto una muestra de las distintas tareas que puede realizar el transitario y, también, de la responsabilidad a la que queda sujeto al asumir las mismas.

29. En tal caso, si actúa en su propio nombre en calidad de cargador, asume los derechos y obligaciones derivados de contrato de transporte. Entre estas obligaciones se halla la del abono al porteador del flete y de los daños y perjuicios causados por la falta de retirada de la carga, importe éste último que se computa por días y que en la actualidad suele figurar publicado en la página web del porteador, remitiéndose a ella la carta de porte marítima.

30. Ningún impedimento de las obligaciones del cargador representa la cláusula *Ex Works* que haya podido utilizarse en la compraventa previa al transporte. En virtud de dicha cláusula resulta como única obligación del vendedor la de poner la mercancía objeto de contrato a disposición del comprador en la fábrica (la carga de las mercancías incumbe al comprador, así como los gastos y el riesgo del transporte de las mismas, desde la fábrica hasta el lugar de destino). Ello por cuanto que la posición de cargador deriva del contrato de transporte de mercancías y conforme al régimen jurídico del mismo deben resolverse las controversias cuestiones relativas a este contrato²⁰.

31. Tampoco la cláusula *Freight Collect*, propia del contrato de transporte, supone un obstáculo para la exigencia de sus obligaciones al transitario-cargador. Esta cláusula inserta en el contrato significa que la mercancía viaja “a portes debidos” con lo que se traslada al destinatario la obligación de pagar el flete. No obstante, cuando éste no reciba la carga, la obligación de abono recae sobre el cargador, máxime cuando el *Sea waybill* no tiene la condición de título de tradición o representativo de las mercancías²¹. Así resulta del artículo 235 de la Ley de Navegación Marítima que establece:

1. *El fletador está obligado a pagar el flete en las condiciones pactadas.*

2. *No obstante, podrá pactarse que el flete sea pagadero por el destinatario de las mercancías haciéndolo constar así en el conocimiento de embarque o en la carta de porte. En este caso, el destinatario estará obligado a pagar el flete si acepta o retira aquéllas en destino. Si el destinatario rehúsa o no retira las mercancías deberá abonar el flete el contratante del transporte. Este deberá también abonar la parte del flete que el porteador no hubiera percibido del destinatario a pesar de haber ejercitado los derechos de retención o depósito que le otorga el artículo 237.*

32. Y del artículo 241.2 de la Ley que establece:

El fletador abonará la cantidad fijada en el contrato por el tiempo de demora producido. Si su importe no se hubiera pactado, deberá pagarse una cantidad igual a la que se hubiera fijado atendiendo a los usos del tráfico para buques de características semejantes con un cargamento y viaje similares.

²⁰ En este sentido, SAP Barcelona (Sección 15ª) de 15 de abril de 2015.

²¹ En este sentido, SAP Barcelona (Sección 15ª) de 15 de abril de 2015.

III. La carta de porte marítima o *sea waybill* (swb)

1. Utilidad de la carta de porte marítima y no aplicación de las Reglas de la Haya-Visby.

33. En el ámbito del comercio marítimo internacional se utiliza la modalidad de carta de porte marítima o *Sea Waybill* (SWB) cuando se prevé que la mercancía transportada no se venderá durante el trayecto. El *Sea Waybill* no puede incluirse dentro de la categoría de documentos similares al conocimiento de embarque²² y, a diferencia de éste, carece de las propiedades que caracterizan a los títulos valores, por no estar destinado a la circulación. No obstante, constituye un medio de prueba del contrato de transporte marítimo celebrado y de las condiciones del mismo.

34. Como es sabido, el conocimiento de embarque²³ ostenta la categoría de título valor y cumple una triple finalidad que no son todas predicables de la carta de porte marítima: a) es el documento probatorio del contrato de transporte, al que se incorporan las condiciones del transporte, y que reviste caracteres propios de los contratos de adhesión; b) es el documento probatorio de la entrega de la carga y de la condición y cantidad de las mercancías recibidas por el porteador; y c) es el título representativo de las mercancías, lo que significa que incorpora el derecho a reclamar la mercancía en destino y a disponer de ella durante el viaje, con la doble condición de título de crédito frente al porteador y de título de tradición cuya entrega sustituye a la de las cosas que representa.

35. Esta última caracterización del conocimiento de embarque (o documento similar) hace que su emisión se justifique, especialmente, cuando se trate de mercancías dirigidas a cambiar de titular esto es, cuando se prevé su circulación, y lo separa de la carta de porte marítima o *Sea Waybill*.

36. La carta de porte marítima debe emitirse como documento no negociable, no es necesaria su presentación por el destinatario para la recepción de las mercancías (basta que sea la persona designada en ella de acuerdo con lo establecido en el contrato de transporte) y el derecho de disposición se otorga al cargador bajo determinadas condiciones²⁴.

37. Por ello, cuando, por las circunstancias del transporte, y en especial, cuando se emplea contenedores, y siempre que no se requiera un título representativo de las mercancías para disponer, lo habitual es recurrir al *Sea Waybill*.

38. En este contexto, debe recordarse que el presupuesto de aplicación del Convenio de Bruselas de 1924 (Reglas de La Haya-Visby; artículos 1.b y 10) es que se trate de un transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque²⁵. Las Reglas se dictaron con el objeto de unificar algunas

²² Vid. F. SÁNCHEZ CALERO que señala que la difusión que ha tenido este documento es una manifestación de la crisis del conocimiento de embarque motivada, entre otras causas, por el cambio de circunstancias en que se celebra el transporte marítimo y, muestra, también, el acercamiento del contrato de transporte marítimo al realizado por otros medios, como el aéreo y el terrestre. *Op. cit.*, pág. 221.

²³ Para un estudio pormenorizado del conocimiento de embarque véase J. A. RECALDE CASTELLS, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Civitas, Madrid (1992). Más recientemente véase F. SÁNCHEZ CALERO en el Capítulo VI (págs. 233- 294), de la obra citada; y A. MOLINS FERNÁNDEZ, *El conocimiento de embarque*, Comares, Granada (2000).

²⁴ Indica F. SÁNCHEZ CALERO que la Regla 6ª de las Reglas Uniformes para las “Sea Waybill” de 1990 del Comité Maritime International (CMI) establece como natural punto de partida para que el cargador, como parte contratante con el porteador, tenga el derecho de control y esté legitimado para cambiar el nombre del destinatario, que tal derecho se ejercite antes del momento en que éste reclame la entrega de la mercancía en el lugar de destino. Y que, conforme a esa estipulación el cargador puede optar por ejercitar dicho derecho no más tarde de la recepción de las mercancías por el porteador, o transferir el derecho de control al destinatario. Este autor hace notar que esta norma no se ha considerado satisfactoria para los intereses en juego, tanto desde la perspectiva de quienes financian la operación de compra de las mercancías, como de quienes participan en ella. De ahí que se considere que el llamado “derecho de control” es dispositivo y puede ser eliminado del contrato de transporte por voluntad de las partes, *op. cit.*, pp. 225 y 226.

²⁵ F. SÁNCHEZ CALERO señala que la redacción del art. 10 del Convenio de Bruselas, que presupone para su aplicación la emisión de un conocimiento de embarque, ha hecho decir a parte de la doctrina que las Reglas de la Haya-Visby no son aplicables cuando en el transporte internacional de mercancías se emite la carta de porte marítima. No obstante, considera que

normas sobre éste. La doctrina científica ha considerado, consecuentemente, inaplicable el Convenio de Bruselas (Reglas de La Haya-Visby) al transporte de mercancías con expedición de carta de porte marítima. Ello por no constituir ésta un documento “similar” al conocimiento de embarque²⁶.

39. Constituyendo el *Sea Waybill* un documento probatorio del contrato de transporte y de la recepción de las mercancías por el porteador, no representa ni permite negociar con las mercancías. Además, el ejercicio del derecho a reclamar la entrega de la mercancía por parte del destinatario, a diferencia de lo que ocurre con el conocimiento de embarque, no precisa de la contra-entrega de dicho documento al porteador, bastando con que el destinatario sea la persona designada en el mismo. Con ello, las mercancías se entregan a la persona nominativamente designada en el documento, sin necesidad de presentar ningún otro título que justifique el derecho.

40. Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de marzo de 1997, señalando que la carta de porte marítima o *sea waybill* “carece de las propiedades que definen los títulos valores y se emiten cuando no se prevé la transmisión de las mercancías y, en consecuencia, no están destinados a la circulación”, tras señalar que estos documentos “acreditan la obligación del porteador frente al destinatario, pero éste no necesita presentar el documento para reclamar la entrega de la mercancía por lo que es suficiente que se identifique como el sujeto inicialmente designado como beneficiario del derecho a la entrega”²⁷.

41. Por todo lo anterior, cuando el propio *Sea Waybill* prevea que la reclamación, en caso de que la realice el porteador, pueda efectuarse en el lugar en que el comerciante tenga su lugar de negocios²⁸, si éste radica en España, resultará aplicable la normativa española y, por ello, la Ley de Navegación Marítima²⁹.

2. La carta de porte en la Ley de Navegación Marítima.

42. La actual regulación de las cartas de porte marítimo se halla contenida en los artículos 268 a 271 de la Ley de Navegación Marítima. La caracterización, que de las mismas realiza esta norma, no deja lugar a dudas acerca de su alejada naturaleza respecto del conocimiento de embarque, al privarle expresamente de su condición de título de tradición, y coincide la que venía realizando doctrina y jurisprudencia. Así, la misma establece:

la inclusión en las cartas de transporte marítimo de la cláusula “Paramount” (de selección del derecho aplicable) permite aplicar las Reglas de la Haya-Visby en las condiciones que en ella se establezcan, *op. cit.*, pp. 22, 79 y ss. y 223. En este sentido, también J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las Cláusulas Paramount: Autonomía de la Voluntad y Selección del Derecho Aplicable en el Transporte Marítimo*, Eurolex, Madrid (1997), pp. 131 y ss. Consideramos, no obstante, que al quedar excluido del Convenio de Bruselas el transporte de mercancías con emisión de *Sea Waybill*, la incorporación de la cláusula *Paramount* no es sino un pacto que no permite eludir la Ley interna que resulte aplicable a falta de elección por las partes del contrato de transporte. En Derecho español, esa norma sería la Ley de Navegación Marítima, que como hemos visto, excluye la aplicación del Convenio de Bruselas a los contratos que no se documenten mediante conocimiento de embarque o documento similar. Sobre el juego de la autonomía de la voluntad en el derecho uniforme del transporte marítimo véase E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Comares, Granada, 1999.

²⁶ En este sentido se han pronunciado la STS de 3 de marzo de 1997 y las SsAP de Barcelona de 15 de abril de 2015, y 15 de mayo de 2007 (esta última en relación con la aplicación de la Ley de Transporte Marítimo de 1949).

²⁷ El Tribunal Supremo confirmó la exclusión de la Ley de Transporte Marítimo de 1949 y la aplicación a dicho transporte del ordenamiento de los Estados Unidos, por virtud de la cláusula de sumisión a ese Derecho contenida en la carta de porte marítimo, de conformidad con el art. 10.5 del Código civil.

²⁸ Un estudio de las cuestiones que plantea la Ley aplicable al transporte internacional de mercancías puede verse en R. ESPINOSA CALABUIG, *El Contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada (1999).

²⁹ La entrada en vigor de la LNM ha supuesto la derogación, entre otras normas, de la obsoleta regulación que del comercio marítimo se contenía en el libro III del Código de Comercio, así como la de otras viejas leyes, como la Ley de Hipoteca Naval de 1893 (disposición derogatoria única). La LNM viene a regular las principales instituciones del Derecho marítimo, si bien, no establece una regulación completa de las mismas, que se regulan también por otras normas. La propia LNM prevé la elaboración, en el plazo de tres años, de un Código de la Navegación Marítima en el que se refundan el texto de la LNM y otras normas de Derecho marítimo (disposición final novena).

1. Los documentos del transporte no negociables y, en particular, las cartas de porte marítimo que se emitan con ocasión de un transporte marítimo no son títulos-valores.

2. La transmisión de estos documentos no atribuye al adquirente un mejor derecho sobre las mercancías que el que correspondía al tenedor (art. 268 LNM).

La carta de porte marítimo deberá contener las menciones establecidas para el conocimiento de embarque, así como una indicación expresa de su carácter no negociable (art. 269 LNM).

A las cartas de porte marítimo se aplicarán las normas sobre la fuerza probatoria del conocimiento de embarque y sobre la posibilidad de insertar reservas (art. 270 LNM).

Cuando el porteador entregue una carta de porte marítimo con designación del destinatario, este tendrá derecho a la entrega de las mercancías en destino sin necesidad de presentar el documento (art. 271 LNM).

43. Esta regulación, en línea con el Convenio de Bruselas, parece no querer aplicar al contrato de transporte de mercancías con expedición de *Sea Waybill*, las Reglas de La Haya-Visby.

IV. Falta de recepción de las mercancías por el destinatario y cómputo del plazo de prescripción.

44. Es frecuente que el cargador, no habiendo recibido las mercancías el destinatario, y cuando el porteador reclama el abono del flete (y los gastos), alegue la prescripción de la acción por el transcurso de un año desde la llegada a destino de las mercancías. La Ley de Navegación Marítima establece en el número 1 de su artículo 286 el plazo de prescripción³⁰ de un año para las acciones nacidas del contrato de fletamento.

45. Ahora bien, como apunta la doctrina científica, la entrega de la mercancía al destinatario, no es un acto unilateral del porteador, sino que presupone la puesta a disposición por el porteador y la recepción de dicha mercancía por parte del destinatario³¹. De ahí que, cuando el destinatario no reciba la mercancía, no pueda entenderse cumplida dicha obligación, de cara a computar el plazo de prescripción, con la puesta a disposición de la mercancía por parte del porteador, quien habrá de comunicar al cargador la situación en la que se hallan las mercancías.

46. Así lo ha entendido, también, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) en su sentencia de 6 de febrero de 2013 (a la que se remite la sentencia de 15 de abril de 2015) al señalar:

En las presentes actuaciones, la mercancía nunca se llegó a entregar a la demandada lo que obligó a las actoras a sufragar los gastos que suponían su custodia en el puerto de arribada así como los de su posterior destrucción. De ahí que, no existiendo la entrega, a la que hace referencia el citado precepto, en realidad, el plazo no empezó a correr. Tiene sentido que la prescripción empiece a computarse cuando la mercancía ya ha sido entregada pues a partir de ese momento ya no se generan al transportista más gastos de guarda, custodia y conservación de la mercancía. Con la destrucción de la mercancía ocurre lo mismo que con su entrega. Diversamente, la descarga de la mercancía en el puerto de arribada no equivale a la entrega efectiva, como afirma X, ya que el porteador continúa obligado a la custodia de la mercancía objeto del transporte por lo que no puede entenderse que la descarga sea un concepto análogo al de entrega de la mercancía, a los efectos del art. 951 CCo.

³⁰ La Ley establece expresamente que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, como se venía sosteniendo por parte de la doctrina y la jurisprudencia vigente la Ley de Transporte Marítimo. *Vid.* al respecto F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 525 y ss. Comentando la STS de 26 de mayo de 2011, B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, “La caducidad del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario en el contrato de transporte marítimo de mercancías”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 88, nº 729, 2012, pp. 558-581.

³¹ F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

47. Ahora bien, si el porteador hace conocer al cargador la situación en la que se encuentran las mercancías, y se produce la posterior declaración de abandono y destrucción por la autoridad portuaria de destino, ha de entenderse cumplida la obligación de diligencia que le incumbe, sin que, por tanto pueda perjudicarlo, a efectos de cómputo del plazo de prescripción la falta de recepción de las mercancías. De ahí que el *dies a quo* haya de computarse a partir del día en que pudo hacerse la reclamación judicial.

48. Tampoco, y por lo mismo, resulta aplicable el plazo de caducidad de la acción, prevista en el artículo 3.6 del Convenio de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby), que prevé el plazo de un año para ejercitar las acciones relacionadas con el conocimiento de embarque, máxime cuando, como hemos señalado, dicho Convenio no resulta aplicable al transporte marítimo de mercancías con expedición de *Sea Waybill*.

V. A modo de conclusión

49. Como conclusiones del presente trabajo, y de cara a responder las preguntas que han servido de punto de partida del mismo, cabe señalar lo siguiente:

1. El Convenio de Bruselas (Reglas de la Haya-Bisvy), previsto para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, no resulta aplicable al transporte en el que se ha expedido una carta de porte marítima o *Sea Waybill*. Esta tesis viene corroborada por la jurisprudencia reciente en la materia y parece confirmada por la Ley de Navegación Marítima, dentro de su ámbito de aplicación (transporte nacional e internacional).
2. La Ley de Navegación Marítima, no regula la figura del transitario. Se limita a prever la posibilidad de que el consignatario actúe como tal y le equipara al porteador contractual, corroborando la tendencia legislativa y jurisprudencial. Las labores que éste realiza son variadas y, entre ellas puede estar la de expedir la mercancía, actuando como cargador. En tal caso, cuando actúa en nombre propio, asume los derechos y obligaciones propios del contrato de transporte, entre las que se encuentra el pago del flete y de los gastos y daños ocasionados al porteador en caso de falta de recepción de las mercancías por el destinatario. Y, ello aunque la mercancía viaje a portes debidos.
3. La entrega de la mercancía es un acto bilateral. El porteador cumple su obligación con la puesta a disposición, pero la recepción de la misma por el destinatario es necesaria para entender que la entrega se ha producido a efectos del cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción.

THE ITALIAN REGIME OF RECOGNITION OF INTERCOUNTRY ADOPTIONS OF CHILDREN IN LIGHT OF THE ECHR: WHAT ABOUT SINGLES?

IL SISTEMA ITALIANO DI RICONOSCIMENTO DELLE ADOZIONI INTERNAZIONALI DI MINORI ALLA LUCE DELLA CEDU: IL CASO DEI SINGLE

CHIARA ENRICA TUO

*Associate Professor of European Union Law
University of Genoa*

Recibido: 09.05.2015 / Aceptado: 21.05.2015

Abstract: This paper deals with the compatibility of the Italian regime of recognition of intercountry adoptions of children by single persons with the right to family life enshrined in Art 8 ECHR such as interpreted by the ECtHR, according to which a violation thereof may occur also in cases where familial status established abroad are denied transnational effects.

Keywords: intercountry adoption of children, recognition, single persons, Article 8 ECHR, familial status created abroad, cross-border continuity.

Riassunto: Il presente contributo affronta la questione della compatibilità del sistema italiano di riconoscimento delle adozioni internazionali di minori da parte dei single con l'art. 8 della CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale una violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare può configurarsi anche laddove non sia garantita la continuità transnazionale degli status familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero.

Parole chiave: adozione internazionale di minori, riconoscimento, single, articolo 8 CEDU, status familiari create all'estero, continuità transnazionale.

Sumario: I. Introduction. II. The legal framework governing intercountry adoptions in Italy. 1. The rules on recognition of intercountry adoptions of children. 2. The grounds for refusal of recognition. III. The Italian regime of recognition of intercountry "full" adoptions of children by single persons. 1. The procedure to be followed if the single resides in Italy ... 2. ... and the one applied to singles residing in the country of origin of adoption. 3. The Italian Supreme Court's approach as regards the effects to be given to intercountry "full" adoptions of children by singles. IV. The reasons underlying the Italian Supreme Court's approach. V. Cross-border continuity of familial status created abroad as a fundamental right safeguarded by Article 8 ECHR. VI. The irreconcilability of the Italian approach with the Strasbourg jurisprudence on Art 8 ECHR. VII. The way forward: proposal for a necessary review of the Italian approach.

I. Introduction

1. The assessment of the effects produced, within the Italian legal system, by foreign decisions regarding intercountry adoption of children by single persons still represents a controversial issue both among national courts and scholars.

2. On the basis of a brief outline of the legal framework governing the matter as well as of the related interpretative approach followed by the prevailing jurisprudence, this paper aims at setting out some reflections on the compatibility of such regime of recognition with the fundamental right to family life enshrined, as well known, in Art 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR) such as interpreted by the European Court of Human Rights (ECtHR), according to which a violation of said right may be devised also in cases where familial *status* validly and permanently established abroad are denied transnational effects.

II. The legal framework governing intercountry adoptions in Italy

3. The legislative framework governing the recognition, in Italy, of the effects stemming from adoption decisions issued abroad stands out for the remarkable stratification of the provisions which it is made up of.

4. Such a character – which constitutes in itself a drawback – is all the more regrettable if one comes to consider that it concerns a subject matter – i.e. international adoptions – whose regulation should be clear and give rise to no uncertainty, given that its primary objective consists – as it will better arise below – in the child's best interests being fully satisfied. For the purposes of exactly identifying the rules governing recognition of adoption decisions rendered abroad it therefore seems useful to preliminarily outline the complex legal framework existing on the matter.

5. To be taken into account first is Law No 218 of 31 May 1995, which provides the “Reform of the Italian system of private international law”. Chapter V of Title III of such Law is in fact dedicated to adoption. It is made up of four articles, which on purpose do not deal with every and single issue the Italian legal system may be concerned with when faced with intercountry adoption.

6. Arts 38 to 41 of Law No 218/1995 are indeed concerned with the conditions triggering the existence of the Italian jurisdiction and the determination of the law applicable to adoption both of children and adults whenever the relationship features an international character, as well as with the requirements for the recognition and enforcement of the related decisions issued abroad.

7. However, beside the abovementioned provisions one has to consider also Law No 184 of 4 May 1983, regarding adoption and custody of children, as amended, first, by Law No 476 of 31 December 1998, authorizing the ratification and implementation of the 29 May 1993 Hague convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption, and, subsequently, by Law No 149 of 28 March 2001.

8. As a matter of fact, the rules currently governing intercountry adoption in Italy are those emerging from the alignment of Law No 184/1983 to the 1993 Hague Convention¹, aimed at guaranteeing that said relationships be established in accordance with fundamental rights by means of a system of cooperation among contracting States whose main purpose is that of fostering – pursuant to the child's best interests – the recognition of adoptions created in the contracting States' legal orders and on the basis of the convention itself. The rules laid down by the convention are therefore of the utmost importance whenever a child habitually resident in a contracting State (State of origin) has been or is to be moved to another contracting State (receiving State) either after his or her adoption in the State of origin by persons habitually resident in the receiving State, or for the purposes of such an adoption in the receiving State or in the State of origin.

¹ Reference is obviously made to the convention made under the auspices of the Private International Law Hague Conference, which entered into force on 1 May 1995. The convention has been ratified both by States that are member of the Conference and States which are not party thereto. An updated list of the contracting parties is available at <http://www.hcch.net>.

9. The conflict of laws provisions set forth by Law No 218/195 and the rules embodied in Law No 184/1983 as subsequently amended are therefore strictly interrelated; this is confirmed (i) by the fact that, for the purposes of the recognition of intercountry adoption decisions, Art 41.2 of Law No 218/1995 makes reference to the special rules on children adoption as well as (ii) by the existence, among the substantial rules on intercountry adoption, of provisions of a private international law character which especially deal with the effects that foreign adoption decisions are allowed to display within our legal system.

10. Art 41 of Law No 218/195 is made up of two provisions: the first one, despite its making reference to the general rules on recognition of judgements as laid down by Arts 64 ff of Law No 218 itself, is only apparently of a general character. As it arises from its second paragraph, in fact, the said provision is applicable only insofar as the decision to be recognised does not concern full adoption of a child. The general rules on recognition of foreign judgements provided by Law No 218 shall, in other words, come into play only to the extent that the foreign adoption decision does not create a permanent parent-child relationship.

1. The rules on recognition of intercountry adoptions of children

11. As a consequence, when the adoption decision actually establishes a relationship of this kind the recognition thereof has to take place in accordance with the special rules on adoption of children as laid down by Law No 184/1983.

12. The recognition of adoption decisions issued abroad is governed by Arts 35-36 of Law No 184/1983, which design a mechanism involving the participation of both the Commission for intercountry adoption (which has its headquarters at the Prime Minister's Office) and the Youth court of the adoptive parents applicants' place of residence².

13. More precisely, Art 35.2-3 governs recognition in cases where adoption has already taken place in another State party to the 1993 convention prior to the child's arrival in Italy. In such cases adoption shall undergo a control aimed at ascertaining its compliance with the requisites established by Art 4 of the convention itself. To this end, it has to be verified that the competent authorities of the State of origin have: (i) declared that the child is adoptable; (ii) determined, after possibilities for placement of the child within the State of origin have been given due consideration, that an intercountry adoption is in the child's best interests; (iii) collected the necessary consent by persons and institutions; (iv) ensured that the child has been counselled, informed and, when required, has given his or her consent to adoption. Moreover, it is required that the Commission for intercountry adoption has previously authorised the child's entry and stay in Italy. When all such conditions are met, the adoption decision is transcribed in the registries of civil status. Such transcription gives the child the status of son or daughter of the adoptive parents and definitively makes him or her an Italian citizen.

14. If the adoption is to take place after the child's entry into Italy, Art 35.4 of Law No 184/1983 provides that the foreign decision be recognised as pre-adoptive foster care. When one year has elapsed since the child's entry into the new family, provided that such solution matches the same child's interests, the Youth court is to issue the adoption decision ordering the transcription thereof in the civil status registry.

15. Pursuant to Art 36.4, when the adoptive parents have continuously stayed and resided for at least two years in the same foreign country where adoption took place, such adoption is to be given full effects in Italy provided that it complies with the principles enshrined in the 1993 Hague convention. To this end, it is not required that the applicants adoptive parents be previously declared eligible to adopt

² Pursuant to Art 35.5 of Law No 184/1983, the Youth court vested with territorial competence is the court sitting in the district where the aspirants adoptive parents reside at the date of the minor's entry in Italy.

nor the intervention of the competent authorities nor the certification, to be usually issued by the Commission for intercountry adoption, that the adoption complies with the Hague convention.

2. The grounds for refusal of recognition

16. As far as the grounds for refusing recognition are concerned, Art 24 of the 1993 Hague convention stipulates that «*The recognition of an adoption may be refused in a Contracting State only if the adoption is manifestly contrary to its public policy, taking into account the best interests of the child*».

17. The said provision has been implemented by the Italian legislator by means of Art 35.3 of Law No 184/1983, which provides that when lodged with an application for recognition of intercountry adoption the Youth court is bound to ascertain that such adoption does not violate the fundamental principles which govern Italian law on family matters, to be appreciated in respect of the child's best interests.

18. According to such provision, therefore, the public policy clause contemplated by the convention as the unique ground for refusing recognition of adoption has been implemented by the Italian legislator by means of a referral to the fundamental principles underpinning domestic law on family matters, which are meant to come into play subject to the consideration of the child's best interests.

19. As already mentioned, the protection of said interests represents the principle underlying the whole convention, whose objective, pursuant to Art 1 let. a), is «*to establish safeguards to ensure that intercountry adoptions take place in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights as recognised in international law*». The very same principle is indeed the guiding principle of the Italian law on adoption which, as remarked, intends to implement the convention within the national legal order.

20. In reality, the need to primarily safeguard the child's interests is in itself among the fundamental principles of the Italian legal system insofar as its origin are to be traced back to international law (in particular, to Art 3 of the 1989 New York convention on the rights of the child) as well as to European Union law (within which such principle is enshrined in Art 24 of the EU Charter on fundamental rights): the public policy clause is therefore to be deemed as strictly instrumental in the protection of the child's best interests.

21. This implies that, much more than in other matters, when dealing with adoption issues Italian courts should refrain from rigorously sticking to the legal institutions existing under domestic law, especially in cases where the applicant adoptive parent is a single person.

III. The Italian regime of recognition of intercountry “full” adoptions of children by single persons

22. In light of the well-established jurisprudence of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), the adoption decisions handed out abroad in favour of single persons are admitted to display in Italy only the limited effects recognised to the so called adoption in particular cases as envisaged by Art 44 of the Italian Law on adoption. This means that, even when the adoption decision is capable of producing, in the country of origin, the effects of full adoption, the entire recognition of such effects in Italy is precluded. This approach rests on the adoption in particular cases being conceived as not capable of interrupting the relationship between the child and his/her family of origin and giving rise to parental links between the former and the family of the adoptive parent.

23. It is therefore not disputed whether such decisions are to be denied recognition on the grounds of their alleged contrast with public policy; rather, they are denied recognition as full adoption

decisions despite their being qualified as such in their country of origin. This may clearly result in the effects of such decisions being altered or eventually manipulated.

24. The reason behind such approach is that the adoptive parent fails to meet one of the requisites which, according to the Italian law on adoption, must be satisfied for the declaration of eligibility to adopt to be issued, *i.e.* a marital relationship.

25. This limitation results in the specific procedure to be followed (1) when the single resides in Italy and he or she decides to start the intercountry adoption proceedings therein as well as (2) when the single resides and stays continuously, for at least two years at the date when adoption takes place, in the foreign country of origin of such adoption, and subsequently applies for the recognition thereof before the territorially competent Italian Youth court.

1. The procedure to be followed if the single resides in Italy ...

26. In the first case the aspirant adoptive parent is bound to lodge the Youth court of the place of his/her residence with a request for authorisation to adopt pursuant to Art 44 of the Law No 184/1983, since the declaration of eligibility to adopt based on Art 29a of such Law cannot be issued due to the requisite of the marital relationship being lacking.

27. This has eventually been clarified by the Italian Constitutional Court in its decision No 347/2005, which stated that “on the basis of the rules currently in force, it is not possible to hold that the certificate of eligibility to adopt cannot be issued for intercountry adoption in particular cases, with the consequence that such certificate shall be released whenever the conditions laid down in Art 44 are met”; “such certificate shall be deemed instrumental in the particular cases of adoption envisaged by Art 44 and, during the phase of recognition of the foreign adoption decisions, an appreciation shall be carried out of the existence of the conditions triggering adoption in such cases”.

28. The authorisation to adopt pursuant to Art 44 is necessary regardless of the adoption having taken place either in a State party to the 1993 convention (see Art 35.6 lett. b of Law No 184/1983) or in a State which is not a party thereto (see Art 36.2, lett. b-c, of Law No 184/1983).

29. Irrespective of the country of origin enabling singles to full adoption of a child, in Italy these persons cannot be authorised to adopt but for the sole purposes and to the limited effects of adoption in particular cases, *i.e.* for a kind of adoption unsuitable to create a permanent parent-child relationship.

2. ... and the one applied to singles residing in the country of origin of adoption

30. When, by contrast, the conditions triggering the application of Art. 36.4 of Law No 184/1983 are met (that is to say that the applicant adoptive parent has given proof of his/her having resided and continuously stayed, for at least two years, in the foreign State where adoption took place), the authorisation to adopt is not necessary³. Yet, also in these cases the adoption cannot be given but the limited effects envisaged by Art 44 of Law No 184/1983 (irrespective of Art 36.4 of such Law establishing that in said cases adoption is to be recognised to all effects), subject only to the ascertainment of its compliance with the 1993 convention.

31. It therefore bears no relevance the fact that, according to the rules of the country of origin – where the adoptive parent has resided and continuously stayed for at least two years – the adoption established a permanent parent-child relationship: such adoption cannot be recognised in our legal system but as adoption in particular cases, *i.e.* as a kind of adoption which, by its very nature, is unsuitable to create a permanent parent-child relationship.

³ As it is inferable from Art 29a.2 of Law No 184/1983.

3. The Italian Supreme Court's approach as regards the effects to be given to intercountry "full" adoptions of children by singles

32. The above has eventually been confirmed by the Italian Supreme Court by means of its judgement No 3572/2011⁴. The case concerned the recognition of a full adoption decision issued in the district of Columbia in accordance with a previous decision rendered by the regional court of Lipetsk (Russia); the Genoa Youth court recognised the adoption pursuant to Art 44 let. d) of Law No 184/1983, whereas the Court of second instance dismissed the appeal filed by the adoptive parent against such a partial recognition.

33. Before the Supreme Court the claimant invoked, among others, Art 36.4 of Law No 184/1983 and complained about the Italian competent authorities having denied, in contrast with such legislative provision, recognition of adoption to all effects, subject only to the previous control of its compliance with the Hague convention: since adoption was qualified as "full" pursuant to both USA and Russian rules, such adoption should have been given the same effects in Italy as well, also in light of Art 23 of the Hague convention providing for the recognition *de plein droit* ("by operation of law") of intercountry adoptions created in accordance with the convention itself.

34. The claim, however, has been dismissed by the Supreme Court arguing that, even if Art 36.4 of Law No 184/1983 were to be applied, intercountry adoption must nonetheless comply with the general principle referred to in Art 35.3 of the same Law, i.e. the fundamental principles underpinning domestic law on family matters.

35. And it is the Supreme Court's opinion that among such principles is the requisite of the marital link which Law No 184/1983 still addresses as a *condicio sine qua non* for the aspirants adoptive parents to be declared eligible to adopt in accordance with the child's best interests.

36. As remarked by the Court, in fact, also the cases in which Art 25.4-5 of Law No 184/1983 admits full adoption by a single person presuppose that, during the period of pre-adoptive foster care, the child has eventually been placed with a married couple and allows for the authorisation to adopt in the exclusive exceptional cases of either supervening death or incapacity of one of the spouses or their legal separation during the adoption proceedings.

IV. The reasons underlying the Italian Supreme Court's approach

37. It is undeniable that the above described approach is the result of the current status of the Italian rules on adoption, also in light of the amendments brought about by the recent legislative decree No 154/2013.

38. Indeed, as written in the explanatory report to the draft of such decree those who are adopted pursuant to Art 44 of Law No 184/1983 are to be recognised the same status as that of adopted adults. This is due to the fact that in both cases the link with the family of origin is not interrupted, with the consequence that the adoption cannot be described as "full" pursuant to Art 27 of Law No 184/1983, as recently amended by the abovementioned decree.

39. It is likewise undeniable that the Italian legislator is not bound to remove the restrictions currently limiting the effects of children adoption by singles.

⁴ Reference is made to the judgement of the Italian Corte di Cassazione dated 14 February 2011, No 3572.

40. The above has eventually been clarified by the Italian Constitutional Court in its decision No 183/1994, where it referred to the 1967 Strasbourg convention on children adoption, to which Italy is a contracting party. Even though Art 6 of such convention entrusts singles with the possibility to adopt, it is however left to the discretionary power of any contracting party the decision whether or not to implement such possibility within their respective legal system⁵.

41. The same considerations were made by the Italian Supreme Court on the occasion of the abovementioned decision No 3572/2011, which eventually reiterates what it already pointed out in previous judgements⁶.

42. Nor can Art 8 of the ECHR – which, as recalled, consecrates the right to family law – be read as grounding the right to adopt nor certainly the right of a single person to become an adoptive parent.

43. The issue of adoption by single persons has been dealt with by the ECtHR in the *E.B.* case⁷, concerning a homosexual woman who claimed to have been denied intercountry adoption due to her being homosexual. She therefore lodged a claim to the Court that her fundamental right to family life had been violated also in light of the prohibition of discriminations based on sex as equally enshrined by the Convention (Art 14).

44. In addressing the case, at para 49 the Court pointed out that “The present case does not concern adoption by a couple or by the same-sex partner of a biological parent, but solely adoption by a single person. Whilst Article 8 of the Convention is silent as to this question, the Court notes that French legislation expressly grants single persons the right to apply for authorisation to adopt and establishes a procedure to that end. Accordingly, the Court considers that the facts of this case undoubtedly fall within the ambit of Article 8 of the Convention. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14.”

45. In other words, the Court is of the view that Art 8 does not entitle, in itself, single persons to adopt. However, provided that the national legislator – as the French legislator did – entrusts single persons with the right to adopt, such right automatically falls within the scope of application of Art 8 and must as such be granted to, and exercised by, any single person, with no room for discriminatory measures (also) based on sex which the Convention, as seen, prohibits pursuant to Art 14.

V. Cross-border continuity of familial status created abroad as a fundamental right safeguarded by Article 8 ECHR

46. However, the ECtHR has also interpreted Art 8 of the Convention as encompassing the principle whereby familial status validly and permanently established abroad must be given transnational effects.

47. In light of the *Wagner* (2007)⁸ and *Negrepontis* (2011)⁹ judgements, in particular, it seems possible to hold that a violation of Art 8 may occur also when a State denies recognition of a foreign decision establishing a familial *status*.

⁵ Reference is made to the convention made on 24 April 1967, which Italy has ratified and ordered the implementation of by means of Law No 357 of 22 May 1974. Pursuant to the abovementioned Art 6, such convention permits adoption “by either two persons married to each other, whether they adopt simultaneously or successively, or by one person”.

⁶ In particular, see the judgement of the Italian Corte di Cassazione dated 18 March 2006, No 6078.

⁷ Judgement of 22 January 2008, application No 43546/02, available at hudoc.echr.coe.int.

⁸ Judgement of 28 June 2007, application No 76240/01, available at hudoc.echr.coe.int.

⁹ Judgement of 3 May 2011, application No 5659/08, available at hudoc.echr.coe.int.

48. From the Court's viewpoint, such a violation occurs when the conditions established by a State for the purposes of recognising foreign decisions fall short of the requirements laid down by the jurisprudence of the ECtHR itself. Namely, when they fail to either pursue a legitimate aim or comply with the proportionality principle.

49. Both in *Wagner* and *Negrepontis*, therefore, the Court ruled that the national authorities respectively sitting in Luxemburg and Greece violated Art 8 of the Convention due to the fact that, relying on the relevant rules of domestic law, they refused to recognise the effects of adoption decisions rendered abroad. The violation was found in that such denial amounted to a disproportioned interference with the applicants' right to fully enjoy their familial *status* as constituted abroad.

50. In the *Wagner* case, in particular, the effects of the adoption established in Peru could not be recognised in Luxembourg because, according to the relevant conflict of laws rules existing in this latter State, the law applicable to adoption was that of Luxembourg, pursuant to which full adoption was precluded to unmarried people such as the adoptive parent was in the case at issue.

51. In the Court's opinion, domestic rules such as the ones coming into play in the *Wagner* case have to be regarded as inadmissibly affecting the right to family life of the persons involved in the familial relationship; it therefore arises that, according to the Court, such right also entails, and grants protection to, the expectation of said persons that the foreign decision be recognised, in each and every national legal system, the very same effects as those displayed in its country of origin.

52. And the stricter and tighter is the link existing between the familial relationship and its State of origin, the more this expectation is to be deemed covered by Art 8 of the Convention.

53. As remarked in literature, the abovementioned jurisprudence of the ECtHR does not necessarily mean that "conflict of law rules are to be set aside if their enforcement gives rise, in the case at stake, to the infringement of a fundamental right".

54. Rather, it seems that the Court's statements imply its aim "to simply clarify that States are bound to carefully appreciate the effective impact that their private international law rules are liable to have on the social reality, with a view to assessing the adequacy (*rectius*, proportionality) thereof to achieve the objective pursued"¹⁰.

55. Art 8 is therefore violated if an adoptive relationship constituted abroad is denied recognition of those very same effects which are to be deemed stemming therefrom according to the law which governed its establishment within the country of origin.

56. The above, however, requires an important clarification which can be equally inferred from the Strasbourg jurisprudence.

57. The duty to ensure that foreign decisions are granted cross-border continuity does not entail that the requested State give the familial relationships constituted abroad effects other than those deriving therefrom pursuant to the rules which grounded their creation.

58. Thus, according to the clarifications provided by the ECtHR in the *Harroudj v. France* judgement, no violation of Art 8 occurs if a State, such as France in the case at issue, refuses recognition as adoption of a foreign decision regarding a child whose national law does not conceive, or even prohibits, the application of such institution¹¹.

¹⁰ C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029.

¹¹ Judgement of 4 October 2012, *Harroudj v Francia*, application No 43631/09, in *Revue critique DIP*, 2013, p. 146. In brief, the case concerned the question whether France was to be found in violation of Art 8 ECHR due to its having refused

59. In other words, what has to be ascertained in order to exclude the existence of any violation of Art 8 is that the familial status constituted abroad is recognised the very same effects as those displayed in the State of origin but not that it is also given other or further effects.

60. To this purpose, States other than the one where the relationship was created are bound to recognise it, as the case may be, also by treating it in the same way as they treat familial relationships grounded on categories of domestic law which, despite not being exactly equivalent, are eventually of a similar nature.

61. Given that, in the abovementioned *Harroudj* case, the French approach eventually permitted that the *kafala* created abroad – despite being not capable of recognition as adoption due to such latter institution being prohibited by the child's national law – continue nonetheless to display its very same effects also in France, the Court ruled that such country could not be found to be in violation of Art 8. Indeed, by treating the *kafala* as a legal institution, substantially equivalent, existing under domestic law, i.e. guardianship, France had fulfilled its obligations under Art 8 of the Convention¹².

62. However, the solution endorsed by the Court confirms that Art 8 is to be deemed violated whenever the requested State – instead of treating the familial relationship created abroad in the same way as domestic legal institutions of an equivalent or similar nature – limits the effects or alter the very nature thereof in a manner incompatible with the principle of cross-border continuity covered by Art 8 of the convention.

VI. The irreconcilability of the Italian approach with the Strasbourg jurisprudence on Art 8 ECHR

63. In light of the abovementioned jurisprudence of the Strasbourg Court, the question arises as to whether the Italian regime of recognition of single persons' adoptions may be deemed compatible with Art 8 of the ECHR.

recognition as adoption of a *kafala* care relationship created in Algeria between an Algerian minor and a French woman. The ground for such refusal was to be found in the provision, laid down in the French Civil Code, (Art 370-3 of the Code Civil, as brought about by Law No 111 of 6 February 2001), whereby adoption of a child is precluded «*si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*». On said judgement see, in addition to S. CORNELOUP, *Revue critique DIP*, 2013, p. 161; P. KINSCH, *Harroudj v. France: Indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013-2014, p. 39; A. DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, p. 112, also C.E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 43. On the *kafalah* care institution see R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 197; C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43.

¹² All the more so since the prohibition at issue, according to the same French rule taken into account (see above, fn 11), is not to be read as absolute, given that, on the contrary, it allows for the adoption of the child (i) in case the latter was born and habitually resides in France; (ii) as soon as the minor, placed with a French citizen, has him/herself acquired the nationality of said country. And it bears mentioning that also more recently, even though on the question of cross-border continuity of familial status other than the adoptive one – i.e. the parent-child relationship based on medically assisted procreation –, the ECtHR (judgements of 26 June 2014, *Menneson v France*, application No 65192/11, and *Labassee v France*, application No 65941/11) declared that contracting States cannot be deemed liable for the violation of the right to family life consecrated by Art 8 of the convention if they refuse (as France did in the cases at issue) the transcription of birth certificates issued abroad whenever the reasonable suspect exists that birth took place by means of surrogated maternity due to the contrast of such technique with the national public policy. The reason behind this conclusion is that – as it is stated, in particular, in the *Menneson v France* judgement (especially at paras 92-94) – the interferences with the full enjoyment of said right which eventually derive from the denial of recognition are not such as to prevent family life from going on without excessive obstacles also in the requested State. However, the fact that Art 8 cannot be deemed violated as regards the right to family life has not prevented the Court from taking an opposite position with respect to the children's right to private life. According to the Court, in fact, said subjects – owing to their status validly constituted abroad being denied recognition – are deprived of their personal identity as well as of the rights (such as the succession rights) that they would have been endowed with had their status been recognised in the requested State. Such situation is all the more regrettable when – as in the case at issue – one of the parents (namely, the father) is also the true biological parent of the children. The biological parenthood amounts to an essential part of personal identity, with the consequence that when such link has already been ascertained the denial of the legal effects thereof is against the best interests of the child seeking for its recognition together with his or her biological parent.

64. As a matter of fact, it seems hardly deniable that – if examined through the lens of the Strasbourg jurisprudence – the mechanism whereby such adoptions are recognised pursuant to domestic law would be regarded as not capable of ensuring that an adoptive status created abroad be granted that very same degree of cross-border continuity which the ECtHR identifies as a mandatory condition of compliance with Art 8 ECHR.

65. It is certainly true that the Italian courts do not address such adoptions as devoid of any effect in our legal order. However, it is likewise undeniable that single persons' adoptions are prevented from displaying in Italy the very same effects which legitimately derive therefrom according to the rules of their State of origin.

66. Neither is the public policy clause capable of grounding such restrictions of the right enshrined in Art 8 ECHR. As well known, according to the ECtHR jurisprudence it is by means of public policy that – subject to well-established conditions – States are enabled to exercise the margin of appreciation they are endowed with in the accomplishment of their duties under the Convention¹³.

67. Public policy, however, can no longer be conceived as aimed at protecting merely national values, given that such values may be invoked as limits to the recognition of legal relationships created abroad only insofar as they either are entailed among principles common to the States party to the Convention or eventually represent the very constitutional identity of said States¹⁴.

68. As seen, the approach of the Italian Supreme Court is that full adoptions established abroad in favour of single persons cannot be given their whole effects due to their being contrary to the Italian principle of public policy whereby only married couples are entitled to adopt¹⁵.

69. It therefore seems highly debatable that such approach would be endorsed by the ECtHR.

70. Indeed, it is the Italian law on adoption itself that, even though in exceptional cases, admits that single persons be entrusted with full adoption of children (see the already mentioned Art 25, paras 4-5).

71. Moreover, it cannot be overlooked that in most European States this kind of adoption is nowadays no longer subject to limitations, irrespective of the sexual orientation of the adoptive parent. As a matter of fact, single persons are presently entitled to adopt children in Germany (§ 1741.2 of B.G.B.); in France (Art 343-1 of the Code Napoleon as reformed by Law No 66-500 of 11 July 1966); in Switzerland (Art 246-b of the Civil Code as amended by the Federal Law of 30 June 1972); in Sweden (Chap. 4, Section 1 of the Parenthood and Guardianship Code); in Norway (act. No 8 of 28 February 1986 relating to adoption, issued by the Royal Norwegian Ministry of Health and Social Affairs); in the UK (2002 Adoption and Children Act).

72. Likewise, in the majority of the other European countries – such as Belgium, Ireland, Finland, Austria and Spain – the trend is toward fostering intercountry adoptions even when the adoptive parent is a single person, without limiting them to exceptional cases, provided that a careful evaluation is carried out on a case by case basis as of the capability of the applicant to become an adoptive parent.

73. Furthermore, against the Supreme Court approach stands the consideration that issues concerning parental relationships such as the adoptive ones must always be dealt with in light of the princi-

¹³ See P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (ed.), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 145.

¹⁴ See S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 1, esp. pp. 25-26; C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padua, 2012, esp. pp. 113-124.

¹⁵ Reference is made to the already mentioned judgement of the Italian Corte di Cassazione No 3572/2011.

ple of the child's best interests, which has to both underlie the general rules governing such matters and drive the effective application thereof¹⁶.

74. It is eventually Art 35.3 of the Italian law on adoption itself which – in making the recognition of intercountry adoptions conditional upon the respect of the fundamental principles that govern, in Italy, family matters – expressly prescribes that said principles are put into force having regard to the child's best interests.

VII. The way forward: proposal for a necessary review of the Italian approach

75. For such interests to be effectively enhanced and, at the same time, for the risk that our country be found in violation of Art 8 ECHR to be avoided, it seems therefore highly advisable that our courts give whole effects to intercountry single persons full adoptions.

76. At least, such solution should be endorsed with regard to those Italian singles who moved their residence to the country of origin of adoption and have thus reached such a level of integration within the community thereof to be entrusted, pursuant to the law of that country, with full adoption of a child.

77. In this perspective, it seems worth mentioning the 27 April 2007 judgment whereby the Bologna Youth Court stated that “to give whole effects to a single person full adoption cannot be deemed in contrast with the so called Italian public policy”¹⁷.

78. The case concerned an Italian single woman residing in Argentina for more than ten years at the time she was entrusted with the full adoption of a child. Such adoption has been given full effects by the Italian Youth Court of Bologna on the grounds of the general mechanism of recognition of foreign judgements as laid down by Law No 218/1995.

79. Such conclusion was reached by the Tribunal after having declared that the special rules on adoption cannot come into play whenever – as in the case at issue – adoption is not granted in favour of a married couple but rather of a single person. In these cases, it is pursuant to the general rules governing recognition and enforcement of foreign decisions (Arts 64 ff. of Law No 218/1995) as referred to by Art 41 of Law No 218/1995 that adoptions are to be given effects in our legal system.

80. The same conclusion has more recently been reached by the 17 April 2013 judgement of the same Bologna Youth Court¹⁸. The case concerned again the recognition of a full adoption, which this time had been established in the USA where the adoptive parent, an Italian single, resided for years.

81. The application for recognition has been endorsed again on the basis of Arts 64, 65 and 66 of Law no 218/1995, in light of the consideration that (i) even though “adoption by a couple of married people represents the preferred solution as opposed to that of adoption by a single person” given that “taking into account the child's best interests” the latter “has certainly the right, whenever possible, to establish and maintain a permanent relationship with a father and a mother”, “this does not prevent that in particular cases an adoptive link is created with a single parent”; (ii) such possibility – as remarked by the Youth Court – is contemplated by the same Italian law on adoption, which admits it, as full adoption, pursuant to Art 25.4-5; (iii) as a consequence, to give whole effects to a single person's full adoption – in addition to being not disruptive of the overall domestic legal system – also represents “an unquestionable advantage in the child's best interests”, “at least in cases such as the one at issue”.

¹⁶ See, for instance, para 133 of the *Wagner* judgement (above, fn 8) and para 95 of the *E.B.* judgement (above, fn 7).

¹⁷ In *Il merito* 2007, p. 38.

¹⁸ Available at <http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/11/ASTONE-TRIB-MINORENNI-BOLOGNA-17-aprile-2013.pdf>.

82. The Bologna Youth Court has therefore proceeded to the correct recognition as full adoption of the relationship established abroad on the basis of a reading of the public policy clause which can be certainly deemed compatible with the indications provided by the ECtHR.

83. As a matter of fact, not only have the effects stemming from the foreign decision been assessed in light of their consistency with the fundamental principles which govern Italian law on family matters; such effects have also been appreciated taking into account the child's best interests, which, as seen, constitute in themselves a pillar of our legal system and which are as such safeguarded by the same public policy clause.

84. The recognition as full adoption has been deemed compatible with the above principles in that full adoption ensures greater stability than adoption in particular cases can do (given that the latter may in some cases be revoked and is eventually devoid of effects *vis-à-vis* the adoptive parent's family).

85. It cannot be overlooked, however, that such solutions may give rise to cases of, so to say, "reverse discrimination", to the prejudice of Italian singles that, whilst maintaining their residence in Italy, are entrusted with full adoption of a child in a foreign country. The application that these persons would file for the recognition of the related foreign decision as full adoption would indeed continue to be dismissed, given that (pursuant to Arts, as the case may be, 35, para 1, 35, para 4 or 36, para 2, of the Law No 184/1983) said adoptions would still be awarded only the limited effects stemming from adoption in particular cases.

86. It is therefore desirable that some changes be brought about by the Italian legislator.

87. In favour of a removal of the existing limitations to the adoption of single persons actually stand (i) Art 2.1 of the 1993 Hague Convention¹⁹ and, more in general, the principle of the child's best interests which underpins the rules on adoption currently existing in Italy as the result of the implementation, in our legal system, of the abovementioned convention; (ii) the already mentioned Art 6 of the 1967 Strasbourg convention as well as Art 7 of the 2008 convention, which has superseded the former (but to which Italy is not a contracting party), and which, in the opinion of some scholars, has to be read as depriving the States party of the freedom to choose whether to enable single persons to adopt or not²⁰; (iii) the Italian Constitutional Court, which, by its decision No 183/1994, having regard to Arts 3, 29, 30 of the Italian Constitution has clarified that such provisions cannot be construed as preventing adoption by single persons save for the exceptional cases currently envisaged by the Italian Law on adoption; such Law limits itself to express a preference for adoption by a married couple whereas Arts 3, 29 and 30 of the Italian Constitution are not against a legislative innovation recognising in a wider range of cases that – subject to specific circumstances predetermined by the law itself or to be appreciated, on a case by case basis, by the competent court – adoption by a single person be qualified as the solution more suitable to satisfy the child's interests"; (iv) the jurisprudence of the Italian Supreme Court which (by its judgments No 3572/2011 and No 6078/2006) – in underlining that Art 6 of the 1967 Strasbourg convention entitles a single person to adopt – points out that the national legislator would be empowered to widen the conditions for admissibility of full adoption of children by single persons.

¹⁹ Such Article, in drawing the limits of the subjective scope of application of the convention, expressly refers to adoption "by spouses or a person". On this convention see above, § I.

²⁰ E. LAMARQUE, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?* available at www.forumcostituzionale.it.

LITTLE ISLANDS:
LIMITS AND PROSPECTS OF THE UNITED NATIONS CHIEF
EXECUTIVE BOARD

PEQUEÑAS ISLAS:
LÍMITES Y EXPECTATIVAS DE LA JUNTA DIRECTIVA
DE NACIONES UNIDAS

PABLO ZAPATERO MIGUEL

*Professor of international law
Carlos III University, Madrid*

Recibido: 15.07.2015 / Aceptado: 31.07.2015

Abstract: After decades of slow incremental improvements, the United Nations Administrative Coordination Committee finally became the Chief Executive Board of the United Nations, which aims to develop further policy coherence within the UN system by promoting improved inter-agency cooperation. This high-level UN body opens up promising avenues. However, it also faces critical challenges to performing its task as a result of the strong pressures for regime-building within specialized UN agencies as well as a lack of coherence in policy formation at governmental level.

Key words: United Nations, Chief Executive Board, policy coherence, coordination.

Resumen: Tras décadas de lentas mejoras incrementales, el Comité de Coordinación Administrativa de las Naciones Unidas ha sido transformado en la Junta Directiva de coordinación, con el objeto de asegurar la coherencia de políticas dentro del sistema de Naciones Unidas por medio de una cooperación entre-agencias reforzada. Con este órgano de alto nivel se abren algunas prometedoras avenidas. Sin embargo, se enfrenta a desafíos críticos para desarrollar su tarea de modo efectivo, dadas las fuertes presiones a favor de la construcción de regímenes dentro de las agencias especializadas de Naciones Unidas así como la falta de coherencia en la formación de políticas a nivel gubernamental.

Palabras clave: Naciones Unidas, Junta Directiva de coordinación, coherencia de políticas, coordinación.

Sumario: I. All together now?. II. The early experience. III. The new mechanics. IV. Current policy options.

I. All together now?

1. During the nineteen nineties the United Nations introduced a programme of reforms designed to adapt the original architecture of this global organization to the challenges of a new millennium¹. One of the most significant initiatives in this reform was the coordination of policies, plans and programmes

¹ See *Renewing the United Nations: A Programme for Reform, Report of the Secretary-General*, UN document A/51/950 (14 July 1997).

within the system², in order to avoid overlapping and duplicities.³ As a result, the United Nations created the *Chief Executive Board for Coordination* in 2001, based on its long-standing Administrative Coordination Committee (ACC).⁴ The aim in reinforcing this body was to further unity of purpose within the system, and upgrade coherence in global policy formation within the UN. Comprising 29 specialised bodies, the CEB is the main instrument for inter-agency coordination at *inter-secretariat level*. Managing the joint and regular work of the Executive Directors of the major agencies that make up the United Nations, the CEB's role is to provide guidance on translating the various mandates of the different agencies into joint programmes and activities. At the present time, the CEB operates as (1) a main forum for dialogue between Secretariats (at Executive Director Level), (2) the main instrument for coordinating substantive and administrative matters, liaising between United Nations bodies as well as providing (3) the main source of support for activating and implementing joint policies.

2. In practice, the CEB has no political power; this remains in the hands of the member states of the United Nations, through its different specialized agencies. In this context, deficient coordination of the various domestic agencies of any given member state (ministries of health, economy, environment culture, etc) transcends its administrative structures and is amplified by the international organizations in which the latter participate (WHO, WTO, IMF, World Bank, MEAs, UNESCO...).⁵ In short, the problems of coherence arising within the United Nations system are due to a failure to coordinate the agencies of each Member state at domestic level; improving policy coherence in the United Nations depends to a great extent on improving policy coherence between the domestic agencies of all Member states.

3. Nevertheless, the issue of inter-agency coordination has been a key policy issue for the UN from the very first, and was in fact incorporated in the UN Charter itself in the following manner: the ECOSOC has competence to (1) enter into agreements with any of the international organizations referred to in Article 57, defining the terms on which the agency concerned shall be brought into relationship with the UN (Article 63.1) and to (2) '*co-ordinate the activities of the specialized agencies through consultation with and recommendations to such agencies*' (Article 63.2). Thus, following the creation of the United Nations, the ECOSOC established the Administrative Coordination Committee, as a specialized sub-body entrusted with carrying out these duties (Resolution 13 (111) 1946).⁶ Presided over by the Secretary General, and formed by Executive Directors of the United Nations agencies, its original function was to increase cooperation among UN specialized agencies as well as to supervise implementation of the agreements between the United Nations and the institutions of the *Bretton Woods system* (the IMF, the World Bank, and the multilateral trade system); a particularly complex task as these bodies were and still are 'legally, distant members of the UN family'.⁷ As a result, the work of the ACC over the last forty years of its history has been anything but easy.⁸ Umbricht summarized the committee's position as follows:

'The chief value of the ACC has been, not so much to impose formal restrictions on the freedom of action of the specialized agencies, an objective which their separate charters and different membership

² J. MÜLLER, 'The Quiet Revolution, 1997 to 2002', *Reforming the United Nations: the challenge of working together* (Martinus Nijhoff 2010), section B of chapter II.

³ E. LUARD, *International Agencies: The emerging framework of interdependence* (Macmillan 1977), at 269-270; J. TASSIN, 'Administrative Co-ordination in the United Nations Family', *International Administration* (Martinus Nijhoff 1990), at 15-17 and T. BEIGBEER, *The Internal Management of United Nations Organizations: The long quest for reform* (Macmillan 1997), at 38-40.

⁴ M. HILL, *The Administrative Committee on Coordination* (1978) and W. MENG, 'Article 60 marginal notes 13 et seq.', *The Charter of the United Nations*, Ed. Bruno Simma (Oxford University Press 1995).

⁵ P. SZASZ, 'The Complexification of the United Nations System', 3 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (1999): 1-57.

⁶ L. AHMED, 'The Organization and Methods of the United Nations' Administrative Committee on Co-ordination', 24 *International Review of Administrative Sciences* (1958): 333-346.

⁷ J. RUGGIE, 'The United Nations and Globalization: Patterns and limits of Institutional Adaptation', 9 *Global Governance* (2003): 301.

⁸ See *The Role and Functioning of the ACC and its machinery. Report and recommendations*, ACC Review Team, Raffuddin Ahmed, Hans Blix, Franklin Thomas (22 March 2000), point 15, page 4.

make it difficult or impossible to attain, *but to permit exchanges of views which have helped to promote co-operation and co-ordination among the agencies*'.⁹

4. In essence, the Charter of the United Nations regulates inter-institutional coordination merely through consultation and recommendation mechanisms. Consequently, there have been serious ongoing problems of coordination. The need to improve these mechanisms has been a recurrent hot topic for the United Nations from the start. Given the decentralized nature of the UN system, collaboration in pursuing common goals has been contingent on and, as such, dependent on the interests of each organization and their members. In this context, the actual machinery of coordination has also been semi-centralized, resulting in the creation of a wide variety of coordination mechanisms, aside from the ACC. In fact, a report by the Secretary General from the mid nineteen eighties identified 91 'formal coordination mechanisms' within the United Nations system with only 20 of these being ACC mechanisms.¹⁰ Given this state of affairs, and taking into account the diverse mandates and governing bodies of the participating organizations, it is reasonable to argue that providing them with a common goal posed a challenge that is anything but simple.¹¹

II. The early experience

5. The machinery of coordination within the United Nations has been subject to constant restructuring throughout its half century of existence. The original absence of a central authority to ensure coherent policy action within the system has been –and still is– an ongoing problem for the United Nations. The need for greater coordination has been patent from the start. In this regard, the ACC has been psychoanalysed ad infinitum, with multiple studies published on its functions, operations and the efficiency of its subsidiary machinery: from 1953 to 1981, for example, 32 diagnostic reports were issued on the subject. Every decade has produced a significant review: the first was in 1977, resulting from the Resolution 32/197 of 20 December 1977; the second in 1985, pursuant to Resolution 40/177 of December 1985; and the third between 1992 and 1993, following adoption of the Reform report issued by Francis Blanchard, the Director General of the ILO.¹² As mentioned, it was not until the final review in 2001 that the ACC was transformed to become the CEB.

6. The reform deriving from the Blanchard Report is probably the most important of all, apart from that which gave rise to the CEB. In this reform, the General Secretary finally managed to shift the ACC focus, originally concerned with administrative coordination, to coordination of public policies.¹³ Therefore, Blanchard's planned reform made a qualitative breakthrough, beginning to focus on *policy coordination*, without abandoning the traditional functions of administrative coordination.¹⁴ In the early nineties, the ACC was defined in the following way:

'A committee of executive heads who have been entrusted by (their) governing bodies... with implementing the policies determined by those bodies and carrying out programmes approved by them'.¹⁵

7. The reform from the early 90s produced organizational changes associated with this new direction taken by the ACC, thus facilitating the subsequent creation of the CEB. The most significant organizational change in this regard was the concentration of competence on programme (CCSQ/PROG) and operation (CCSQ/OPS) in a single ACC body: the Consultative Committee on Programmes and

⁹ V. UMBRICH, 'Joint Activities of International Organizations', *Manuel sur les organisations internationales* (Martinus Nijhoff Publishers 1988), at 377.

¹⁰ See UN documents A/42/232 and E/1987/68 (22 May 1987), at 17.

¹¹ E. BARDACH, *Getting Agencies to Work Together* (Brookings Institution 1998).

¹² See ACC/1992/CRP.7/Rev 1 and ACC/1993/CRP.1 (29 March 1993).

¹³ See ACC/1992/2/Add.1 (10 June 1992).

¹⁴ See ACC/1993/14 (14 July 1993).

¹⁵ See ACC/1993/14, 14 July 1993.

Operational Questions (CCPOQ).¹⁶ In short, the incremental reforms implemented in the ACC gave rise to the basic profiles of the current CEB.

8. Interestingly, the impetus behind the creation of the CEB was actually a year earlier than the United Nations reform programme promoted by Kofi Annan (1997).¹⁷ In fact, in the ACC working sessions in 1996 (25 and 26 October 1996),¹⁸ the Executive Directors had already prepared a *Joint Statement on reform efforts to date, and on the future direction of these processes in the United Nations system* (11 November 1996).¹⁹ This joint Statement considered measures for reform and emphasized the need for every agency in the United Nations system to concentrate on their basic area of competence, while at the same time reinforcing their joint actions.²⁰

9. ACC members were aware of the challenges inherent in coordinating in an interdependent world in which, paradoxically, public action is highly fragmented; inevitably, as a result of this structural fragmentation and divisions, to paraphrase Koskenniemi, ‘the sphere of the “international” has been transformed from one of a principled commitment to a battle-zone’.²¹

10. From the mid nineteen nineties, the ACC’s Executive directors with the Secretary General at their head began giving some credence to the role that this body could play in responding collectively to the challenges of globalization.²² On this point, the Secretary General’s efforts to strengthen coordination by creating the CEB were a determining factor. The creation of this body is probably one of the least known achievements of Kofi Annan during his period in office. At the end of the nineties, we find the then Secretary General explaining to the executive directors the need to reinforce and transform the committee’s consultation system as well as inventing mechanisms which will ensure ongoing communication and dialogue between its members. For Kofi Annan, new working methods were needed in the subsidiary machinery of the committee and full time support for the team in the Secretariat. In fact, Annan began by creating the Office of Inter-Agency Affairs in 1998 to ensure improved interchange of information between members of the ACC.²³

11. In the heat of the globalization debates of the nineties, the committee members shared the Secretary General’s vision on the potential role of the ACC in the global institutional architecture and undertook to transform it into the *centrepiece of a more united and effective system*.²⁴ The Secretary General addressed members of the ACC on 5 October 1999 as follows:

‘Best way to proceed is to entrust the task of reviewing the current state of affairs and of preparing a proposed blueprint of desirable reforms to a small and independent team that combines in-depth, direct experience of the workings of the inter-agency machinery, with an external but knowledgeable view.’

12. Reasonably, the improved effectiveness of the United Nations requires increased coherence, not only in the phase of formulating policies but also in implementing them. Only in this way will the United Nations be able to increase their capacity to provide a coherent collective response to

¹⁶ See ACC/1992/32 (28 July 1993) at 7.

¹⁷ See Res A/51/950, *Renewing the United Nations: A programme for Reform*, Secretary General’s Report (14 July 1997).

¹⁸ See *Joint Statement on Reform Processes in United Nations System Issued by Administrative Committee on Coordination*, Press Release SG/SM/6106 ORG 1227 (11 November 1996).

¹⁹ See *Reform and Strengthening of the United Nations System*, SG/SM/6106/ORG/1227 (11 September 1996).

²⁰ See ACC/1996/20 (3 December 1996), pp.17-18 and *ANNEX III The Role and Functioning of ACC: An historical note*, paragraph 33.

²¹ M. KOSKENNIEMI, *International Legislation: today’s limits and possibilities*, op.cit.p.31.

²² See *Summary of conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its first regular session of 2000*, ACC/2000/4 (7 June 2000).

²³ See *Summary of conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its first regular session of 1998*, ACC/1998/4 (9 June 1998), paragraphs 20-21, y *Managing Risks of Globalization Great Challenge of Modern Times, Secretary-General Tells Economic and Social Council*, Press Release ECOSOC /5812 (3 February 1999).

²⁴ See *Summary ...op.cit*, paragraph 20 (“centrepiece of a more united and effective system”).

major global public matters. The United Nations' reform programme was very clear on this point.²⁵ In the late nineteen nineties, the tasks considered by Executive Directors to be essential for improving co-ordination already included initiatives such as the creation of strategic alliances between agencies and consulting mechanisms which would ensure respect for the mandates and capacities of each agency, as well as clarifying the functions of the latter.²⁶ The ground breaking 1998 Operations Plan –drawn up on the basis of the Secretary General's proposals– had already incorporated in its agenda structural issues such as the relation between mandates and the implications of this relation for operation of the United Nations system overall:

‘Bringing about greater policy coherence and functional complementarity at the level of the system, strengthening the system's collective capacity for forward planning and strategic thinking, formulation of complementary responses to global problems and strategies for resource mobilization, enhancing the system's flexibility and rapid response capacity to major international developments and crises’.²⁷

13. Given this scenario, the ACC 1999 annual report declared in straightforward terms: ‘a new phase in inter-agency cooperation, spurred by the imperatives of globalization, is now emerging’.²⁸ During this period, several key ideas and proposals arose. Notable among these was the policy document issued by Gert Rosenthal, former Executive Secretary of the CEPAL.²⁹ In his document *A system-wide reform*, Rosenthal defended institutionalization of a culture of inter-institutional dialogue and communication in order to connect the theory and practice of coordination in all the structural activities of the United Nations (proposals, initiatives, programme priorities, strategic plans etc). In short, during the years prior to creation of the CEB, some Executive Directors and committee personnel were striving to take advantage of the UN reform programme in order to substantially improve inter-institutional coordination. This small epistemic community considered that improvement of this kind could help the United Nations to address global governance in a coherent and effective manner:

‘As the United Nations system enters a new century and equips itself to address the challenges of globalization, the content and purpose of inter-agency coordination is taking on a new policy significance, and a new central place in the policy concerns and initiatives of the organizations constituting the system’.³⁰

14. The report, drawn up by the ACC review team in 2000 and entitled *The Role and functioning of the ACC and its machinery*,³¹ is a clear expression of this principle. The basic ideas of this team comprising Hans Blix, former Director General of the IAEA, Raffaeuddin Ahmed, Head of the Economic Department and Franklin Thomas, former president of the Ford Foundation were summarized thus:

‘While substantive policy making is the prerogative of member states, ACC could focus its dialogues and deliberations in such a manner as to provide clear guidance for *translating legislative mandates into joint programmes and activities*. Where *initiatives of a policy nature appear urgent*, ACC may agree to draw them to the attention of the relevant policy-making organs of the system’.³²

15. In short, the ACC review team placed on the table the need to provide the coordination machinery with two basic functions for adopting coherent decisions:

²⁵ See *Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, A/51/950 (14 July 1997).

²⁶ See *Summary of conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its first regular session of 1998*, paragraph 18.

²⁷ See *Summary (1998)...* op.cit, paragraphs 20, 21, 23 and 24 (paragraph 22).

²⁸ See UN Doc. E/2000/53, *Annual Review report of the Administrative Committee on Coordination*, 1999, (7 May 2000), paragraph 3.

²⁹ See *System-wide Reform: An appraisal of the current phase* (1998).

³⁰ See *Summary of conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its first regular session of 2000*, ACC/2000/4 (7 June 2000).

³¹ See in particular, *Review of the Administrative Committee on Coordination and its Machinery: Report of the Joint Inspection Unit of the ACC and its Machinery*, A/54/288 (30 August 1999).

³² See *The Role and Functioning of ACC*, op.cit. paragraph 19.4, p.7.

1. The *concurrent mandates* of the different agencies in the United Nations require the ACC to be attributed the authority to provide guidance on *joint programmes and activities*.
2. The ACC's *nodal position* in the United Nations system also requires that it has competence to propose *urgent policies*.

16. Blix, Ahmed and Thomas proposed to make the ACC formally responsible for guiding programmes and activities as well as proposals for urgent policies. Interestingly, they also recommended modifying the name "ACC" so that its policy-related functions were more accurately expressed.³³ Clearly, their work lays down the foundations for the CEB, offering pragmatic and reasonable ideas for facilitating change.

III. The new mechanics

17. Achieving a unified purpose for the many institutions that make up the United Nations is no easy task. The ACC became a Board of Management of the United Nations in 2001 with such aim in mind.³⁴ The new reorganized body was granted the authority to promote more integrated and systematic programmes and therefore increase the degree of coherence of the United Nations system overall.³⁵ The transformation of the ACC to CEB was logically a basic element of the United Nations reform, promoted during Kofi Annan's mandate.³⁶ Currently, the Executive Directors of the CEB openly deal with issues of joint policies and strategies, and actively address ways of increasing coherence among its institutions. The change of paradigm at executive level has already occurred. In fact, there is consensus on the need to continue developing in this direction.

18. However, this requires inoculating the idea of "system" at all levels, beginning with the executive offices, and continuing with governments. On this point, the first decade of the new millennium is producing some changes. The first of these innovations was an initiative launched during the World Summit of 2005 to make the United Nations system more coherent and effective in matters of development cooperation.³⁷ For this purpose, in February 2006 the Secretary General created the High-level Panel on UN System-wide Coherence, following the document detailing the results of the World Summit, paragraph 169 of which prescribed that decision making throughout United Nations should take into consideration 'main horizontal policy themes'.

19. The objective of the Panel was to carry out an in-depth analysis of the solutions available for further strengthening coordination of United Nations operational activities with regard to the achievement of the internationally agreed development goals, including the Millennium Development Goals. That same year, in November, the Panel presented its report 'Delivering as One' (A/61/583). From then on, following two years of consultations, the General Assembly was to adopt the first and second Resolution on UN system-wide coherence, on 15 September 2008 (A/RES/62/277) and 2 October 2009 (A/RES/63/311), respectively. The first of these resolutions provided the initiative structure; and the second reinforced inter-institutional cooperation in 5 prioritised areas linked to development: (1) women's empowerment (2) strengthening UN coordination with regard to development governance, (3) improving UN funding for development, (4) delivering as one and (5) harmonisation of business practices.

³³ See *The Role and Functioning of ACC*, op.cit. paragraph 20.9, p.II.

³⁴ R. McLAREN, 'UN Reform through Coordination by the ACC: The Continuing Saga of the King and the Barons', 67 *International Review of Administrative Sciences*2 (2001): 313-322.

³⁵ See *Summary of conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its first regular session of 1998*, paragraphs 13 and 14.

³⁶ See *Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, A/51/950 (14 July 1997).

³⁷ See J. MÜLLER, 'System-Wide Coherence of UN Operational Activities', *Reforming the United Nations: the challenge of working together* (Martinus Nijhoff 2010), section D of chapter III.

20. These new initiatives are instrumental to the CEB's work, which since the start has included coordination of elements of the *Millennium goals programme* as one of its tasks; as is known, the first global programme of public policies based on measurable goals and employing measurement mechanisms for ensuring quantifiable fulfilment.³⁸ As a result, the CEB today is defined as the main instrument for supporting and reinforcing the function of coordination of United Nations inter-governmental bodies in social, economic and related matters. Led by the Secretary General and aided by the Secretariat –based in both Geneva and New York– the new body promotes coordination and strategic direction in the areas of responsibility of the Executive Directors.

21. There are currently three basic bodies for achieving this. The first of these and the most important is the CEB High Level Committee on Programmes (HLCP), responsible for promoting coherence and cooperation as well as sharing knowledge in strategic areas within the system. In addition, the CEB High Level Committee on Management (HLCM) undertakes to identify and analyse administrative reforms for improving efficiency and for simplifying what is currently known as United Nations 'business practices'. Finally, the United Nations Development Group (UNDG) is responsible for coordinating operational activities at a domestic level. Its mandate on this point is based on wide quadrennial policy review of the operational activities for development of the United Nations system.³⁹ These three bodies meet twice a year prior to the CEB sessions. They provide direction and guidance to networks and established working groups. Their agendas concentrate on promoting harmonization of specific practices, as well as emerging issues which require policy coherence.

22. The CEB concentrates its efforts on promoting what it calls 'a holistic approach to all *issues of system-wide importance*'. Hence, its tasks have varied considerably from those of the old ACC, including among others the following tasks and activities: (1) coordinated United Nations approach to climate change, (2) implementation of joint initiatives in response to the global and economic financial crisis, (3) progress for harmonization and simplification of business practices of the United Nations, (4) improved security of system personnel at a global scale, etc.⁴⁰ Through the CEB, the United Nations 'are committed to responding to these challenges by delivering as one at the global, regional and country levels on the basis of their convening and advocacy roles, normative and analytical expertise, and operational and coordination capabilities'.

23. With regard to climate change, the CEB provides the impetus for various initiatives designed to ensure that the United Nations is able to *deliver as one* in matters of mitigation and adaptation. The CEB also monitors the effects of the global financial and economic crisis on the scope of Millennium Development goals. In 2008, the CEB and its High-level Committee on Programmes (HLCP) set up measures to review and analyse the impact of the crisis on most vulnerable groups. On this last issue, the CEB has devised special measures to facilitate a more rapid response from the United Nations system. Thus, 9 joint crisis initiatives were set up in the spring of 2009 with a multidimensional approach: (a) additional funding for the most vulnerable; (b) food safety; (c) trade; (d) green economic initiative; (e) a global employment pact; (f) social protection floors; (g) humanitarian action, social security and stability; (h) technology and innovation and (i) control and analysis.

24. Essentially, the CEB's informal slogan is to achieve 'a more coherent United Nations system delivering as one in response to intergovernmental mandates at the global, regional and country levels'. To a considerable extent, their work takes as a reference the Secretary General's quinquennial actions. For example, one of the centrepieces of these actions for the current five year period is to support member states in their efforts to advance economic growth, social development and environmental

³⁸ See A/RES/55/2, *Millennium Declaration* (8 September 2000).

³⁹ See A/RES/67/226, *Quadrennial comprehensive policy review of operational activities for development of the United Nations system* (22 January 2013).

⁴⁰ E/2010/69, *Annual overview report of the United Nations System Chief Executives Board for Coordination for 2009/10*, ECOSOC (7 May 2010).

sustainability in an integrated manner. Thus, by extension, this agenda is also a priority for the CEB in its programme issue *Strengthening United Nations system support for sustainable development*:

‘In response to General Assembly resolution 65/152’, CEB (under the aegis of its High-level Committee on Programmes) developed several joint contributions of the United Nations system to the preparatory process of the Conference on Sustainable Development aimed at advancing coherence and synergies within the United Nations system on sustainable development’.⁴¹

25. In this regard, the CEB works to ensure a coordinated approach of the United Nations to follow-up of the Millennium Summit from 2000. A decade later, in 2012, this body was explaining its functions regarding the Millennium goals in the following manner:

‘Acting on its mandate to enhance United Nations system coordination and coherence in support of and conformity with intergovernmental mandates, CEB bolstered its efforts to support countries in the achievement of the Millennium Development Goals and strengthened United Nations system collaboration around sustainable development issues’.⁴²

26. As a result, for example, the HLCP addresses strategic matters with a view to speeding up implementation of the Millennium goals for 2015. Furthermore, this body in April 2012 drew up a synthesis Report entitled “Fairer, Greener, more Sustainable Globalization” which highlights the coordination problems in this specific area.⁴³ Not only does the HLCP refer directly to the problem of inter-institutional coordination as a structural issue which brings with it the imbalances in globalisation: ‘Lack of policy coherence and not globalization per se, is a fundamental cause of the imbalances’;⁴⁴ it also provides a somewhat caustic appraisal of the current situation:⁴⁵

‘There are many inter-governmental frameworks and international organizations within which global issues are debated and policies formulated and implemented. In many respects, however, these institutions tend to operate in “policy silos”, and there exists no effective mechanism for ensuring the integration of their work across institutional mandates—a major “structural gap”. Moreover, many lack effective mechanisms to encourage or enforce compliance—an “implementation gap”’.⁴⁶

27. One structural problem for inter-institutional cooperation, which also provides the stimulus for growing fragmentation of global governance and international law, are the functioning of treaty-based regimes as a form of *policy silos*. The resulting challenge is captured by Koskenniemi with great clarity:

‘As [...] international rationalities clash, there no longer is any neutral terrain on which to resolve such conflicts. The battle is waged through jurisdictional language: you tell me which institution is charged to deal with such clashes, and I will tell you how it will be resolved, which preference will win out’.⁴⁷

28. For reasons such as this, many United Nations officials and public representatives are dubious about the actual capacity of the UN to channel the positive effects and balance the negative effects of globalization. Logically, in any case, the HLCP sustains a rather different position:

⁴¹ E/2012/67, *Annual overview report of the United Nations System Chief Executives Board for Coordination for 2011/12* (3 May 2012), p.4.

⁴² E/2013/60, *Annual overview report of the United Nations System Chief Executives Board for Coordination for 2012* (3 May 2013), conclusions, paragraph 73.

⁴³ CEB/2012/4, *CEB High-Level Committee on Programmes, Report of the High-Level Committee on Programmes (HLCP), at its Twenty-Third Session*, WMO Headquarters, Geneva, 19-20 March 2012 (3 April 2012), Annex V “Fairer, Greener, more Sustainable Globalization”, *A Synthesis Report by the High-Level Committee on Programmes* (2 April 2012).

⁴⁴ CEB/2012/4, op.cit, paragraph 38.

⁴⁵ CEB/2012/4, op.cit, paragraph 46.

⁴⁶ CEB/2012/4, op.cit, paragraph 55.

⁴⁷ M. KOSKENNIEMI, *International Legislation: today's limits*, op.cit, p.32.

‘The United Nations entities, acting collectively or individually, discharge of a range of functions that can influence the outcomes of the process of globalization—as the source of the human rights-based principles, norms and standards around which national policy should be articulated; as a source of research, technical assistance and policy advice; and as a forum for the exchange of ideas and experiences’.⁴⁸

29. In fact, the HLCP has publicly expressed its concern for the widespread scepticism regarding the ability of the United Nations organizations to manage the phenomenon of globalization in a coherent manner:

‘However, globalization has also affected the perception of the UN—there seems to be increasing scepticism about whether the UN as a multilateral framework can facilitate the urgent, cohesive and effective responses that today’s challenges demand. This doubt persists despite compelling evidence to the contrary, as well as evidence of the system’s capacity to reconfigure its operating organizations to elevate certain core objectives and enhance efficiency’.

30. In this respect, the CEB experts are fully aware of the difficulty of their task. At the same time, in response to this disaffection, HLCP recalls some of the United Nations’ most important achievements—in particular the Universal Declaration, the Convention on the rights of the Child, the ILO agreements, the Millennium Goals and the intergovernmental panel on climate change—and refers to them as essential for *achieving better outcomes from the globalization process*.

31. However, the actual problem resulting from the current multi-layered overlapping of authorities within the UN universe is also inevitably expressed within the coordination structures themselves. As explained, according to the Charter, the ECOSOC is authorized to coordinate within UN and paradoxically, therefore, to also “coordinate” the tasks of the CEB today.⁴⁹ In this regard, the General Assembly has also formally attributed the function of providing coordination and guidance to ECOSOC in order to ensure that political orientations ‘are implemented on a system-wide basis’;⁵⁰ a paradoxical policy measure when the CEB has the recently been given the wherewithal to coordinate high level inter-institutional coordination (HLCP, etc). Unquestionably, this super-structure for coordinating coordination (sic) weakens the authority of the CEB in fulfilling its mandate on coherence. In other words, the executive directors that make up the CEB are subject to the regular control of one of the specialized agencies of the UN. To a certain extent, this phenomenon is illustrative of the long ongoing struggle for power/authority between the organizational units that make up the United Nations. Inevitably, this situation contrasts markedly with the CEB’s new task in *Coordination in preparation and follow up of UN conferences and summits* within the framework of its functions of ensuring system-wide coherence on programme issues:

‘Responding to calls by the General Assembly for system-wide coordination in the preparation and follow-up to United Nations conferences and summits, CEB through its subsidiary machinery, consistently develops joint contributions as inputs to those meetings and systematically promotes collaboration and coherence in follow-up actions by the United Nations system’.⁵¹

32. In practice, the UN universe tends to regularly develop new layers of authority over its many bodies, including the CEB itself, and in doing so increases the latter’s Herculean task of delivering effective inter-agency coordination. An additional notable example in this regard is the so-called Comprehensive Policy Review of operational activities for the development of the United Nations system. This policy review mechanism created by a General Assembly Resolution serves as an instrument for the monitoring and the assessment of all UN development operations. Under this policy review scheme based on quadrennial reviews —where ECOSOC also provides coordination and guidance to ensure that

⁴⁸ CEB/2012/4, op.cit, paragraph 54.

⁴⁹ On so-called ‘co-ordinocrats’ see F. MEZZALAMA, K. ISSAOTHMAN & L. OUEDRAOGO, *Review of the Administrative Committee on Co-ordination and its Machinery*, Joint Inspection Unit, Geneva, JIU/REP99/1 (1999), p.14.

⁵⁰ See A/RES/67/226, *Quadrennial comprehensive policy review* (2012).

⁵¹ E/2013/60, *Annual overview report of the United Nations System Chief Executives Board for Coordination for 2012* (3 May 2013), paragraph 55.

those policies are implemented—, new system-wide policy orientation for the development, cooperation and country-level modalities have been established...

33. Last but not least, all these multiple old and new pro-coordination within UN are administered under the watchful eye of governments, to whom ultimately the CEB is answerable. As a result, all the annual reports of the CEB clearly capture this complicated position synthesized in the following catch phrase which, with minor variations, generally appears in its annual reports: ‘CEB deepen[s] its efforts to enhance the effectiveness of the United Nations system by fostering coherence and coordination *in response to mandates by Member States*’.⁵² In short, the CEB’s capacity to promote world policy coherence and coordination in general is inevitably limited by the traditional organizational forces which have driven the complex UN universe since its inception.

IV. Current policy options

34. The challenge of coherence in the architecture of global governance within the UN goes far beyond the CEB. Essentially, it is a structural challenge which dates from way back, transcending the creation of the United Nations. When the post-World War II system of international organizations was created, it was deliberately designed by its founders to be decentralized;⁵³ different international institutions were built upon and governed by their national counterparts— be they foreign ministries, treasuries, or departments of agriculture, health, education, and labour. As Ruggie underlines:

‘The most distinctive institutional feature of the UN system, therefore, is that it is not designed as a matrix at all but as a set of deeply rooted columns connected only by thin and tenuous rows. Nothing that has transpired since 1945 has transformed that fundamental reality’.⁵⁴

35. Hence, preserving the sense of unified purpose within the system is not the competence of the CEB but of the governments that make up the United Nations. Nevertheless, the CEB can make some contributions to improving policy coherence in accordance with its formal authority to guide programmes, activities and proposals. As a result, since 2003, the CEB has taken some steps to guide and influence programmes and activities as well as urgent political initiatives. In this regard, this peculiar body in the heart of the United Nations system, with the Secretary General presiding as *primus inter pares*, has several advantages for promoting a paradigm change. The basic issue is how to increase interdependence of the independent mandates. For this purpose, *joint collaboration initiatives* have proliferated in recent years,⁵⁵ and the CEB also has the capacity to promote high level activities and best practices in coordination matters;⁵⁶ and understandably, its members and technical teams have for years been among the most active advocates of the need to build “bridges” between the concurrent mandates of UN agencies.⁵⁷

36. The high level representation in CEB –Executive Directors of international organizations– as well as the fact that CEB’s Secretariat responds solely to the UN Secretary General –as president of the CEB– offers some possibilities for successfully promoting some good practices in the field of inter-institutional coordination within the United Nations. In this respect, for example, the CEB could easily promote some good practices with the help of the international Law Commission. (ILC). As the latter body is competent in codification and progressive development of international law, it would be reasonable to explore, together with the CEB, best legal practices in inter-institutional cooperation, with a view

⁵² E/2013/60, *Annual*, op.cit., p.3.

⁵³ J. W. HOLMES, *The Shaping of Peace* (University of Toronto Press 1979).

⁵⁴ J. RUGGIE, ‘The United Nations and Globalization: Patterns and Limits of Institutional Adaptation’, 3 *Global Governance* 9 (2003): 303.

⁵⁵ P. LAMY, *Pragmatic solutions need to be found now to enhance global governance*, WTO (2010).

⁵⁶ J. RUGGIE, ‘The United Nations and Globalization: Patterns and Limits of Institutional Adaptation’, 3 *Global Governance* 9 (2003): 301-321.

⁵⁷ See *Economic and Social Council Hears Briefing on Results of Initial Session of Administrative Committee on Coordination*, Press Release ECOSOC/5890 (12 May 2000).

to creating new effective legal tools on this issue in the long term⁴. Legal and policy measures such as, among others, reciprocal *technical assistance*, attribution of relevance to legal and fact determinations from other regimes (inter-institutional *deference*) and the creation of effective inter-institutional dispute settlement mechanisms, as well as joint decision making bodies are basic examples in this regard.

37. Article 13.1(a) of the United Nations Charter mandates the General Assembly to promote and commission studies for codifying and progressive development of international law. Since Resolution 174 of 21 November 1947 created the ILC, progressive development of international law consists of drawing up draft agreements on unregulated matters, or insufficiently regulated (article 15 of the Statute). Reasonably, inter-institutional coordination and coherence is one such case. The problem was identified many years ago; as Morgenstern explained in the nineteen seventies:

‘There would seem to be a need for a much wider awareness of the need for coherence in international legislation if the international law of the future is not to be cluttered, like space, with imperfect technology of the twentieth century’.⁵⁸

38. On this point, initiatives should exceed the diagnoses currently available on fragmentation of global governance and focus on practical proposals. In fact, although the appropriate framework for these issues of *lege ferenda* is the long term work programme of the ILC, it is clear that results can be obtained in the short term with the political will of some governments (i.e: G20). For several years now the high-level representatives of the United Nations, the Bretton Woods institutions and the WTO have sat at the table in the CEB’s biennial meetings. Unquestionably, it is the first global body in history in which the San Francisco regime (UN and its specialized agencies) and the Bretton Woods system (IMF and World Bank), together with the WTO, regularly participate in a common body partly aimed at improving the coherence of their diverse policies.

39. Nevertheless, these international organizations are largely tied to the mast of their respective treaty mandates. In this sense and notwithstanding that the CEB seats are occupied by the Directors General, those who actually make the global policy decisions in practice are the domestic agencies participating in these specialized organizations. For Müller, in this regard, ‘consolidation and merging of mandates and structures appear to be a precondition for coherent and efficient action’, which would require ‘a fundamental restructuring of the UN system, and that would face tremendous barriers’. Therefore, incremental consolidation, restricted to a limited number of entities and focusing on a narrow subject area, appears to be a more workable solution.⁵⁹

40. However, it is important to remember that the most powerful specialized agencies are not interested in building bridges in this respect, because this would restrict their leverage when defining global policies. In this context, and to paraphrase MacLaren, ‘as long as the barons have their own constitutional legitimacy, policy coordination of their work is impossible’.⁶⁰ In fact, when the Kofi Annan, Secretary General of the United Nations began to set up his plan for improving the UN system at the close of the nineties, not many supported his 1997 proposal that they convene a ministerial commission to review the association agreements between the UN and the specialized agencies, with an eye to better integrating the UN’s capacity to operate globally in all policy areas.⁶¹

41. Therefore, it is reasonable to argue that the CEB lacks the capacity to lead major global transformations regarding the coherence of international law and policies. To quote Ruggie:

⁵⁸ F. MORGENSTERN, ‘International Legislation at the Crossroads’, 49 *British Yearbook of International Law* (1978): 117.

⁵⁹ See J. MÜLLER, *Reforming the United Nations: the challenge of working together*, Ed. Joachim Müller (MartinusNijhoff 2010), p.X.

⁶⁰ See R. McLAREN, ‘The UN System and its Quixotic Quest for Coordination’, 34 *International Organization*1 (1980): 146-147 y R. McLAREN, ‘UN reform through coordination by the ACC: the continuing saga of the king and the barons’, 67 *International Review of Administrative Sciences* 2 (2001):320.

⁶¹ See UN Doc. A/51/950, *Renewing the United Nations: A Programme for Reform* (14 July 1997), paragraph 89.

‘The ACC/CEB, which the heads of the World Bank, the International Monetary Fund (IMF), and the WTO now attend, was never intended to modify this constitutional arrangement. Throughout its history it has discussed but was unable meaningfully to coordinate what was, in any case, merely the *secretariat tail end* of the UN system’s policy processes’.

42. According to this expert, an appeal to the greater social good is of limited use in persuading agencies within the same government to collaborate, let alone the international organizations of which their states are members. This is not because they are run by bad people but because of the structure of incentives and accountability under which these functional agencies operate: achieving increased instances of inter-agency collaboration requires finding some way of overcoming these structural flaws. Thus, as Ruggie suggests, at the beginning of the twenty-first century, the UN truly straddles an epochal divide, one side anchored firmly in the twentieth-century intergovernmental order, while the other is making efforts to create and participate in a more inclusive and more fluid global public domain.

43. In this context, the ways in which CEB relates to new global policy forums such as G20 is of significant interest. The G20 certainly has an increasing capacity to generate policy space and momentum across the board of the networking architecture of global governance. In practice, participating in G20 meetings and summits often helps the heads of international organizations to obtain the political impetus needed to push through their agendas;⁶² as Lamy puts it, ‘[the G20] is not a world government, but it gives signals, impulses’.⁶³ Thus, as a result, the UN Secretary General (CEB president) and the heads of several international organizations already participate in some G20 meetings, and they are pushing to increase their presence; also interestingly, international organizations already contribute to G20 debates through joint reports specially prepared for their meetings.⁶⁴

44. Not surprisingly, pragmatic observers view the G20 as the natural home of global leadership on one hand, and international organizations as places of expertise, mobilization of resources and specialized inputs (e.g. rules, policies, programs) on the other.⁶⁵ However, it is hard to disagree with those critics who portray the G20 as a discriminatory elite club with its non-inclusive global policymaking. In addition, it is obvious that neither the CEB president nor the heads of international organizations participating in G20 meetings are significant key actors deciding policy direction in this type of forum.

45. Reasonably, the conundrum of how to improve global policy coherence is that of finding a way to lead global governance in an effective and inclusive manner. In fact, it is not clear how and who should lead such an objective in the making: the governments, international organizations, parliaments, combinations or groups comprising all of these?⁶⁶ In this scenario of network governance and polyarchies, the limitations facing the CEB in carrying out its work are clear. Certainly, issues of on global policy coherence are more seriously taken into consideration nowadays. However, the bits and pieces of a new architecture for global governance are certainly not developing ‘à la Montesquieu’, as Lamy puts it: things are being done more in networking and informal modes, and some mechanisms are progressively being put in place to promote coherence.⁶⁷ In this context, the CEB could definitely play a role, collaborating with other policy actors in promoting some improvements in inter-institutional coordination. However, coherence in both internal and international policymaking will continue to be a domestic policy issue first and foremost, and only from the domestic sphere can it extend upwards towards the global realm, at least at the present time. In short, the CEB may well try to do its utmost, but coherence still starts at home.

⁶² P. LAMY, *Pragmatic solutions need to be found now to enhance global governance*, WTO (2010).

⁶³ P. LAMY, *Lamy urges raising UN ECOSOC profile*, WTO (2011).

⁶⁴ For first examples see *Seizing the benefits of Trade for Employment and Growth*, OECD-WB and ILO and *Prize Volatility in Food and Agricultural Markets*, OECD-FAO-UNCTAD-WB-WFP.

⁶⁵ P. LAMY, *Crisis is opportunity to restore coherence in global economic governance*, WTO (2010).

⁶⁶ P. LAMY, *Lamy sees need for “right global governance”*, WTO (2009).

⁶⁷ P. LAMY, *Pragmatic solutions need to be found now to enhance global governance*, WTO (2010).

VARIA

MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO ISLÁMICO, CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARRIAGE CELEBRATED BY THE MUSLIM RITE, CERTIFICATE OF LEGAL CAPACITY TO MARRY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Córdoba*

Recibido: 14.07.2015 / Aceptado: 20.07.2015

Resumen: El expediente previo matrimonial es un elemento esencial de validez del matrimonio celebrado en forma civil o religiosa. La Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, resuelve sobre la reclamación de una pensión de viudedad en el marco de un matrimonio contraído por el rito islámico sin haberse practicado su inscripción, ni tramitado el pertinente certificado de capacidad matrimonial. Por un lado, es precisa una reflexión crítica sobre los requisitos que ha de cumplir en aras a su eficacia el matrimonio celebrado al amparo del art. 7 de la Ley 26/92 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España, así como del resto de confesiones religiosas. Por otra, en nuestros días, la cuestión del certificado de capacidad matrimonial aflora asimismo en multitud de matrimonios donde existe un elemento de extranjería.

Palabras clave: celebración del matrimonio, rito islámico, expediente previo matrimonial, certificado de capacidad matrimonial, Derecho internacional privado.

Abstract: Legal marriages preliminaries are essentials elements in order to de the validity of the marriage celebrated according to the civil or religious ceremony. The Judgement of the Constitutional Court 194/2014, 1th December 2014, resolves an application for a survivor's pension under a marriage celebrated by the Muslim rite, lacking civil registration and the relevant certificate of legal capacity to marry. On the one hand, there is a need for a critical discussion about the necessary requirements to meet for a valid marriage celebrated under article 7 of the Law 26/92 Agreement of Cooperation between the Spanish State and the Islamic Commission of Spain, as well as the rest of religious faith. On the other hand, today the question of certificate of legal capacity to marry have also emerged in many marriages involving a foreign element.

Key words: marriage celebration, Muslim rite, legal marries preliminaries, certificate of legal capacity to marry, Private international law.

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Marco jurídico actual. Aproximación a la regulación del matrimonio en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España. III. Expediente previo y verificación de la capacidad nupcial: su análisis a la luz de la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. IV. Certificado de capacidad matrimonial en uniones con elemento extranjero. V. Conclusiones.

I. Consideraciones previas

1. Mediante la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional (TC) acordó desestimar el recurso de amparo presentado por don Bassirou Sena Sena contra la sentencia de la Audiencia Nacional denegándole la pensión de viudedad, tras el fallecimiento en diciembre de 2007 de doña Elena Arnaiz Moreno con la que se había casado por el rito islámico el 15 de julio de 1999¹. Más allá de otras cuestiones que se plantean al hilo de esta STC como la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE o la atribución de efectos civiles a los matrimonios en forma religiosa, considero de relevancia lo que a mi entender es el fondo de la resolución: la tramitación del certificado de capacidad matrimonial como elemento esencial de validez del matrimonio. En efecto, y tal como será objeto de análisis, el matrimonio ya sea celebrado por el rito islámico, judío o evangélico debe de cumplir los requisitos fijados respectivamente por las leyes 24/92, 25/92 y 26/92 fruto de los acuerdos entre el Estado español y la confesiones religiosas minoritarias². Esta sentencia nos brinda asimismo la posibilidad de realizar una reflexión más amplia sobre el requisito del “expediente previo matrimonial” en otros supuestos de uniones con elemento de extranjería, distinguiendo según el matrimonio sea celebrado en España o en el extranjero.

2. La institución matrimonial es una noción jurídica compleja por su doble cualidad de ser un estado del que derivan efectos legales, tanto personales como económicos entre los cónyuges y frente a terceros, así como una institución estrechamente apegada al individuo y que, por consiguiente, se ve afectada por los cambios sociales así como por las creencias religiosas³. Dicha evolución, pluralidad y, por tanto, complejidad se constata tanto en el acto inicial de unión, es decir en la celebración, como en el estado resultante del mismo⁴. De hecho, se está ante una de aquellas nociones que, dada su riqueza humana y sociológica, parece percibirse mejor por el profano que por el especialista⁵. El matrimonio, en tanto que negocio jurídico formal y solemne del Derecho de Familia⁶, no cuenta con un concepto autónomo ni si quiera en el ámbito de la Unión Europea. Así, los supuestos de tráfico jurídico externo, y en concreto la determinación de lo que es matrimonio cuando se trata de resolver una cuestión previa en cuanto a su existencia, se dejan en manos del Derecho internacional privado de cada Estado miembro⁷. Con independencia de las distintas concepciones que puedan esgrimirse, desde el punto de vista jurídico se observa que existen tres elementos esenciales en la formación del matrimonio: *primo*, el concurso de voluntades entre dos personas a través de la prestación del consentimiento, *secondo*, la constatación de la capacidad nupcial para cada uno de los contrayentes y *tertio*, la existencia de un acto solemne de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas⁸.

¹ Sala Segunda. Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Recurso de amparo 6654-2012. Promovido por don Bassirou Sena Sena en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español. BOE nº 11, de 13 de enero de 2015, pp. 1-15.

² Se aprobaron mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), a través de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE), y mediante la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España (CIE), todos ellos se publicaron en el BOE, nº 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 30208 ss., entrando en vigor el día siguiente al de su publicación.

³ Sobre la complejidad de una noción jurídica de “matrimonio” atendiendo a sus diversos significados, a su controvertida naturaleza, a los diferentes sistemas matrimoniales en el mundo y a su significado variable en el tiempo, nos advierte J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y Parejas de hecho”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2014, p. 85).

⁴ P. HAYOIT, “La conception existentielle du mariage et ses répercussions en matière d’erreur”, *Revue Droit Canonique*, nº 1, 1983, pp. 9 ss.

⁵ En palabras de F. BOULANGER, *Droit Civil de la Famille. Aspects Internes et Internationaux*, Tomo I, Economica (Collection Droit Civil), Paris, 1990, p. 125.

⁶ X. O’CLLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Derecho de familia*, Madrid, 1991, p. 21; M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho civil, Vol. IV, Derecho de familia*, 4ª Ed. Barcelona, 1997, p. 31.

⁷ Art. 13 del Reglamento 1259/2010, véase sobre esta cuestión L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio”, *CDT* (octubre 2013), vol. 5, nº 2, pp. 141 ss.

⁸ En el Código Civil español tales requisitos se derivan de los arts. 44, 45 y 49.

3. De entre los caracteres que podemos esbozar hoy en torno a la unión matrimonial, en el supuesto que nos ocupa, han de destacarse fundamentalmente dos. En primer lugar, estamos ante un matrimonio de naturaleza constitucional. El art. 32 CE garantiza el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, incluido éste entre los derechos y libertades de los que gozan tanto españoles como extranjeros. Dicha tutela tanto del *ius connubis* como del *status maritalis* viene garantizada asimismo a nivel internacional considerándose como un derecho fundamental de todo ser humano⁹. Además, junto a esta protección del derecho a contraer matrimonio, los arts. 14 y 16 de la CE inspiran la nueva concepción del matrimonio en España al instituir respectivamente la no discriminación por razón de religión y garantizar la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. Tales valores afectan tanto a la forma de celebración como a la capacidad y al consentimiento matrimonial. En este contexto, vieron la luz los mencionados Acuerdos del 1992 entre el Estado y las confesiones minoritarias de reconocido arraigo en España¹⁰.

4. Y en segundo lugar, el matrimonio se ha internacionalizado. Fruto de los flujos migratorios, hay un aumento significativo de matrimonios en los que al menos uno de los cónyuges es extranjero, aproximadamente uno de cada cinco uniones celebradas en España. A ello, hay que unir que dado el importante colectivo procedente de países musulmanes, fundamentalmente del Magreb, asistimos igualmente a una multiculturalidad de la familia. Emerge, pues, la necesidad de establecer muchas veces un difícil equilibrio entre el ordenamiento jurídico de origen del contrayente o contrayentes y el del nuevo Estado de acogida. Conocida es la problemática a la que se enfrenta el Derecho internacional privado a la hora de resolver la tensión entre la pervivencia de la ley nacional de la persona, en cuanto respetuosa con su diversidad cultural, y la aplicación del orden público internacional cuando aquélla resulta contraria a nuestros principios y valores constitucionales¹¹. Nos referimos a cuestiones que con un basamento en la distinta reglamentación dada al matrimonio por la *Sharia* o ley islámica prohíben, mediante un impedimento de disparidad de culto, a la mujer musulmana celebrar matrimonio con un no musulmán, o al varón, mediante la no existencia de un impedimento de ligamen, la posibilidad de contraer una unión poligámica¹².

5. Ante el amplio elenco de cuestiones que pueden plantearse en torno al matrimonio celebrado según el rito islámico y sus consiguientes efectos en el orden jurídico español, nos centraremos en aquéllas cuestiones que han aflorado en torno a la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Dejaremos, pues, aquéllas relativas al derecho material musulmán en cuanto a la celebración del matrimonio, para centrarnos en los requisitos que ha de cumplir dicha unión en el marco de la mencionada Ley 26/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE).

⁹ A nivel internacional, el art. 16 la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Pese a ser considerado como un derecho fundamental por tales convenios internacionales, la Constitución Española parece haberlo privado de tal naturaleza al incluirlo en el art. 32 que se sitúa fuera del Capítulo II de la Sección primera.

¹⁰ *Cit. supra*.

¹¹ Sobre esto, J. DÉPREZ, "Droit international privé et conflicts de civilisations", *R. Des C.*, 2008, pp. 36 ss.; J.M. ESPINAR VICENTE, "Sociedad multicultural y Derecho internacional privado", en I. GARCÍA RODRÍGUEZ, (ED.): *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 187; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *R. des C.*, 1993, pp. 167 ss.

¹² Sobre estas cuestiones nos remitimos a la numerosa bibliografía en la materia. *Inter alia*, A. RODRÍGUEZ Y S. MERNISSI (Eds.), *El Islám jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, Editorial Icara, Barcelona, 1998; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ Y M.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía (Ed.), Sevilla, 2005. A. L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000; M. MOYA ESCUDERO (Dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), *La multiculturalidad especial referencia al Islám*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

II. Marco jurídico actual. Aproximación a la regulación del matrimonio en el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión islámica de España

6. En el sector matrimonial, uno de los mayores logros constitucionales ha sido la instauración de un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración¹³, que acaba así con el largo periodo de confesionalidad preconstitucional incompatible con las manifestaciones básicas de una libertad religiosa y tolerancia de culto. Aunque desde el año 1981¹⁴, la nueva redacción del Código Civil admite la posibilidad de celebrar matrimonio religioso en forma no canónica, tal reconocimiento era puramente abstracto y ha necesitado para su efectividad de desarrollo legal posterior. En concreto, fue sobre la base de los mencionados arts. 14 y 16 de la CE y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, que en el año 1992 se firmaron los Acuerdos de Cooperación con las mencionadas confesiones no católicas, - a saber, la evangélica, la hebrea y la musulmana¹⁵-. En tales Acuerdos, junto con cuestiones como la naturaleza de las confesiones o la educación religiosa en los colegios, se desarrolló un amplio art. 7 con el objetivo de reconocer los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto o representantes de tales comunidades o confesiones religiosas siempre que se cumpliesen un conjunto de requisitos que la misma disposición enumera¹⁶.

7. La mencionada pluralidad de formas no significa admisión de cualquier forma o de matrimonios informales, *a sensu contrario* en el sistema español para la existencia del matrimonio continúa siendo imprescindible que el consentimiento se manifieste en una manera determinada legalmente establecida¹⁷. Una forma solemne y concreta constituye un elemento esencial del negocio jurídico matrimonial, a diferencia de otras cuestiones civiles basadas en el acuerdo de voluntades entre las partes donde el principio general es la libertad de forma¹⁸. En efecto, la noción de “forma de prestación del consentimiento matrimonial” implica que éste ha de otorgarse cumpliendo unos requisitos de capacidad y consentimiento ante una determinada autoridad, civil o religiosa, que será la que declare constituida la unión (ex. arts. 56-58 CC).

8. El art. 59 CC establece que “el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado (...)”. El art. 7 de la

¹³ Si bien no es éste el momento de detenernos en la polémica sobre la naturaleza exacta de nuestro sistema matrimonial, sólo mencionar que la mayor parte de la doctrina considera que el ordenamiento jurídico español instituye el sistema anglosajón, es decir, un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. No obstante, existe un sector minoritario que considera que se está ante un sistema latino donde existen varias clases de matrimonio que se rigen por su concreto Derecho confesional. Entre los representantes de la primera tesis hemos de destacar: L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Notas sobre el denominado sistema matrimonial español”, en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 501 ss.; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Comentario al artículo 49 del Código. Aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 276 ss. Entre los representantes de la tesis minoritaria, hemos de destacar, J. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, “Comentario al artículo 63 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 306 ss. Acertadamente, I. GALLEGU DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes nº 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992”, *Actualidad Civil*, nº 13, 1993, pp. 221-222), han señalado que con respecto al matrimonio canónico es donde surgen las mayores dificultades de encuadre sobre si se trata de una simple forma de celebrar matrimonio o, por el contrario, de una clase en sí; cuando se trata del matrimonio religioso no canónico, la cuestión parece clara, rigiendo un sistema facultativo anglosajón.

¹⁴ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, *BOE*, nº 172, de 20 de julio de 1981.

¹⁵ *Cit. supra*.

¹⁶ Ha de llamarse la atención que los Acuerdos se refieren a ministros de culto en el caso de las Confesiones evangélicas y las Comunidades israelitas en España, mientras que hablan de representantes en relación a las Comunidades musulmanas. La palabra culto es de tradición protestante y denota una diferenciación con la misa católica. Dado que el trasfondo de la palabra culto es plenamente cristiano no entendemos la razón de su alusión a los rabinos como “ministros de culto”. Por otra parte, el término confesión o iglesia se utiliza para las comunidades de base cristiana tanto evangélicas como católicas romanas, mientras que el término comunidad es utilizado para las israelitas o musulmanas.

¹⁷ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (“Derecho de familia. El matrimonio”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 302) precisa que mediante una aplicación analógica del art. 49 Cc. *in fine* inspirada en el principio *favor matrimonii*, un matrimonio no ceremonial o informal sería válido en España en el caso de que fuese admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges.

¹⁸ M.L. LABACA ZABALA, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *Saberes*, vol. 5, 2007, p. 2.

referida Ley 26/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con CIE, en sus cinco apartados describe cómo ha de ser, qué requisitos deben concurrir y quiénes han de participar a efectos de que el matrimonio celebrado según este rito sea válido civilmente en España. El apartado primero del mencionado art. 7 especifica que “se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según *la forma establecida en la Ley Islámica...*”, no existiendo la más mínima recepción a efectos civiles de normativas confesionales sustantivas. Con ello, si bien el Islam contiene normas sobre el matrimonio que reglamentan también aspectos sustantivos del mismo como la capacidad, el consentimiento, el contenido o la extinción del vínculo, al amparo del ordenamiento jurídico español, al no pasar tales uniones de ser matrimonios civiles en forma religiosa para los aspectos mencionados, la única legislación operativa será la civil a través de la jurisdicción estatal¹⁹. Diferente sería el supuesto de matrimonios celebrados según el rito musulmán cuando ninguno de los contrayentes ostenta la nacionalidad española y la ley nacional de alguno de ellos valida tal unión²⁰.

9. A lo largo de los apartados que conforman el mencionado art. 7 se confirma aquello que es la regla general en cuanto a la celebración del matrimonio en el ordenamiento español, su articulación en torno a tres momentos: a) *la comprobación de la capacidad nupcial* de los cónyuges a través del expediente previo matrimonial²¹; b) *la prestación del consentimiento* ante dos testigos y una autoridad civil o religiosa; y, c) *la inscripción del matrimonio en el Registro Civil* competente para que produzca plenos efectos. De acuerdo a estas pautas se articula el matrimonio tanto civil como religioso según la forma evangélica, israelita y musulmana, si bien en el caso de ésta última con determinadas especificidades. Ciertamente, la cuestión es algo diversa cuando nos adentramos en el matrimonio coránico tal cual es admitido por el Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE. El acercamiento a tal reglamentación no siempre es sencilla debido, por una parte, a que tales diferencias apuntadas se encuentran en la propia naturaleza del matrimonio musulmán tal cual es concebido por su derecho material y, por otra, por la constatación de una falta de claridad en cuanto a la redacción del propio art. 7.

10. No resulta baladí, que el art. 7 insista tanto en su párrafo primero como segundo en la necesidad de que los contrayentes reúnan los *requisitos de capacidad* exigidos por el Código Civil, y que ésta sea acreditada previamente a su inscripción. La verificación de la capacidad nupcial se realiza, con carácter general, a través del expediente previo matrimonial y en el caso de los matrimonios celebrados por el rito coránico se atiende con especial celo al cumplimiento de una edad mínima y a la ausencia de impedimentos por parte de ambos contrayentes. Si bien la *Sharia* fija el límite de edad para contraer matrimonio en 15 años para el varón y en 12 años para la mujer, la mayoría de las actuales legislaciones modernas de los países musulmanes han establecido como edades mínimas 18 años para el varón y 17 para la mujer²²; con ello, se evita la contradicción con nuestro ordenamiento jurídico que fija dicha edad en 16 años para menores no emancipados (art. 46.1 CC) y en 14 años obtenida la dispensa judicial (art. 48.1 CC)²³. En cuanto al impedimento de ligamen la situación es completamente diversa. Si bien

¹⁹ En esta cuestión, se manifiesta una clara distinción en cuanto al tratamiento ofrecido al matrimonio religioso, según éste sea canónico o no. El matrimonio canónico, según lo configuran los Acuerdos Iglesia-Estado, tiene reconocida una cierta identidad propia, aludiéndose en su texto que este matrimonio debe “celebrarse según las normas del Derecho canónico”, por tanto no sólo en cuanto a la forma, sino también incluyéndose ciertos requisitos sustantivos. Siguiendo la opinión de I. GALLEGO DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA, “El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 224.

²⁰ Así se consideró válidamente celebrado un matrimonio por el rito islámico en el Consulado de Marruecos en España aunque no cumplierse los requisitos del art. 7 de la Ley 26/92 (RDGRN 31 de mayo de 2007), situación a la que haremos referencia en el epígrafe III de este estudio.

²¹ En la celebración del matrimonio según el rito canónico no se exige ningún expediente previo ante el encargado del Registro Civil que autorice tal matrimonio o que certifique sobre la capacidad de los contrayentes. De hecho el propio Código de Derecho canónico, regula en sus cánones 1063 y ss., un conjunto de medidas preparatorias del matrimonio que viene a cumplir la finalidad de acreditar la posibilidad de contraer matrimonio.

²² Establece el art. 19 del Código marroquí del Estatuto Personal (*Mudawana*), aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004, que la capacidad para el matrimonio la adquiere el hombre y la mujer a los “dieciocho años solares”, siempre que “goce de facultades mentales”. *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA (Dir.), *Código marroquí de la familia*, Ediciones Blanca, Jaén, 2009, p.61.

²³ Puede ser objeto de dispensa por el Juez de primera instancia, ex. art. 46 CC en relación con el art. 48 CC. En este sentido, RDGRN de 25 de enero de 1985 y de 7 de abril de 1995. Dada la posibilidad de dispensa judicial para menores hasta 14 años en el ordenamiento jurídico español no se consideró contrario al orden público el matrimonio celebrado entre un ciudada-

la *Sharia* y algunos ordenamientos musulmanes admiten la poligamia, la excepción de orden público internacional impedirá la celebración y/o inscripción de cualquier matrimonio en el que exista otro ligamen previo no disuelto legalmente. Cuando, en cambio, nos encontramos ante el impedimento de disparidad de culto que impide según la Ley islámica celebrar matrimonio a un hombre musulmán con una mujer que no sea monoteísta -o de las llamadas religiones del Libro-, o a una mujer musulmana con cualquier hombre que no sea musulmán, en el caso poco probable de que se celebrase un matrimonio ante las autoridades islámicas, lógicamente no existiría obstáculo alguno para producir efectos civiles en España²⁴.

11. Para que el matrimonio despliegue sus efectos legales, junto con los requisitos de capacidad, el art. 7.1 establece que los contrayentes deberán expresar su *consentimiento* ante alguna de las personas enumeradas en el número 1 del art. 3 del Acuerdo de Cooperación con la CIE y al menos dos testigos mayores de edad. Con independencia de que el Derecho matrimonial islámico admita uniones en las que baste la presencia de los esposos, el tutor matrimonial o *wali* y los dos testigos, las uniones celebradas al amparo de la mencionada Ley 26/92 deben necesariamente contar con la presencia de una autoridad religiosa. El consentimiento, pues, para que sea válido debe prestarse ante un dirigente religioso –ya se trate de un cadí, mullah o imam- que ha de estar acreditado tanto por la comunidad particular que regenta como por la propia Comisión Islámica de España²⁵. Por supuesto, las exigencias de la *Sharia* en cuanto a que los dos testigos además de mayores de edad sean varones y musulmanes, así como la existencia del *wali*, en tanto la figura encargada de verbalizar la voluntad de la mujer en la unión matrimonial, se quedan en el ámbito estrictamente interno de la comunidad religiosa sin trascendencia alguna a efectos civiles. Es más, en este sentido, sería contrario a nuestro orden público y no desplegaría efectos civiles si el consentimiento no se emitiera por parte de la esposa de una manera personal y libre; todo ello, pese a la existencia del *wali* o tutor matrimonial a efectos meramente ceremoniales.

12. Según especifica el art. 7.1 del Acuerdo con la CIE “Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil”. Hasta aquí, el mencionado Acuerdo mantiene el mismo tenor que sus homónimos previstos para los ritos evangélicos y judíos, en concordancia además con el art. 60 CC. La diferencia estriba en el art. 7.2 del mencionado Acuerdo cuando alude que “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en forma islámica, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”, como si dicha inscripción fuese potestativa y la tramitación del certificado de capacidad nupcial pudiese posponerse a dicho momento. De este modo, atendiendo al tenor literal de este precepto, podría parecer que desde el punto de vista del Derecho Registral, la forma de celebración del matrimonio modula el momento en que se verifican los requisitos, así como si es exclusivamente a nivel formal de la propia certificación del matrimonio o también a nivel sustantivo.

13. Junto a las cuestiones aludidas que emanan fundamentalmente de una concepción distinta desde el punto de vista sustantivo del matrimonio en la Ley islámica o *Sharia*, afloran otras igualmente cruciales de naturaleza eminentemente formal que pueden llegar a cuestionar la validez del matrimonio celebrado según la forma islámica. Esta tesis tiene su razón de ser, como hemos advertido, en una redacción imprecisa y ambigua de determinados apartados del art. 7 del Acuerdo de Cooperación con la CIE, a los que hay que unir el tenor de la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993²⁶ que más que “orientar”, parece causar el efecto contrario. Se trata de cuestiones básicas

no español y una ciudadana marroquí de 15 años al contar ésta con dispensa paterna, tal como establece el Código de Familia marroquí (RDGR de 27 de mayo de 1994).

²⁴ *A sensu contrario*, las autoridades españolas permiten la celebración civil del matrimonio de ciudadanas musulmanas con varón no musulmán con independencia de que la ley nacional de éstas no lo admita al considerarse dicho impedimento de disparidad de culto contrario a nuestro orden público. Sobre esta cuestión, *vid.* RDGRN de 10 de junio de 1999 en relación a un matrimonio entre ciudadana marroquí musulmana y ciudadano alemán ante las autoridades civiles en Palma de Mallorca.

²⁵ Art. 30 de la Ley 26/92, *cit. supra*.

²⁶ Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, *BOE*, nº 47, de 24 de febrero de 1993.

tales como si es posible celebrar un matrimonio válido sin expediente de capacidad previo al mismo, o la determinación de si la inscripción del matrimonio en el Registro civil es realmente de carácter testamentaria en este tipo de uniones. Mediante la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, la Sala Segunda del TC dará una respuesta contundente sobre la validez del matrimonio islámico en estos casos, cuestiones que nos permiten ir más allá y reflexionar sobre nuestro actual sistema matrimonial o los límites del pluralismo religioso.

III. Expediente previo y verificación de la capacidad nupcial: su análisis a la luz de la STC 194/2014 de 1 de diciembre de 2014

14. Mediante la Sentencia 194/2014, la Sala Segunda del TC ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por don Bassirou Sene Sene en noviembre de 2012, ante su petición de una pensión de viudedad de clases pasivas. El recurrente contrajo matrimonio por el rito islámico con doña Elena Arnaiz Moreno el 15 de julio de 1999, aportando certificado emitido por el presidente de la Comunidad Islámica de Galicia. La ceremonia se celebró sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial emitido por el encargado del Registro civil, ni posterior inscripción en el mismo. Cuando la Sra. Arnaiz Moreno fallece, el 26 de diciembre de 2007, ésta figuraba afiliada a MUFACE. Después de resultar fallidas diversas reclamaciones en solicitud de una pensión de viudedad por parte del Sr. Sene Sene en los órdenes tanto administrativo como judicial, se presenta recurso de amparo ante el TC alegando una vulneración del derecho a la igualdad ex art. 14 CE.

15. Si bien diversas cuestiones afloran al hilo de esta sentencia del TC, considero que el tema clave que subyace no es otro que la validez o no de un matrimonio celebrado por el rito islámico sin cumplir con el requisito de la tramitación previa del expediente en aras a verificar la capacidad nupcial de los contrayentes ante el encargado del Registro Civil. Tal disyuntiva nos sumerge en el debate sobre la existencia o no de dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán con o sin expediente matrimonial previo. Sobre esta cuestión hemos de partir de dos premisas que nos ayudarán a poner luz en el asunto. En primer lugar, si bien la Constitución española (art. 32), así como diversos Convenios internacionales antes citados reconocen el derecho a contraer matrimonio, dado que este estado civil produce una serie de efectos en diversos ámbitos tanto en la esfera privada como pública, la normativa estatal se encargará de regular los requisitos y la forma para que éstos sean válidos y tengan plena eficacia. En este sentido, y en relación a este caso, el TC en su sentencia estimó que “no todo matrimonio contraído por el rito islámico, es decir cumpliendo los requisitos de la ley islámica, tiene validez en España, sino sólo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de noviembre” (FJ5). El art. 7.2. especifica claramente que se atribuirán efectos civiles a aquellos matrimonios celebrados según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Y, en segundo lugar, la relevancia dada en el marco del Acuerdo de Cooperación con la CIE a la comprobación de los requisitos de capacidad de los contrayentes. Así, junto con la mención aludida en el apartado primero del art. 7, su apartado segundo insiste que si las personas desean inscribir matrimonio según la forma islámica, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida en el Registro Civil correspondiente. En el caso que nos ocupa, el TC menciona como base de su desestimación más de una veintena de veces que el matrimonio se celebró sin el pertinente certificado de capacidad matrimonial, instrumento básico al “servir para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado”.

16. De la lectura del art. 7 del Acuerdo con la CIE parecen admitirse dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán *con o sin expediente matrimonial previo*, con lo que éste comporta de instrumento clave a efecto de comprobar si los contrayentes tienen la capacidad nupcial requerida. La primera vía se corresponde a las etapas previstas para el matrimonio civil y los matrimonios religiosos

según los ritos evangélico y judío²⁷. En este caso, los contrayentes tras promover el expediente previo de capacidad nupcial, prestarán su consentimiento en el plazo de seis meses ante la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso islámico o imán. Tras dicha celebración, el representante de dicha comunidad religiosa enviará al Registro Civil competente, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio²⁸.

17. De igual modo, tal como se extrae del art. 7 del Acuerdo con la CIE, se entiende poder contraerse matrimonio sin necesidad de promover previamente el referido expediente. En este caso, el matrimonio comienza con la celebración misma de igual modo ante dos testigos y un dirigente religioso. Ahora bien, tal como especifica el apartado segundo del art. 7 del Acuerdo, “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad nupcial, mediante la certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”. De este modo, si bien parecen atribuirse efectos civiles a esta unión desde su celebración, ello se condiciona a que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, circunstancia que hasta la inscripción no podrá comprobarse por los funcionarios del Registro. Con ello, el encargado del Registro Civil no se limitará, como sucedía en el anterior caso, a verificar que el matrimonio se celebró dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado de capacidad nupcial, sino que además deberá comprobar que los contrayentes cumplen los requisitos legales exigidos en cuanto a capacidad nupcial. Tal como especifica la DGRN, en el apdo. IV de la Instrucción de 10 de febrero de 1993, cuando el matrimonio se ha efectuado sin la previa tramitación del expediente matrimonial, la inscripción en el Registro será más dificultosa, ya que el encargado del mismo habrá de comprobar *a posteriori* si los esposos han reunido los requisitos de capacidad exigidos por la ley española y muy especialmente la ausencia de impedimento de ligamen.

18. Según un sector doctrinal, esta falta de exigencia en la tramitación de este expediente con carácter previo no puede extrañarnos, alegando que ésta era la intención del legislador civil de 7 de julio de 1981 para los matrimonios religiosos en general. Justamente, el art. 63 CC regula la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, sin distinguir entre matrimonio canónico y no canónico, estableciendo la inscripción con la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Previéndose, en efecto, un cierto control estatal *a posteriori*, en el párrafo segundo de este precepto, al establecerse que “se denegará la práctica cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”²⁹.

19. No obstante, hemos de advertir que la admisión de dos modalidades distintas de contraer matrimonio mediante el rito islámico no ha sido pacífica en la doctrina civilista e internacional privatista³⁰. Desde mi parecer, si bien la redacción del art. 7 del Acuerdo con la CIE es algo confusa en este

²⁷ Vid. art. 7.2 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la FEREDE, por una parte, y el Acuerdo de Cooperación con la CIE, por otra, y el art. 56 CC.

²⁸ Ha de destacarse que mientras el art. 7.1 se refiere al dirigente religioso o imán como la autoridad ante la cual ha de prestarse el consentimiento, el art. 7.3 se refiere al representante de la Comunidad Islámica como la persona que ha de enviar al Registro Civil para su inscripción la correspondiente certificación. De modo que, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio, podrá o no coincidir con el dirigente religioso o imán ante quien se haya celebrado el matrimonio.

²⁹ Según I. GALLEGO DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 231) esta interpretación se ve confirmada con el art. 65 CC al establecerse que “salvo lo dispuesto en el art. 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente...”. Por tanto, alegan estos autores que “el art. 65 está dictado teniendo *in mente* que los matrimonios del art. 63 para su celebración no requieren expediente previo ante el Registro Civil, que autorice el matrimonio que declare la capacidad de los contrayentes”. En contra de este planteamiento, *vid.* R. DURÁN RIVACOBIA, *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*, Montecorvo Editorial, Madrid, 1988, pp. 98 y 105. La redacción tanto del art. 63 y 65 es objeto de reforma por la Disposición final primera que modifica determinados artículos del Código Civil en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, así la nueva redacción dada al art. 65 CC omite la mencionada salvedad con la que se iniciaba el artículo (*BOE* núm. 158, viernes 3 de julio de 2015, pp. 54065 ss.).

³⁰ A favor de esta dualidad de prácticas, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, *cit.*, pp. 226-228 y M. L. JORDÁN VILLACAMPA, “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de cooperación del Estado espa-

sentido, la DGRN en su Instrucción de 10 de febrero de 1993 optó por reconocer las dos modalidades a diferencia de lo establecido para los ritos evangélicos y judíos, al admitir que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden proceder asimismo a celebrar directamente éste sin acudir previamente al Registro Civil a tramitar el expediente previo³¹. Con la STC 194/2014, la cuestión parece zanjarse no admitiéndose dos modalidades sino *maximum* “dos vías”, tal como lo califica la Sala Segunda del TC, entendiéndose que ambas deben cubrir las mismas etapas para la conformación de un matrimonio válido, variando exclusivamente los tiempos. En concreto, el TC prevé la existencia de una primera vía, a la que califica como “regla general” en la que la celebración del matrimonio se llevaría a cabo tras la instrucción del expediente previo, mediante el que el instructor del mismo se cerciora de que se cumplen por las partes los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, y como prueba de ello emite el consiguiente certificado de capacidad matrimonial. La segunda vía, se instituye como una “regla especial” al consistir que se permita *excepcionalmente* a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos de capacidad. En este caso, sigue insistiendo el TC en su resolución, que dado el carácter excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin la previa instrucción del expediente, la inscripción registral adquiere necesariamente una especial importancia al venir a comprobar asimismo el cumplimiento de los requisitos de capacidad exigidos por nuestro Código civil. Sobre la base de tal razonamiento, el TC considera que para la validez de un matrimonio islámico es indispensable la verificación de los requisitos de capacidad de los contrayentes. En el caso que nos ocupa, dado que en el matrimonio celebrado mediante el rito islámico del Sr. Sene Sene con la Sra. Arnaiz Moreno en ningún momento, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración del mismo, se comprobaron por parte del encargado del Registro Civil los requisitos de capacidad, el TC concluye que éste carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

20. Y llegados a este punto, hemos de cuestionarnos, cuál es el sentido de dicha dualidad si para su eficacia civil y pleno reconocimiento los requisitos y condiciones a cumplir son exactamente los mismos variando exclusivamente el momento de su constatación. Dada la resolución dada por el TC del 1 de diciembre de 2014, la existencia de la segunda opción esbozada sólo tendría razón de ser cuando los contrayentes desearan que su unión se quedara exclusivamente en el ámbito religioso sin que fuese inscrito ni reconocido civilmente³². Conectaría con esta idea el hecho de que el art. 7.2 del Acuerdo

ñol con la Comisión Islámica de España”, en V. REYNA Y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 704-705; E. ROCA, “Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ Y S. MEINISSI, cit., pp. 257 ss. No obstante, hay autores como I. GALLEGU DOMÍNGUEZ Y L. GALÁN SOLDEVILLA (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, cit., p. 232) que no comparten tal dualidad opinando que, a pesar del tenor de la Ley, ha de interpretarse que tal certificación de capacidad se exige no sólo para inscribir el matrimonio sino también deberá presentarse al imán o dirigente religioso ante el que se pretenda contraer tal matrimonio para poder celebrarlo efectivamente. En este mismo sentido, J. M. MARTINELL GISPÉRT-SAÚCH (“Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación”, en V. REYNA Y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp.682-683) considera que la declaración interpretativa de la instrucción es contraria a la ley dado que, por una parte, no se atiene a lo que dice verdaderamente tanto la letra como el espíritu del precepto y, por otra, aludiendo a razones de coherencia jurídica del propio sistema. Otros autores, como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y parejas de hecho”, cit., p. 87) distinguen en cuanto al “expediente previo” los casos en los que necesariamente ha de instruirse (matrimonio civil, evangélico y judío) y en los que no al instruirse “en su caso, un expediente por parte de las autoridades islámicas o canónicas”, añadiendo que “la instrucción de dicho expediente se rige por las reglas propias de dichas confesiones religiosas”.

³¹ Se expresa dicha Instrucción de la DGRN, en su artículo IV del siguiente modo “aunque la letra del art. 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España puede inducir a confusión, de la comparación de su texto con el de los dos restantes Acuerdos y de los antecedentes en la negociación, se desprende que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo expuesto en el apartado anterior (se refiere con expediente matrimonial previo), pero también pueden, sin acudir previamente al Registro Civil proceder a celebrar directamente el matrimonio religioso (cfr. Apartados 1 y 3 del indicado art. 7).

³² Si bien, en ninguno de los Acuerdos consta expresamente la opción de contraer matrimonio con la exclusión voluntaria de los efectos civiles, no es ésta una práctica desconocida en otros países de nuestro entorno, así Italia. En concreto, en el art. 14.9 de la *intensa* del Estado italiano con la comunidad judía, especifica que “se mantiene la facultad de celebrar y disolver matrimonios religiosos, sin ningún efecto o relevancia civil, según la ley y la tradición hebrea” (la traducción es mía). *Vid.* Legge 101/1989. Norme per la regolarizzazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle Comunità ebraiche italiane, *GU* n.69, del 23.03.1983, Suppl. Ordinario n.21. Sobre esta cuestión, me remito a P. LILLO, “Brevi note sul regime dei matrimoni ebraico e islamico in Italia”, en AAVV, *Il diritto ecclesiastico*, Editrice Giuffrè, Milano, 1994, p. 528 ss.

con la CIE condicione la inscripción a que sean precisamente los contrayentes que *deseen inscribir* el matrimonio quienes hayan de iniciar el expediente acreditativo de capacidad nupcial. Ahora bien, esta argumentación tiene un punto débil al tener un sentido contrario al resto de matrimonios en forma religiosa y, más en concreto, al celebrado mediante el rito católico, en el que la inscripción posterior es una exigencia que necesariamente han de iniciar los contrayentes y/o el párroco³³. Así las cosas, existiría una importante diferencia con el matrimonio canónico en este sentido ya que “el que surtan o no efectos civiles en estos matrimonios regulados en los Acuerdos depende de la voluntad de quienes los contraigan”³⁴. Esta interpretación que aboga por la posibilidad de matrimonios religiosos que tengan efectos en el ámbito estrictamente confesional, se basaría en la peculiar redacción que hemos analizado del art. 7 del Acuerdo con la CIE; redacción cuyo tenor literal no es casual sino consecuencia de los planteamientos que durante la negociación de los Acuerdos mantuvieron los representantes de la CIE. En efecto, entre sus propósitos estaba preservar el derecho de los contrayentes a optar o no, por la eficacia jurídica de su matrimonio religioso, y que dicha opción pudiera ser ejercida, incluso después de celebrarse el matrimonio. Hay autores que opinan que, tal autonomía de la voluntad que limita los efectos del matrimonio al ámbito exclusivamente intraconfesional, está presente tanto en el matrimonio evangélico, judío como islámico. No obstante, con el matiz diferencial de que el islámico cuenta con la posibilidad adicional de lograr *ex post* la eficacia civil de una unión que inicialmente hubieran deseado como sólo religiosa, posibilidad que al ser obligatorio el expediente matrimonial previo no gozan los matrimonios celebrados según las otras dos confesiones religiosas³⁵.

21. En mi opinión, la situación ante la que ha debido enfrentarse el TC dirimiéndose en cuanto a la validez de un matrimonio islámico sin la tramitación de un expediente previo matrimonial y sin su inscripción posterior, es consecuencia directa de la ambigua redacción del Acuerdo de Cooperación con la CIE si atendemos a su literalidad y de una Instrucción de la DGRN que no vino a clarificar en absoluto el asunto. Se trata de dar respuesta a dos cuestiones aparentemente sencillas, si bien cuya solución no es en absoluto pacífica al tener como sustrato el debate sobre el modelo del propio sistema matrimonial español. La primera cuestión: ¿el expediente de capacidad matrimonial debe necesariamente tramitarse antes de celebrar matrimonio o también es posible realizar dicho control a posteriori? Y, en segundo lugar, ¿cuáles son las consecuencias de la falta de dicha tramitación? ¿Un matrimonio válido y no inscribible? ¿Sería subsanable? Para la resolución de tales cuestiones, considero básico atender a lo establecido en el Código Civil. Si tenemos en cuenta la redacción del art. 56 CC, no hay duda, “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”. Ahora bien, si ponemos en relación dicho precepto con el art. 65 CC que se refiere a aquellos matrimonios que se hubiesen celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, parece desprenderse que la ausencia del mismo no es por sí suficiente para considerar al mismo nulo o sin validez alguna.

22. De este modo, coincidimos con el TC en el sentido de que el expediente de capacidad previo a la celebración del matrimonio en forma islámica es preceptivo antes de proceder a la celebración del mismo (ex. art. 56 CC), aunque discrepamos al considerar que éste matrimonio carezca de validez alguna. Insistimos, dados los distintos criterios de capacidad para contraer matrimonio según el derecho material musulmán, -así el caso de la poligamia en cuanto el más extremo a nuestros principios básicos constitucionales-, la certificación de capacidad nupcial debe ser tramitada con anterioridad ante el Encargado

³³ Dice así el Protocolo Final en relación con el art. VI, 1) del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede: “Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a, los esposos la certificación eclesialística con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el Acta de matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”.

³⁴ V. REINA y J.M. MARTINEL GISPERT-SAÚCH, *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, 1995, p. 252.

³⁵ R. RODRÍGUEZ CHACÓN, “La autonomía de la voluntad en la eficacia civil del matrimonio celebrado según los acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias”, en V. REINA y M. A. FELIX BALLESTA, *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., p. 713.

del Registro Civil, tal como sucede con el resto de uniones con Confesiones religiosas minoritarias o el propio matrimonio civil. Ahora bien, su falta de tramitación no conlleva *per se* la nulidad del matrimonio sino que entendemos que sería subsanable ex. art. 65 CC y la Declaración VI de la Instrucción de la DGRN, de 10 de febrero de 1991³⁶. El legislador civil mediante el art. 78 CC consideró básico preservar la validez y eficacia de los matrimonios, de tal modo que “El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el art. 73.3º del Código Civil”. Dado que en el caso que nos ocupa, no consta ni la falta de consentimiento por parte del Sr. Sene Sene y la Sra. Arnaiz Moreno, ni hay indicio alguno de coacción para la celebración del mismo, ni de error en cuanto a la identidad de la persona, ni la existencia de parentesco entre ellos, ni de ligamen previo de alguno de ellos, estimamos que la ausencia de dicho expediente matrimonial podría haberse subsanado incluso tras el fallecimiento de la esposa. En efecto, el Sr. Sene Sene intentó sin éxito inscribir el matrimonio tras el fallecimiento de la esposa, creemos que aquí podría por analogía invocarse el art. 71 LRC al declarar que “la inscripción podrá hacerse en cualquier momento, aun fallecidos los contrayentes, a petición de cualquier interesado, mediante la simple presentación de copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio”³⁷.

23. Es preciso asimismo detenernos en la alegación que realiza el recurrente para fundamentar su pretensión con base al derecho de igualdad del art. 14 CE. El Sr. Sene Sene sostiene no ser precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico, atendiendo a la doctrina de la Sentencia del TC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004. Se alega por parte del recurrente que se ha conculcado el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE al tener un trato discriminatorio frente a otras personas que hubiesen contraído matrimonio religioso inscrito en el Registro sobre la base de que el R.D. 670/1987³⁸ que reconoce el derecho de pensión de viudedad al cónyuge legítimo sin distinguir entre matrimonios inscritos y no inscritos. Recordemos que en el caso que se alega, la STC 199/2004, se plantea un recurso de amparo al haberse desestimado igualmente una pensión de viudedad atendiendo al matrimonio canónico que se había celebrado en el seno de una Comunidad Cristiana sin haber sido a posteriori inscrito, por la voluntad expresa de los contrayentes, en el Registro Civil correspondiente. En este caso, el TC entiende que con el no reconocimiento de la pensión de viudedad se está vulnerando el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el art. 14 CE³⁹. Pese a la evidente semejanza de los hechos, el TC en el asunto que nos ocupa insiste en la falta de similitud entre ambos recursos. Aduce el Alto tribunal que en la STC del 2004 no se discute “la existencia de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico”, y, por tanto, no siendo la causa determinante de denegación la falta de inscripción del matrimonio, sino que la ceremonia religiosa por el rito islámico se celebró sin el certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil. Sigue insistiendo la Sala segunda del TC en su sentencia 194/2014 que “la certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado”. Ahora bien, en el referido matrimonio canónico no inscrito del que es objeto la STC 199/2004 no consta la tramitación de la certificación de capacidad matrimonial ante las autoridades civiles; en efecto, ésta no es precisa al ser sustituida por el “expediente matrimonial canónico” que hace sus veces, delegándose así en el párroco la responsabilidad en cuanto a la verificación de los requisitos de capacidad de los contrayentes.

24. De nuevo, esta sentencia nos enfrenta ante cuestiones cruciales en cuanto a la validez del matrimonio: ¿es obligatoria la inscripción? ¿Qué naturaleza tiene ésta simplemente declarativa o también constitutiva? Del tenor literal del art. 7 del Acuerdo con la CIE podría sustentarse su carácter facultativo;

³⁶ M. L. LABACA ZABALA, “Eficacia Civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *cit*, p. 34.

³⁷ *Idem*, p. 36.

³⁸ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, *BOE* nº 126, de 27 de mayo de 1987, pp. 15598 ss.

³⁹ Dice así expresamente la STC 199/2004 “el matrimonio del recurrente, comparado con otro matrimonio canónico no inscrito, es plenamente equiparable en su existencia, pues ambos existen como tal desde el momento de su válida celebración” (FJ 6), *BOE* de 21 de diciembre de 2004, núm. 306 suplemento, pp. 34 ss.

en efecto, así reza su apartado segundo “Las personas que *deseen inscribir* el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior (...)”. Si bien de los arts. 60 y 61 CC no hay duda alguna que para el pleno reconocimiento de los efectos es necesaria su inscripción, en el marco de este Acuerdo ésta podría considerarse potestativa⁴⁰. Así en el caso que nos ocupa, el Sr. Sene Sene alegó que no es precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico. Si bien hay autores que interpretan una cierta autonomía de la voluntad de las confesiones y de los propios contrayentes en cuanto a la previsión de eficacia civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa por las confesiones minoritarias⁴¹, también hay otros, a los que me sumo, que advierten sobre los peligros que ello puede conllevar ante “estados civiles en suspenso”⁴². Cuando se trata del matrimonio celebrado por el rito canónico, el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos (AAJ)⁴³ es más contundente en este sentido al no quedar la decisión o no de su inscripción, en ningún momento, en manos de los propios contrayentes. Así, el Protocolo Final del AAJ establece que “inmediatamente celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos, la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil correspondiente el acta para su oportuna inscripción, en el caso de que éste no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas”. De este modo, la inscripción aquí tiene un marcado carácter obligatorio, fuera de cualquier decisión de las partes.

25. ¿Y cuál es la razón de ser de tal diferencia con los matrimonios celebrados en el marco de los Acuerdos de Cooperación con las confesiones minoritarias del año 92? La respuesta es sencilla y a la vez anacrónica, y desde mi parecer, rozando la inconstitucionalidad: la propia naturaleza otorgada por nuestro orden civil al matrimonio canónico. En efecto, y Sentencias como la que nos ocupan lo confirman, éste se considera válido desde su celebración, y “la inscripción registral se presenta, no como un mecanismo mediante el cual el matrimonio canónico adquiere eficacia civil, sino como una obligación consecuencia de dicha eficacia”⁴⁴. Es cierto, que hay autores que desde un prisma constitucional mantienen la función calificadora de la inscripción, siendo asimismo para el matrimonio canónico *conditio iuris* del reconocimiento de eficacia civil del mismo⁴⁵. Es evidente que el TC ante la negativa, como hemos visto, de aplicar la jurisprudencia de la STC del año 2004 en el caso de un matrimonio celebrado por el rito católico no inscrito, alegando que la situación del Sr. Sene Sene no es equiparable, se posiciona y confirma que la naturaleza dada al matrimonio canónico es otra a la de los celebrados según las formas de confesiones minoritarias. En palabras del TC “ésta (la causa) no es idéntica a la analizada en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, porque partió de la existencia de un «matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 6), mientras que en el caso del recurrente la causa determinante de denegar el derecho a una pensión no fue la falta de inscripción del matrimonio, sino que la ceremonia religiosa de casamiento por el rito islámico se celebró sin el certificado de capacidad matrimonial”.

26. Así las cosas, hemos de enlazar de nuevo con la cuestión de la capacidad matrimonial y la tramitación del expediente previo. En efecto, el origen de la consideración de una naturaleza distinta del matrimonio canónico, estriba precisamente ahí, en la no exigencia de la tramitación del expediente prematrimonial ante el encargado del Registro Civil como requisito de validez *sine qua non* del matri-

⁴⁰ En este sentido se expresan V. REINA Y J.M. MARTINELL GISPERSAÚCH al declarar que “la inscripción no es una cuestión de deseos, sino consecuencia de la eficacia civil, aunque ésta en nuestros Acuerdos sí puede depender de la voluntad de las partes”, *Curso de Derecho matrimonial*, en J. L. LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 251.

⁴¹ J.M. MARTINELL GISPERSAÚCH, “Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de Cooperación”, en *Revista jurídica de Cataluña*, 1995, n° 1, pp. 81 ss.

⁴² Vid. M. L. LABACA ZABALA (“Eficacia Civil del matrimonio celebrado en forma religiosa”, *cit*, p. 25) refiriéndose a la inseguridad jurídica que la posibilidad de dicha inscripción posterior a voluntad de las partes podría conllevar.

⁴³ Instrumento de ratificación del Acuerdo firmado entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, *BOE* n° 300, de 15 de diciembre de 1979.

⁴⁴ *Idem*, p. 84.

⁴⁵ R. BARBER CARCAMO, “Comentarios al art. 63 Cc.”, en J. L. LACRUZ BERDEJO (Coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 596.

monio. En el matrimonio celebrado en forma canónica, el expediente se tramita ante el párroco u Ordinario, quien constatará si concurren en los contrayentes, los requisitos de capacidad y demás aspectos que exige el ordenamiento canónico (Can. 1070 del Código Canónico). Con ello, se produce un traspaso de funciones estatales al párroco. En mi opinión, el art. 56 CC no deja duda alguna sobre la necesidad de tramitar con carácter previo un expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, de modo que me uno a los autores que defienden que la ausencia de la tramitación ante el encargado del Registro Civil, al ser sustituida por la labor realizada por el párroco, traslada la función de control de validez a un momento posterior al de la celebración, necesariamente al momento de la inscripción del matrimonio canónico⁴⁶. No debemos olvidar que nos encontramos ante un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración, dónde en aras a respetar el principio de igualdad y no discriminación, no debería de hacerse distinción alguna en cuanto al momento y modo en que los matrimonios celebrados por los distintos ritos confesionales alcanzan la validez y con ella el despliegue de los efectos civiles.

27. Desde mi parecer, la STC 194/2014 al no admitir la jurisprudencia invocada del TC en su sentencia 199/2004 no acoge aquéllas interpretaciones que basadas en el sentido literal del Acuerdo de Cooperación con la CIE admitirían un matrimonio musulmán sin expediente previo matrimonial, lo que conlleva paralelamente el reforzamiento de la naturaleza distinta del matrimonio canónico desde el punto de vista de nuestro sistema legal. Sin duda, además, el enfoque mantenido en una resolución y otra por parte del TC es distinto, cuando los hechos y argumentos jurídicos que se invocan en ambas resoluciones guardan una gran similitud. En la STC 199/2004 no se cuestiona la “existencia misma del matrimonio”, ésta se da por hecho, sólo se pone el foco en la falta de inscripción a efectos de reconocimiento de la pensión; mientras que en la STC 194/2014 se insiste, no en la ausencia de inscripción, sino en la existencia y validez del propio matrimonio. El enfoque sino erróneo, sí con una importante desviación en cuanto al objeto sustancial del asunto ya fue puesto de manifiesto en los dos votos particulares emitidos por los dos jueces del TC en la Sentencia 194/2004, magistrados V. Conde Martín de Hijas y E. Pérez Vera⁴⁷.

28. Por último, estimo que con la última reforma del CC realizada por la nueva Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde el 23 de julio de 2015⁴⁸, el legislador español ha perdido la oportunidad de uniformar el sistema matrimonial español dotándolo al mismo tiempo de mayor claridad e igualdad. La reforma acaecida con la mencionada Ley ha incluido un nuevo apartado segundo al art. 60 CC mediante el que reconoce efectos civiles a los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por otras confesiones o comunidades religiosas que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con los que el Estado español no tiene Acuerdo. En este sentido, estipula que se requerirá para el reconocimiento de efectos civiles los siguientes requisitos: a) la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil; b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. No obstante, la reforma no aporta la necesaria uniformidad, al mantener el art. 60.1 CC prácticamente con su actual enunciado, dejando al margen del art. 60.2 CC la celebración del matrimonio según el Derecho canónico así como en la forma prevista para las otras confesiones con los que ha suscrito Acuerdos en

⁴⁶ R. BARBER CARCAMO, “Comentarios al art. 63 del Código civil”, *cit.*, p. 596. En este sentido, V. REINA y J.M. MARTINELL GISPERT-SAÚCH (*Curso de Derecho matrimonial*, *cit.* p. 210) señalan que la inscripción en el Registro civil será para los matrimonios canónicos el mecanismo a través del que es posible realizar “el control de concurrencia de los requisitos establecidos por la legislación estatal, y de concesión o no de plenos efectos civiles, que realiza el ordenamiento estatal”.

⁴⁷ Argumenta en su voto la Magistrada doña E. PÉREZ VERA que la mayoría de la Sala se sitúa en la óptica del demandante que invoca el principio de igualdad del art. 14 CE, aduciendo la desestimación de su pretensión no en la falta de vínculo matrimonial, sino en la falta de inscripción. Añade esta Magistrada, “Así, el tema se reconduce a un artificioso —en mi opinión— juicio de igualdad entre matrimonios canónicos inscritos y no inscritos, en el que el Tribunal afirmará que, reconocida “la existencia de un vínculo matrimonial”, no cabe “exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional que se encuentra extramuros de la capacidad interpretativa de que disfruta la Administración y el órgano judicial por estar claramente vedado por el principio de igualdad” (FJ 6). Planteamiento que considero artificioso por cuanto que lo que realmente cuestionan, tanto las resoluciones de la Administración, como la Sentencia impugnada, es la existencia misma del dicho matrimonio” (Argumento 3).

⁴⁸ Disposición final primera por la que se modifican determinados artículos del Código Civil de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *cit. supra*.

el año 1992. Y, en mi opinión, ha perdido también la ocasión de “constitucionalizar” nuestro sistema al seguir dejando al margen de cualquier nueva regulación al matrimonio canónico. En efecto, mediante las Disposiciones finales quinta, sexta y séptima de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, se produce una modificación en el tenor de los respectivos artículos 7 de los Acuerdos de Cooperación en las que se disipa cualquier duda que pudiera existir en cuanto a los trámites requeridos para que éstos tengan efectos civiles⁴⁹. Se prevé que en la celebración misma del matrimonio, el ministro de culto o el representante de la comunidad incluya las circunstancias del *expediente previo ya tramitado*, dándole un plazo de 5 días para la remisión de la certificación de la celebración del mismo al Encargado del Registro Civil competente.

IV. Certificado de capacidad matrimonial en uniones con elemento extranjero

29. La cuestión del “certificado de capacidad matrimonial” aflora asimismo, con una frecuencia inusitada, en multitud de matrimonios donde existe un elemento de extranjería y donde por falta o defecto en cuanto a la tramitación en el mismo se le niega su acceso al Registro Civil alegando falta de validez de la unión celebrada. La mayoría de los supuestos se han planteado desde una época relativamente reciente afectando fundamentalmente a ciudadanos de nacionalidad marroquí, de ahí que nos encontremos ante la validez de uniones celebradas en la mayoría de los casos según el rito islámico. Desde mi parecer, si bien el apartado anterior nos enfrentaba con un debate sobre el actual sistema de Derecho matrimonial en España, éste nos invita a una reflexión sobre si la respuesta dada desde el Derecho internacional privado se adapta a las demandas propias de una sociedad multicultural, más cuando se trata como veremos de validar uniones cuya única contrariedad o defecto es de tipo formal.

30. La verificación de la capacidad para contraer matrimonio es una cuestión que adquiere, si cabe, mayor relevancia cuando estamos ante una unión con un elemento de extranjería, ya venga dada por la nacionalidad de sus contrayentes o por su celebración fuera de España. La capacidad nupcial de cada contrayente se hará conforme a la ley de su nacionalidad. Si bien no existe una norma concreta en Derecho internacional privado a este respecto, tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la DGRN la han considerado parte de la capacidad de la persona⁵⁰, aplicando *in extenso* el art. 9.1 CC. Dicha comprobación de los requisitos de capacidad y la correlativa ausencia de impedimentos es objeto de control por parte de las autoridades españolas en distinto momento según la forma en que se preste el consentimiento. Tal como hemos visto en el epígrafe anterior, cuando el matrimonio se celebra en España y se oficia ante autoridades civiles o religiosas de confesiones minoritarias se tramita a través del expediente matrimonial, con las matizaciones y ambigüedades que plantea la forma islámica. En el caso del matrimonio canónico, el expediente matrimonial canónico se tramita ante el párroco y la verificación de la capacidad por la autoridad civil se pospone al momento de la inscripción en el Registro. ¿Qué sucede cuando el matrimonio se celebra en el extranjero y sus contrayentes desean que dicha unión acceda al Registro Civil? En principio, cuando el matrimonio va a celebrarse en el extranjero no es necesario instruir el expediente matrimonial en España y la verificación de la capacidad nupcial se realiza a posteriori en el momento de la inscripción en el Registro Civil.

31. Cuando existe un elemento de extranjería, las posibilidades de contraer matrimonio islámico con efectos civiles en España se amplían; así, a parte de la vía del art. 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE, esta unión podrá celebrarse según la forma legal fijada por el ordenamiento jurídico español en los arts. 49 y 50 CC. En estos casos, pueden surgir con toda su virulencia las diferencias entre el derecho matrimonial islámico basado en la *Sharia* y los principios básicos de nuestro sistema matrimonial, tales como la no discriminación entre los cónyuges por razón de sexo o profesión de fe, etc. Así, cuando

⁴⁹ En virtud de la Disposición final vigésima primera de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, las Disposiciones finales quinta, sexta y séptima entrarán en vigor el 17 de julio de 2017.

⁵⁰ *Ad exemplum* RDGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, RDGRN de 27 de marzo de 2007, sobre ciudadana marroquí menor de edad, RDGRN de 7 de octubre de 2008, sobre matrimonio en Marrueco con vínculo matrimonial previo no disuelto, RDGRN de 3 de febrero de 2009, sobre matrimonio de ciudadana colombiana.

ambos contrayentes son extranjeros, podrán celebrar matrimonio islámico en España, además de conforme a las formas fijadas para los españoles, según la ley personal o religiosa de cualquiera de los contrayentes. Con ello, en este caso el matrimonio islámico sería válido en España aunque no se cumpliesen los requisitos fijados en el art. 7, siempre que la ley personal de alguno de los contrayentes valide civilmente esta práctica⁵¹. De este modo, la DGRN en su Resolución de 31 de mayo de 2007, estimó la validez de un matrimonio consular entre dos ciudadanos marroquíes según el rito islámico aunque no se hubiese celebrado ante la presencia de dirigente religioso alguno, no siendo óbice para su validez al cumplirse las exigencias fijadas por la legislación marroquí para el rito coránico, a saber la presencia de dos “adules”, en calidad de testigos legalmente habilitados, la intervención preceptiva del *wali* o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote. En estos casos, el matrimonio ha sido celebrado sin expediente previo promovido ante las autoridades españolas, si bien debe acceder al Registro Civil al haber sido oficiado en territorio español (arts. 1.9 y 15 LRC). Así, ex art. 256 RRC, los cónyuges aportarán el certificado expedido por la autoridad o funcionario del país de celebración y el encargado del Registro Civil comprobará que concurren los requisitos legales para ser considerado como un matrimonio válido en España.

32. Cuando el elemento de extranjería viene dado por el lugar de celebración, es decir cuando éste se celebra fuera del territorio español, el art. 49 CC atiende a tal supuesto cuando al menos uno de los contrayentes es español. En este caso, junto con las formas civil y religiosas legalmente previstas, se podrá contraer matrimonio válido según la *lex loci celebrationis*, sea en su forma civil o religiosa. Según el sentido literal de este precepto, el matrimonio celebrado en el extranjero de acuerdo con el rito coránico, en principio, sería válido en España mediante dos vías, bien si esta forma religiosa es admitida por el país de celebración, o en el caso de que no lo fuese, cumple los requisitos del art. 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado y la CIE. Y, digo en principio, porque pese al tenor del art. 49 CC y la opinión mayoritaria de la doctrina⁵², la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993 veda la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios celebrados en el extranjero por españoles según la forma religiosa en el marco de los Acuerdos de Cooperación del 92 con las confesiones minoritarias, sin que éstas sean al mismo tiempo forma religiosa válida según el lugar de celebración. Ello, sobre la base de un ámbito de aplicación territorial limitado al territorio español de los mencionados Acuerdos⁵³, que choca de nuevo ampliamente con el matrimonio celebrado mediante el rito canónico, en cuyo caso su naturaleza -cada vez más discutida-⁵⁴, de “tratado internacional” del AAE con la Santa Sede valida civilmente los matrimonios celebrados fuera de España.

33. Cuando el matrimonio es celebrado en el extranjero entre dos contrayentes de nacionalidad extranjera, ante el silencio de nuestro Código civil en cuanto a la forma válida admitida, se aplica analógicamente el art. 50 CC. En efecto, fruto del importante colectivo inmigrante existente en nuestro país, cada vez son más las uniones que habiéndose celebrado en el extranjero aspiran a ser reconocidas por

⁵¹ Ex. art. 49 CC cuando se trata de matrimonios mixtos siendo uno de los contrayentes español, las posibilidades se limitan a las permitidas en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles, así no se permite el matrimonio ante autoridad consular y es preceptivo para que el matrimonio coránico goce de efectos civiles que éste sea conforme a los requisitos esbozados en el art. 7 de la mencionada Ley 26/1992.

⁵² E. PÉREZ VERA Y OTROS, *Derecho internacional privado. Vol. II*, UNED, 2001, p. 114, nota nº 5. En particular, J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (M. PASQUAU LIAÑO (DIR.), *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo I, Comares, 2000, p. 531) considera que “Este criterio, opuesto al sistema del art. 49 CC, resulta discriminatorio y carente de fundamento legal, pues el carácter territorial de los Acuerdos celebrados con otras confesiones, -que alude la DGRN-, no priva de contenido al art. 49 CC, que sitúa a todas las formas religiosas en pie de igualdad”.

⁵³ En este sentido, menciona expresamente la Instrucción de la Dirección General de 10 de febrero de 1993 “...es evidente que los respectivos artículos séptimos de estos Acuerdos tienen limitado su campo de aplicación a los matrimonios en esas formas religiosas que se celebren en España a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas. Queda, pues fuera de las previsiones legales la inscripción de los matrimonios según los ritos evangélicos, israelitas o islámicos que se celebren fuera del territorio español”. Asimismo añade la DGRN en esta Instrucción “...que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español... podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración...”.

⁵⁴ Vid. S. CASTELLÀ SURRIBAS, “Del Concordato de España con la Santa Sede. Luces y Tinieblas”, *Éxodo*, nº 93, 2008, pp. 16 ss.; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede”, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, noviembre 2005, p. 7.

nuestro ordenamiento jurídico y a inscribirse en el Registro Civil. Inscripción registral que, en virtud del art. 15 LRC, ha de practicarse necesariamente cuando uno o ambos contrayentes adquieren la nacionalidad española. ¿Y cuándo es en estos casos válido el matrimonio? Siempre que el consentimiento se haya prestado según la forma fijada por la *lex loci celebrationis* o bien de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los contrayentes. Dado el ingente número de ciudadanos marroquíes presentes en España, son frecuentes los casos en los que matrimonios celebrados según el rito islámico en su país de origen, aspiran a producir plenos efectos legales en España. De nuevo, y en virtud, del art. 256 RRC, los contrayentes a efecto de su validez y consiguiente inscripción en el Registro Civil deberán aportar una “certificación extranjera” emitida por la autoridad de origen que autoriza y celebra dicha unión.

34. En los supuestos descritos en que, atendiendo al elemento de extranjería en presencia, se pueda celebrar matrimonio ante autoridad extranjera, los contrayentes deberán de presentar en aras a su inscripción en el Registro Civil español “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración”, en el caso de unión civil, o “certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española”, en el caso de matrimonio religioso (art. 256 LRC). Inicia este precepto 256 LRC “se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española”. No olvidemos que estamos ante un supuesto en que si bien se parte de que la legalidad de dicha unión ha sido controlada por las autoridades del país de celebración, ésta debe verificarse a efecto de comprobar si cumple asimismo los requisitos fijados por el ordenamiento jurídico español para considerar válido un matrimonio. En este sentido, las autoridades españolas no sólo comprobarán la regularidad y autenticidad de la certificación extranjera que debe cumplir los requisitos del art. 85 RRC dejando constancia clara de la “realidad del hecho”, sino también la capacidad matrimonial de los contrayentes que han emitido un consentimiento válido para contraer matrimonio según la forma legalmente admitida (ex. arts. 49 y 50 Cc.). De este modo, se produce lo que califican acertadamente algunos autores un “*Flashback legal*”, ya que el Encargado del Registro verificará que en el momento de celebración de dicho matrimonio se cumplían los mencionados requisitos legales⁵⁵.

35. Como la práctica nos demuestra y las resoluciones nos confirman, estamos ante un procedimiento complejo y laborioso, y todo ello pese al tenor del art. 256 RRC que podría hacernos pensar que con la simple presentación de la certificación extranjera, la inscripción en el Registro español fuese cuasi automática. Dado que el expediente matrimonial previo ante las autoridades españolas no se ha tramitado, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales⁵⁶ pasa a controlarse a posteriori en el momento de la inscripción. Situación que contrasta ampliamente, de nuevo, cuando se trata de reconocer la validez y de proceder a la inscripción de un matrimonio celebrado según el rito canónico en el extranjero. En efecto, si bien durante años la inscripción sí ha sido automática mediante la presentación de la certificación eclesiástica en el Registro Civil Consular español competente, existe, desde época relativamente reciente, un cierto control al haberse detectado un número significativo de matrimonios de conveniencia así celebrados. En concreto, el encargado del Registro, amparándose en la posibilidad de realizar “declaraciones complementarias oportunas” ex. art. 256.3º RRC, verifica la legalidad del consentimiento prestado por los contrayentes católicos ante el párroco mediante “audiencias reservadas y separadas” a los mismos⁵⁷.

36. En los supuestos analizados hasta ahora de matrimonios celebrados en el extranjero, hemos partido de la premisa que las autoridades del país de celebración no exigían control previo de capacidad emitido por el país de su nacionalidad a través de la tramitación del “certificado de capacidad matrimonial”. Hoy en día nos enfrentamos con dicha exigencia principalmente en el caso de los españoles con

⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y Parejas de hecho”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *cit.*, p. 141.

⁵⁶ De manera taxativa nos advierte este autor que “nunca” se procede a una inscripción inmediata de la certificación, *Idem*, p. 139.

⁵⁷ Entre las primeras Resoluciones de DGRN las del 19 de abril de 2008, a la que han seguido a lo largo de estos años otras como RDGRN de 7 de noviembre de 2011, RDGRN de 6 de mayo de 2013 o la RDGRN de 5 de agosto de 2013. Se trata en todos los casos de matrimonios celebrados en Colombia por el rito canónico.

doble nacionalidad *de facto* que celebran matrimonio en país extranjero en el que nacieron y del que conservan aún su nacionalidad para efectos de aquél. Nos estamos refiriendo al caso de los ciudadanos marroquíes que tras su residencia en España adquieren la nacionalidad española, sin, a efectos del Derecho marroquí, perder su nacionalidad de origen al no contemplarse por dicho ordenamiento la pérdida de ésta. De este modo, según el Derecho internacional privado español, y en virtud del art. 9.9 CC, éstos son exclusivamente españoles, mientras que, a efecto del Derecho marroquí, éstos conservan intacta su nacionalidad de nacimiento, la única que consideran. En definitiva, en el país de celebración, Marruecos, su Derecho internacional privado exige el “certificado de capacidad matrimonial” a los contrayentes extranjeros, si bien lógicamente a estos sujetos no se les insta a su tenencia al no considerarles extranjeros sino nacionales. Lógicamente, el conflicto está servido. En torno a esta problemática, afloran de nuevo varias cuestiones en cuanto a la posible salvaguardia de la eficacia de tales uniones para el ordenamiento jurídico español: ¿Es válida la celebración de matrimonio según el rito musulmán fuera del territorio español? ¿Qué autoridad en estos casos está llamada a controlar la capacidad de éstos dobles nacionales *de facto*? ¿Se precisa el “certificado de capacidad matrimonial”?

37. En principio, es factible celebrar matrimonio coránico en tanto que *lex loci celebrationis*, en la que los contrayentes verán reconocida dicha unión en España siempre que ésta se formalice según el derecho extranjero del país de celebración. Si atendemos, al art. 252 RRC “Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado”. De este modo, si bien este “certificado de capacidad matrimonial” no es obligatorio con carácter general en Derecho internacional privado, sí es exigible cuando la *lex loci celebrationis* así lo prevé. Así las cosas, y dada la exigencia de dicho certificado por parte del Derecho internacional privado marroquí para aquéllos extranjeros que deseen celebrar matrimonio en su país, nuestras autoridades en base al mencionado art. 252 RRC rechazan la validez y la consiguiente inscripción de tales uniones al carecer de la tramitación previa del certificado de capacidad matrimonial. Según especifica la DGRN, esta solución ha de “mantenerse tanto si se considera que el citado artículo 252 del Reglamento constituye una norma material de extensión inversa o *ad intra* para los supuestos internacionales en ella previstos, por efecto de la cual se “interiorizan” las normas de los ordenamientos jurídicos extranjeros que exigen el certificado de capacidad matrimonial, como si se entiende que, partiendo de la condición de español del contrayente, no se han observado las exigencias para la celebración del matrimonio de la forma prevista por la *lex loci*”⁵⁸. Desde mi parecer, nos enfrentamos ante situaciones que si no se busca la flexibilidad del sistema, dotándolo de respuestas adecuadas ante una sociedad multicultural, tienen difícil solución⁵⁹. Ciudadanos que se consideran exclusivamente marroquíes para Marruecos, al tiempo que exclusivamente españoles para España, con normas lógicamente que prevén el cumplimiento de distintos requisitos para nacionales y extranjeros. En definitiva, estamos ante una problemática fruto de una falta de reconocimiento de la realidad, de situaciones *de facto* para las que el legislador no ha previsto puentes legales de reconocimiento, pero que existen fruto de la diversidad consecuencia de la migración.

V. Conclusiones

38. El estudio que hemos realizado al hilo de la STC 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, nos ha permitido no sólo detenernos en la tramitación del expediente previo matrimonial en tanto que

⁵⁸ Resoluciones de la DGRN de 3 de noviembre de 2011 (2ª), de 10 de octubre de 2012 (21ª), de 16 de octubre de 2012 (2ª), de 22 de noviembre de 2012 (1ª, 2ª y 3ª), de 31 de enero de 2012 (5ª, 6ª y 7ª), de 1 de marzo de 2013 (3ª), de 22 de abril de 2013 (7ª), de 14 de mayo de 2013 (8ª), de 23 de mayo de 2013 (3ª), de 5 de junio de 2013 (31ª), de 21 de junio de 2013 (58ª, 71ª y 72ª).

⁵⁹ Asimismo J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Matrimonio y parejas de hecho”, *cit.* p. 101) en un exhaustivo análisis de esta problemática señala que en muchos supuestos las autoridades españolas consideran nulo estos matrimonios celebrados en Marruecos alegando que no se respeta la Ley del lugar de celebración (Ley marroquí); no obstante, advierte este autor que “esta argumentación es débil porque la exigencia del certificado de capacidad matrimonial afecta a los requisitos de “capacidad” y no de “forma” del matrimonios, razón por la que el art. 49.1 CC no es aplicable”.

elemento esencial del matrimonio por el rito islámico, sino también reflexionar hasta qué punto nuestro sistema matrimonial español responde a las necesidades de un Estado laico y plural desde el punto de vista religioso y cultural. En efecto, el referido sistema es fruto de la concurrencia de normas de distinta naturaleza que vieron la luz en diversos momentos históricos: por un lado, la Constitución Española del 78 y el Código Civil, y, por otro, el Acuerdo sobre Asuntos jurídicos con la Santa Sede del año 79 y los Acuerdos de Cooperación con las confesiones minoritarias del año 1992, cuyo basamento directo fue la LO de Libertad religiosa, de 5 de julio de 1980. El análisis realizado de la mencionada STC 194/2014, así como de recientes RDGRN en torno a la validez del matrimonio con un elemento de extranjería, ponen de relieve que el contexto legal, cuenta con ciertos desajustes y ambigüedades que deberían corregirse.

39. En primer lugar, la STC 194/2014, desde mi parecer, tiene una doble virtualidad al poner de relieve, por una parte, los elementos esenciales que necesariamente ha de cumplir todo matrimonio para que tenga plenos efectos civiles, y por otra, la diferente concepción que nuestro ordenamiento mantiene entre el matrimonio canónico y aquél celebrado por los ritos acatólicos. Tales diferencias se evidencian en la comprobación de la capacidad matrimonial por parte del Encargado del Registro Civil o por el párroco, en la propia validez de la unión en el caso de no estar inscrita, así como desde el Derecho internacional privado dada la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero según el rito canónico -con independencia de que sea forma admitida por la *lex loci celebrationis*- o la facilidad para la inscripción de tales matrimonios celebrados en el extranjero.

40. Ante estas disfunciones del sistema presentes aún como consecuencia de la confesionalidad del Estado español en épocas anteriores, a lo que hay que unir una redacción del Acuerdo de Cooperación con la CIE diverso al de las confesiones judía y evangélica creo que es básico la búsqueda de una mayor homogeneidad en aras a un auténtico sistema matrimonial civil único con pluralidad de formas de celebración. De modo que todos los matrimonios celebrados en forma religiosa, con independencia de cuál sea la confesión, deberían cumplir idénticos requisitos legales fijándose en una coincidencia temporal en cuanto a su verificación por la autoridad civil con el fin de que éstos puedan desplegar plenos efectos civiles en España. Además, los cambios introducidos al CC por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 3 de julio de 2015 no han permitido dotar al sistema de la uniformidad necesaria, lo que hubiese conllevado asimismo una reducción de la ambigüedad existente y una mayor igualdad entre las distintas formas religiosas de celebrar matrimonio.

41. Por otra parte, nuestro sistema matrimonial adolece de una mayor flexibilidad pareciendo obviar, -en muchos casos donde existe una unión con elemento extranjero-, el *favor matrimonii* en tanto que principio informador del ordenamiento. Sin menoscabar el respeto absoluto a nuestros valores constitucionales a través de la excepción de orden público internacional en los casos en que sea preciso, considero que otras cuestiones meramente de “forma” debían de encontrar vías para solventarse sin que necesariamente desembocaran en la falta de toda validez de la unión celebrada. Las denegaciones de reconocimiento en cuanto a los matrimonios celebrados en Marruecos son cada vez más frecuentes, evidenciándonos que la respuesta dada por el ordenamiento jurídico español no es la idónea ante los caracteres de la actual sociedad multicultural y, en concreto, ante la demanda de un número de sus ciudadanos que ostentan *de facto* otra nacionalidad junto con la española. En efecto, es preciso articular vías que permitan que la capacidad nupcial sea controlada *ad initio* por la autoridad extranjera, evitando así que en los casos en que haya faltado ésta se realice por la autoridad española a posteriori en el momento de la inscripción, evitando de este modo la única salida para los contrayentes sea celebrar de nuevo el matrimonio.

PRIVACY SUL WEB (A PROPOSITO DELLA SENTENZA C-131/12 DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, GOOGLE SPAIN)

ONLINE PRIVACY (ABOUT THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE JUDGEMENT C-131/12, GOOGLE SPAIN)

FABIO CALVI

*Dottore in Giurisprudenza
Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 25.06.2015 / Aceptado: 02.07.2015

Riassunto: La sentenza C-131/12 della Corte di Giustizia costituisce senza dubbio un fondamentale punto di svolta nella disciplina tanto della responsabilità in capo ai motori di ricerca - cui si riconosce un ruolo preminente nello sviluppo e nell'attuale utilizzo del web - per i dati da questi trattati, quanto della privacy degli utenti del web. Il presente contributo intende analizzare tale sentenza alla luce del percorso logico e argomentativo compiuto dalla Corte, evidenziandone le possibili ripercussioni sulla società civile.

Parole chiave: Motori di ricerca online, internet, stabilimento, trattamento dei dati personali, diritto all'oblio, privacy, direttiva 46/1995/CE.

Abstract: The European Court of Justice's C-131/12 judgement is undoubtedly a crucial turning point in the regulation of the liability of search engines, which play a key role in the use and development of the internet and data processed, with particular regard to online privacy and personal informations. Here we will take a closer look at the judgement passed by the Court as well as at the possible repercussions on civil society.

Key words: online search engines, internet, establishment, personal data processing, right to be forgotten, privacy, directive 46/1995/CE.

Sumario: I. Introduzione II. Il caso presentato alla Corte di Giustizia III. La responsabilità dei motori di ricerca online IV. Il "diritto all'oblio" nella normativa europea V. "Diritto all'oblio" e internet VI. Conclusioni dell'Avvocato Generale e sentenza: analisi, corrispondenze e difformità 1. La prima questione: "stabilimento" 2. La seconda questione: "trattamento dei dati" e "responsabilità dei motori di ricerca" 3. La terza questione: "diritto all'oblio" VII. L'influenza della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE VIII. Conclusioni.

I. Introduzione

1. La presente trattazione intende analizzare la nota sentenza del 13 maggio 2014 della Corte di Giustizia (Grande Sezione) alla luce tanto della normativa di riferimento quanto degli effetti sulla società civile. E' ormai ampiamente assodato come i principi di diritto affermati nella decisione siano sostanzialmente tre. In primo luogo, la Corte ritiene applicabile la legge nazionale del Paese ove il motore di ricerca opera esercitando ulteriori attività quale la vendita degli spazi pubblicitari. In secondo luogo, i motori di ricerca sono responsabili del trattamento dei dati ivi contenuti e pertanto l'interessato avrà diritto alla rimozione dell'indicizzazione direttamente dal motore di ricerca anche nell'eventualità che l'informazione

sia stata legittimamente pubblicata. Infine – ed è questo l’aspetto più noto e dibattuto della sentenza – i giudici di Lussemburgo affermano che non deve essere possibile che, ricercando il nome di un individuo, l’utente sia indirizzato dal motore di ricerca a siti contenenti informazioni personali di costui.

2. Nel verificare se l’interessato abbia diritto a che tali pagine web non figurino più tra i risultati della ricerca, non rileva necessariamente il carattere pregiudizievole dell’inclusione dell’informazione nei medesimi risultati.

3. Dopo un breve riassunto della fattispecie oggetto della decisione della Corte, la presente nota si soffermerà sul secondo ed in particolare sul terzo dei suddetti principi. Mentre il secondo ha infatti determinato conseguenze certamente notevoli ma di fatto limitate ai diretti interessati (i motori di ricerca online), il terzo, comunemente qualificato come “diritto all’oblio”, ha costituito oggetto di numerosi dibattiti tanto tra professionisti quanto tra profani del diritto. Infine, dopo un’analisi dei rapporti tra le conclusioni dell’Avvocato Generale e la posizione assunta dalla Corte in riferimento alle questioni portate alla sua attenzione, si evidenzierà la condotta del principale interessato, Google, a seguito della decisione in esame.

II. Il caso presentato alla Corte di Giustizia

4. Il rinvio pregiudiziale è stato depositato dall’Audiencia Nacional, organo giurisdizionale con sede a Madrid, nell’ambito di una controversia che ha visto contrapposti da un lato Mario Costeja Gonzalez, cittadino spagnolo, e l’Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD), Autorità garante per la tutela dei dati personali della Spagna (attori nel procedimento principale), e dall’altro le società Google Spain SL e Google Inc (convenuti nel procedimento principale).

5. Mario Costeja Gonzalez aveva verificato che, digitando il proprio nome sul motore di ricerca Google, tra i risultati indicizzati compariva un link verso alcune pagine del sito web del quotidiano “La Vanguardia” ove era visibile una pubblicità per la vendita all’incanto di un immobile di sua proprietà a seguito di pignoramento per la riscossione di crediti previdenziali.

6. Egli presentava dunque reclamo all’AEPD contro La Vanguardia Ediciones SL oltreché contro Google Inc, società madre del gruppo Google con sede negli USA, e Google Spain SL, filiale spagnola del gruppo dotata di personalità giuridica autonoma (operante come agente commerciale preposta tra l’altro alla vendita a terzi di spazi pubblicitari generati sullo stesso sito di Google).

7. Il motore di ricerca consente infatti, tramite la piattaforma Adwords, di includere tra i risultati di una ricerca anche “link” pubblicitari a pagamento, mediante la selezione di una o più parole chiave, ove tali parole corrispondano a quelle digitate dall’utente. In aggiunta, Google, tramite il programma Adsense, prevede un servizio di sponsorizzazione per cui è possibile affiliare alla ricerca siti terzi in possesso di determinati requisiti.

8. Funzione precipua delle filiali locali è dunque di fungere da intermediari tanto per gli inserzionisti locali (che tramite Adwords possono acquistare spazi pubblicitari) quanto per editori terzi (che includono la pubblicità contestuale Adsense sul proprio sito), trattenendo una percentuale sull’investimento pubblicitario senza prendere fattivamente parte alle attività del motore di ricerca. Infatti, come evidenziato dal giudice del rinvio, Google Spain è responsabile del solo trattamento dei dati degli inserzionisti che stipulino contratti pubblicitari con Google Inc.

9. Il reclamo presentato da Mario Costeja Gonzalez veniva respinto dall’AEPD con riferimento al quotidiano, vincolato dall’ordinamento spagnolo a pubblicare annunci relativi ai procedimenti esecutivi immobiliari, ma accolto nella parte diretta contro Google Spain e Google Inc., cui veniva imposto

da un lato di rimuovere dagli indici del motore di ricerca ogni link a pagine contenenti dati personali non più veritieri del reclamante, dall'altro di bloccare l'accesso a tali pagine per mezzo del motore di ricerca.

10. Google Inc. e Google Spain presentavano quindi ricorso presso l'Audiencia Nacional contro il provvedimento dell'AEPD. A causa di dubbi circa l'interpretazione della direttiva 46/1995 sulla protezione dei dati personali, il giudice spagnolo sottoponeva alla Corte alcune questioni pregiudiziali¹. I quesiti si sviluppavano attraverso tre punti. Il primo atteneva alla sussistenza di uno "stabilimento" ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a) direttiva 46/1995 e di un "ricorso a strumenti situati sul territorio di uno Stato membro" di cui all'art. 4, par. 1, lett. c). Inoltre, qualora la Corte avesse ritenuto inapplicabili i criteri di collegamento di cui al suddetto art. 4, il giudice del rinvio chiedeva se, alla luce dell'art. 8 della medesima, la direttiva 46/1995 dovesse trovare applicazione nel Paese membro ove si riscontrasse il "centro di gravità" del conflitto. Il secondo punto sottoposto all'esame della Corte riguardava il ruolo dei motori di ricerca in quanto responsabili del trattamento dei dati personali contenuti nelle pagine web da essi indicizzate, con particolare attenzione al fatto se di "trattamento" nonché di "responsabilità" si stesse trattando. Il terzo punto atteneva al diritto dell'interessato alla cancellazione, al congelamento ed all'opposizione al trattamento dei dati (c.d. "diritto all'oblio")².

III. La responsabilità dei motori di ricerca online

11. Secondo la Corte di Giustizia, l'attività di un motore di ricerca che consenta di raccogliere dati dal web, registrarli in modo organizzato tramite i propri programmi di indicizzazione, conservarli nei propri server e, infine, porli a disposizione degli utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche è qualificabile come "trattamento di dati personali" ex art. 2, lett. b), direttiva 46/1995 qualora tali informazioni contengano appunto dati personali. A tal proposito, a nulla rileva il fatto che il gestore del motore di ricerca elabori nel medesimo modo anche altri tipi di informazioni non distinguendo tra queste ultime e i dati personali. Lo stesso gestore sarà inoltre da considerarsi "responsabile" di tale trattamento a norma dell'art. 2, lettera d), della medesima direttiva 46/1995.

Quanto detto vale anche qualora tali dati siano già stati pubblicati sul web e non vengano modificati dal suddetto motore di ricerca. A tal proposito la Corte ha sostenuto che una deroga all'applicazione della direttiva 46/1995 priverebbe in larga parte quest'ultima del suo significato³.

12. Pertanto, potendo certamente l'attività di un motore di ricerca incidere in modo significativo sul diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, l'amministratore di tale strumento dovrà assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, che tale attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 46/1995, affinché le persone interessate possano vedersi effettivamente tutelate nella propria vita privata.

Vale la pena di notare come la facoltà degli editori di siti web di indicare ai gestori di motori di ricerca la volontà che una determinata informazione presente sul loro sito venga esclusa dagli indici

¹ Per il dettaglio delle questioni pregiudiziali nonché per la relativa sentenza qui commentata si rimanda al sito della Corte di Giustizia Europea, www.europa.eu, causa C-131/12.

² L'art. 4 della direttiva 46/1995 così recita: "Diritto nazionale applicabile 1. Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali: a) effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile; b) il cui responsabile non è stabilito nel territorio dello Stato membro, ma in un luogo in cui si applica la sua legislazione nazionale, a norma del diritto internazionale pubblico; c) il cui responsabile, non stabilito nel territorio della Comunità, ricorre, ai fini del trattamento di dati personali, a strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro, a meno che questi non siano utilizzati ai soli fini di transito nel territorio della Comunità europea. 2. Nella fattispecie di cui al paragrafo 1, lettera c), il responsabile del trattamento deve designare un rappresentante stabilito nel territorio di detto Stato membro, fatte salve le azioni che potrebbero essere promosse contro lo stesso responsabile del trattamento."

³ In tal senso si veda Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutettu*, in *Racc.*, 2008, p. I-09831, punti 48 e 49.

automatici di detti motori di ricerca tramite protocolli di esclusione (es.: robot.txt), non implichi che l'assenza di tale comunicazione liberi il gestore del motore di ricerca dalla propria responsabilità.

Occorre poi ricordare i dettati dell'art. 1 e del "considerando" 10 della direttiva 46/1995, nonché dell'art. 8 della Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che garantiscono un elevato livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, in particolare del diritto alla vita privata, comprensiva del trattamento dei dati personali⁴.

13. In forza del "considerando" 25 della direttiva 46/1995, invece, i principi di tutela previsti da quest'ultima si esprimono in due differenti tipologie di doveri in capo ai soggetti che trattino i dati: doveri relativi alla qualità delle informazioni, alla sicurezza tecnica, alla notificazione all'autorità di controllo e alle circostanze in cui il trattamento possa essere effettuato, e doveri nei confronti degli interessati che hanno diritto di essere informati dell'eventuale trattamento cui i propri dati siano sottoposti, di accedervi, di chiederne la rettifica e - in determinate circostanze - di opporsi.

14. La Corte aveva in precedenza già statuito che le disposizioni della direttiva 46/1995, disciplinando il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, segnatamente, al diritto alla vita privata, devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza⁵. In particolare, i paragrafi 2 e 3 dell'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali UE precisano che i dati personali dovranno essere trattati in base al principio di lealtà, per finalità determinate nonché in base al consenso della persona interessata o ad un altro fondamento legittimo previsto dalla legge; e che ogni persona ha diritto di accesso ai dati che la riguardino ottenendone eventualmente la rettifica; e che, infine, il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente⁶.

15. La direttiva 46/1995 qui in esame dà attuazione a tali prescrizioni tramite gli artt. 6, 7, 12, 14 e 28⁷. In particolare l'art. 12, lettera *b*), prevede che gli Stati membri garantiscano a ogni persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non sia conforme alle prescrizioni della direttiva, a causa dell'incompletezza o inesattezza dei medesimi.

16. A questo proposito occorre ricordare che, fatte salve le deroghe ammesse ai sensi dell'art. 13 direttiva 46/1995, qualsiasi trattamento di dati personali deve, da un lato, essere conforme ai principi relativi alla qualità dei dati enunciati all'art. 6 di detta direttiva, e, dall'altro, rispondere ad uno dei principi relativi alla legittimazione dei trattamenti di dati, elencati all'art. 7 della stessa⁸. A mente del citato art. 6 - e fatte salve le disposizioni specifiche che gli Stati membri possono prevedere per trattamenti a scopi storici, statistici o scientifici - spetta al responsabile del trattamento garantire che i dati personali siano

⁴ In tal senso si veda Corte giust., 7 novembre 2013, causa C-473/12, *IPI*, in *Racc. digitale (Racc. generale)*, 2013, punto 28.

⁵ In tal senso si vedano Corte giust., 6 marzo 2001, causa C-274/99, *Connolly*, in *Racc.*, 2001, p. I-01611, punto 37; Corte giust., 20 maggio 2003, causa C-465/00, *Rechnungshof*, in *Racc.*, 2003, p. I-04989, punto 68.

⁶ Per approfondimenti si veda *infra* il par. VII.

⁷ Su tale aspetto è possibile richiamare precedenti pronunce della Corte. Tra le altre si segnala Corte giust., 19 gennaio 2010, causa 555/07, *Kucukdeveci*, in *Racc.*, 2010, p. I-00365, (in particolare i punti 21, 32 e 50), in cui si ritrova uno dei primi riferimenti all'efficacia vincolante della Carta ai sensi dell'art. 6.1 TUE: tale pronuncia sottolinea infatti da un lato che la direttiva 78/2000 richiama il principio di non discriminazione in base all'età, dall'altro che quest'ultimo è da qualificarsi come principio generale di diritto dell'UE che trova conferma nell'art. 21 della Carta. Il legame con tale principio è la base perché la Corte giunga ad affermare che il diritto interno dovrà essere disapplicato se nel caso di specie non possa essere interpretato conformemente alla direttiva. Nella sentenza qui commentata il fatto che alcune norme della Carta ricevano attuazione nella direttiva 46/1995 non viene considerato in vista della disapplicazione di una normativa nazionale ma risulta funzionale a statuire la misura degli obblighi posti a carico dei gestori dei motori di ricerca, dunque la portata del dovere di dar seguito alle richieste di cancellazione di dati personali provenienti dai privati interessati.

⁸ Sul tema si vedano Corte giust., causa C-465/00 *cit.*, punto 65; Corte giust., 30 maggio 2013, causa C-342/12, *Worten*, in *Racc. digitale (Racc. generale)*, 2013, punto 33.

“trattati lealmente e lecitamente“, che vengano “rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità“, che siano “adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati“, che siano “esatti e, se necessario, aggiornati“ e, infine, che siano “conservati in modo da consentire l’identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati“. In tale contesto, il responsabile dovrà prendere ogni ragionevole misura affinché i dati che non soddisfino dette prescrizioni vengano rettificati o cancellati. Si nota dunque come la Corte, con riferimento al secondo quesito sottoposto, si sia pronunciata a favore della sussistenza della responsabilità dei motori di ricerca per quel particolare tipo di trattamento dati che consiste nel mettere a disposizione degli utenti di Internet, secondo un dato ordine di preferenza, i dati personali raccolti in rete.

17. Su tale punto, è possibile evidenziare un sostanziale allineamento della Corte al parere n. 1/2008 (WP 148) del c.d. “Gruppo di Lavoro” istituito a norma dell’art. 29 della direttiva 46/1995. Si tratta di un organismo consultivo e indipendente, composto da un rappresentante delle Autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, dal GEPD (Garante Europeo della Protezione dei Dati), nonché da un rappresentante della Commissione. Tra i compiti del Gruppo rientra la formulazione di pareri e raccomandazioni su qualunque questione attinente alla protezione dei dati personali nella Comunità.

18. In particolare, nel suddetto parere si prevede la fornitura di un’adeguata informativa agli utenti, con la specificazione del soggetto titolare del trattamento, della natura dei dati raccolti e degli scopi del trattamento; in secondo luogo si esprime la necessità di ottenere il consenso degli utenti per raffronti con altre informazioni in possesso del motore di ricerca stesso; si ordina inoltre la cancellazione dei dati non più necessari per le specifiche finalità per le quali sono stati raccolti. Il Gruppo sottolinea infine che spetta ai motori di ricerca giustificare la conservazione prolungata, in linea di principio non superiore a sei mesi, dei dati personali in loro possesso. In tal senso, deve essere garantito il diritto all’oblio delle persone i cui dati siano memorizzati nella cd. copia “cache”, evitando che permangano in rete informazioni non aggiornate, così garantendo l’esercizio effettivo dei diritti di accesso, rettifica e cancellazione previsti dalla direttiva 46/1995⁹.

IV. Il “diritto all’oblio” nella normativa europea

19. Come sopra accennato, la terza questione sottoposta alla Corte ha certamente rivestito maggior interesse e ha avuto ampia risonanza mediatica. Prima di procedere all’analisi della sentenza, conviene inquadrare nella normativa comunitaria il c.d. diritto all’oblio.

20. Una prima accezione di diritto all’oblio è riferibile al diritto alla cancellazione, al blocco, al congelamento dei dati o all’opposizione al trattamento degli stessi di cui alla direttiva 46/1995. In base al già ricordato art. 12 della direttiva, gli Stati membri devono garantire a qualunque persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento:

- a) liberamente e senza costrizione, ad intervalli ragionevoli e senza ritardi o spese eccessive, conferma dell’esistenza di trattamenti di dati che la riguardano oltre che informazioni sulla finalità di tali trattamenti e sui soggetti cui i dati sono comunicati.
- b) la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alla direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati.
- c) la notificazione ai terzi, ai quali sono stati comunicati i dati, di qualsiasi rettifica, cancellazione o congelamento effettuati conformemente alla lettera b), in ipotesi ciò non risulti impossibile o implichi uno sforzo sproporzionato.

⁹ Il parere citato è disponibile presso http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_it.pdf.

21. L'art. 14 della medesima direttiva disciplina il diritto di opposizione dell'interessato ed in particolare la lett. *a)* prevede che quest'ultimo abbia il diritto "almeno nei casi di cui all'art. 7, lettere *e)* e *f)*", di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che la riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale", e continua chiarendo come in caso di opposizione giustificata il trattamento effettuato dal responsabile non potrà più riguardare tali dati.

22. Nello stesso senso si muove la proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche sul trattamento di dati personali e sulla libera circolazione di tali dati pubblicato il 25 gennaio 2012¹⁰, il cui scopo è di revisionare e "modernizzare" la disciplina della direttiva 46/1995. A tal riguardo si vuole sottolineare come la scelta di proporre un regolamento chiarisca, per la stessa natura di quest'ultimo¹¹, la volontà di uniformare la disciplina degli Stati membri sul tema in esame. L'art. 17 c. 1 della Proposta subordina la richiesta di cancellazione dei propri dati alla sussistenza di specifici presupposti: *a)* i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; *b)* l'interessato revoca il consenso al trattamento oppure il periodo di conservazione dei dati autorizzato è scaduto e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati; *c)* l'interessato si oppone al trattamento di dati personali; *d)* il trattamento dei dati non è conforme alla normativa europea per altri motivi.

23. Una significativa novità è offerta dal secondo comma dell'art. 17 della Proposta, secondo cui, quando abbia reso pubblici dati personali, il responsabile del trattamento, debba adottare "tutte le misure ragionevoli, anche tecniche, in relazione ai dati della cui pubblicazione è responsabile per informare i terzi che stanno trattando tali dati della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi *link*, copia o riproduzione dei suoi dati personali". Inoltre, "se ha autorizzato un terzo a pubblicare dati personali, il responsabile del trattamento è ritenuto responsabile di tale pubblicazione".

V. "Diritto all'oblio" e internet

24. L'introduzione di internet ha determinato profondi mutamenti nell'ambito della circolazione dell'informazione. Con riferimento a quest'ultima, infatti, non si presenta più la necessità della ripubblicazione di un'informazione in quanto per la stessa natura della rete ciò che viene pubblicato non potrà essere cancellato definitivamente ma permarrà disponibile per gli utenti.

Significativo a tal riguardo è il fattore temporale: ciò che rileverà non sarà infatti il periodo intercorso tra la pubblicazione di un'informazione e la sua cancellazione ma il tempo decorso dall'introduzione dell'informazione su internet ad oggi, poiché l'informazione perdura sul web.

25. Un discorso particolare concerne i motori di ricerca. Nella sentenza qui in esame, la Corte di Giustizia Europea riconosce agli individui il diritto di chiedere ai motori di ricerca la rimozione di alcuni risultati che li riguardano. Nel prevedere per i motori di ricerca l'obbligo di rimozione di ogni contenuto a seguito di specifica richiesta dell'individuo, ad eccezione di informazioni considerate di pubblico interesse, la Corte ha però omesso di specificare cosa debba intendersi per contenuti "di pubblico interesse" di fatto delegandone agli stessi motori di ricerca la definizione.

26. Ciò che viene richiesto è in sostanza la deindicizzazione, dunque la possibilità di cancellare dai risultati della ricerca il proprio nome con riferimento a quegli articoli per cui si intende far valere il diritto all'oblio. Questo significa che Google e gli altri motori di ricerca elimineranno il link che il soggetto vuole sia dimenticato tra i risultati, anche se l'informazione permarrà ovviamente disponibile

¹⁰ Documento disponibile presso [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2012\)0011/com_com\(2012\)0011_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2012)0011/com_com(2012)0011_it.pdf)

¹¹ A norma dell'art. 288, c. 2, TFUE, i regolamenti hanno infatti portata generale e sono obbligatori in tutti i loro elementi, oltretutto direttamente applicabili, in ciascuno degli Stati membri.

sul sito web originale. Dunque, per effettuare una ricerca esaustiva su un dato individuo sarà oggi necessario digitare il suo nome direttamente, ad esempio, sui siti web di testate giornalistiche o più semplicemente, data la portata meramente europea della pronuncia in esame, utilizzare il dominio internazionale del motore di ricerca, ad esempio google.com.

27. L'estensione del diritto all'oblio al mondo del web si è rivelata un'operazione più difficile del previsto, fonte di dibattiti e controversie. In particolare la sentenza non chiarisce le questioni "temporali" (sino a quanti anni di distanza l'individuo può esercitare il suo diritto alla cancellazione dei propri dati?; quali elementi, anche a distanza di tempo, potrebbero giustificare la persistenza di tali dati negli archivi online?) e le problematiche relative alle informazioni memorizzate sia nei motori di ricerca sia nelle reti sociali.

La giurisprudenza comunitaria è dunque incentrata su quanto attualmente presente in rete, attribuendo a tali informazioni un valore allo scopo, ad esempio, di evitare il travisamento dell'identità di un soggetto¹².

Con riferimento al tema qui trattato, non vi è dubbio che la sentenza in esame abbia fortemente influenzato la giurisprudenza e le prescrizioni di specifici organi degli Stati membri tanto sulla tutela dei dati personali nel web quanto sul diritto all'oblio nella rete internet¹³.

28. Una volta delineato il diritto all'oblio sul web e le questioni non risolte dalla sentenza sul medesimo è dunque anche possibile definirne i limiti. Innanzitutto non esiste un diritto a fare cancellare quello che non piace: si può chiedere ovviamente, ma non si ha diritto di ottenerlo. In secondo luogo non sarà possibile modificare o cancellare gli archivi di testate giornalistiche. Infine, non sarà possibile mutare la realtà storica¹⁴.

VI. Conclusioni dell'Avvocato Generale e sentenza: analisi, corrispondenze e difformità

29. Come si è anticipato, tre sono le questioni poste dall'Audiencia Nacional all'attenzione della Corte. Ai fini di una migliore e più approfondita comprensione del percorso argomentativo svolto da quest'ultima, è opportuna un'analisi combinata delle conclusioni dall'Avvocato Generale e la soluzione accolta dalla Corte.

¹² Per approfondimenti si veda G. FINOCCHIARO, "Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità", in *"Il Diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain"*, RomaTrE-Press, 2015, pag. 31, e della stessa autrice "La memoria della rete ed il diritto all'oblio", in *"Il diritto dell'informazione e dell'informatica"*, Anno XXVI, Fasc. 3, 2010, p. 391 e ss. e "Dir. Inf., Identità personale su Internet: Il diritto alla contestualizzazione dell'informazione", in *"Il diritto dell'informazione e dell'informatica"*, Anno XXVIII, Fasc. 3, 2012, p. 383 e ss.

¹³ Con riferimento alla disciplina italiana precedente alla sentenza, si può certamente segnalare sentenza Cass. Civ., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Foro.it*, 2013, 1, 1, coll. 305, per cui la contestualizzazione dell'informazione, dunque la corretta collocazione dell'immagine di un individuo, rappresenta un metodo efficace per evitare il travisamento dell'identità di un soggetto. In aggiunta si segnalano i provvedimenti del Garante "Privacy e giornalismo. Alcuni chiarimenti in risposta a quesiti dell'Ordine dei Giornalisti", 6 maggio 2004, ed *"Archivi storici online dei quotidiani e reperibilità dei dati dell'interessato mediante motori di ricerca esterni"*, 8 aprile 2009: con il primo, relativo al trattamento dei nominativi di indagati nell'esercizio della professione giornalistica, il Garante ha raccomandato ai giornalisti che la diffusione di queste informazioni dovrà tener conto di garanzie fondamentali (ad esempio non si possono diffondere le generalità di un indagato nella fase iniziale delle indagini); con il secondo, attinente in specifico al diritto all'oblio, il Garante ha considerato fondato l'esercizio del diritto di opposizione al trattamento per motivi legittimi tenuto conto delle peculiarità del funzionamento della rete internet in cui può verificarsi la diffusione di un gran numero di dati personali riferiti a un medesimo interessato e relativi a vicende risalenti nel tempo, e dalle quali gli interessati stessi hanno cercato di allontanarsi. Per mezzo della rappresentazione istantanea e cumulativa derivante dai risultati delle ricerche tramite motori di ricerca infatti, tali vicende rischiano di riverberare comunque per un tempo indeterminato i propri effetti sugli interessati come se fossero sempre attuali, per cui il Garante indicava quale misura a tutela dei diritti dell'interessato che la pagina web contenente i dati personali della ricorrente fosse tecnicamente sottratta alla diretta individuabilità tramite motori di ricerca.

¹⁴ Per approfondimenti si segnala "Diritto all'oblio: patteggiamento nella causa tra Max Mosley e Google", in *"Diritto&Internet – Il blog dello Studio Legale Finocchiaro"*, 20 maggio 2015.

1. La prima questione: “stabilimento”

30. Con riferimento all’art. 4, par. 1, direttiva 46/1995, il giudice del rinvio chiede alla Corte di esprimersi in ordine al concetto di “stabilimento” nell’ambito delle cui attività sia effettuato il trattamento dei dati personali in uno Stato membro, alla configurazione del ricorso a “strumenti situati nel territorio di uno Stato membro” e all’applicazione della direttiva 46/1995 nello Stato membro ove si trovi il “centro di gravità” del conflitto alla luce dell’art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali UE.

31. Per quanto attiene alla posizione dell’Avvocato Generale, questi esclude innanzitutto la legittimità del criterio del “centro di gravità del conflitto” in quanto non previsto dal diritto derivato dell’Unione né contemplato dal sistema di tutela dei dati personali previsto dall’art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali. Quanto all’aspetto dello “stabilimento”, l’Avvocato Generale evidenzia come il trattamento di cui all’art. 4, lett. a) direttiva 46/1995 dovrà ricondursi all’attività di uno stabilimento in uno Stato membro ove la medesima impresa che fornisce il motore di ricerca apra nello Stato membro, ai fini della promozione e della vendita di spazi pubblicitari sul motore di ricerca, un ufficio o una controllata che orienti le proprie attività verso gli abitanti del suddetto Stato. L’attività principale dei motori di ricerca, nella misura in cui lo stabilimento risulta collegato a un servizio personalizzato di vendita pubblicitaria mirato ai residenti di uno Stato membro, risulta costituire argomento decisivo per un’interpretazione oggettiva della norma in esame. Dunque, nella visione dell’Avvocato Generale, il trattamento di dati personali è da considerarsi realizzato nel contesto dello stabilimento di un responsabile del trattamento, se quest’ultimo funge da tramite per personalizzare e indirizzare la comunicazione commerciale ai cittadini di uno Stato membro, anche laddove l’indicizzazione dei dati personali sia effettuata fuori dall’UE.

32. La posizione assunta dalla Corte ricalca quanto sostenuto dall’Avvocato Generale.

La Corte dedica ampio spazio (dal par. 42 al par. 61 della sentenza) a talune caratteristiche delle modalità di svolgimento di attività quali ad esempio la localizzazione degli stabilimenti. La Corte evidenzia in particolare che la società madre indicizza i siti internet a livello globale e che le informazioni acquisite sono memorizzate all’interno di server di cui non è resa nota la collocazione. Anche se l’indicizzazione effettuata dal motore di ricerca come trattamento dati fosse posta in discussione, la Corte sottolinea che Google svolge parallela attività di comunicazione pubblicitaria mediante le proprie filiali nazionali che amministrano la vendita di spazi pubblicitari, di fatto operando in qualità di agenti commerciali del gruppo in ogni Stato membro.

Come l’Avvocato Generale, la Corte ritiene che la direttiva 46/1995 debba trovare applicazione nell’ipotesi in cui il gestore di un motore di ricerca stabilito in uno Stato terzo apra una propria filiale in uno Stato membro al fine della promozione e della vendita di comunicazione commerciale ai cittadini di quest’ultimo. Nel caso specifico, Google Spain costituisce una filiale di Google Inc (società con sede negli USA, appunto uno Stato terzo) e dunque uno stabilimento di quest’ultima a norma della direttiva 46/1995.

Di conseguenza, le attività di ricerca e di pubblicità del motore di ricerca sono da considerarsi inscindibili alla stregua delle finalità attuate nel contesto delle attività di stabilimento delle filiali nazionali di Google Inc.

Qualora i dati vengano trattati per le esigenze di un motore di ricerca gestito da un’impresa situata in uno Stato terzo ma che possieda un proprio stabilimento in uno Stato membro, tale trattamento è da considerarsi effettuato “nel contesto delle attività” della medesima filiale.

33. Alla luce di quanto sopra, occorre rispondere alla prima questione, lettera a), chiarendo come l’art. 4, par. 1, lettera a), direttiva 46/1995 debba essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali si considera effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una filiale o succursale volta alla promozione e vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca, attività diretta ai cittadini di detto Stato membro.

2. La seconda questione: “trattamento dei dati” e “responsabilità dei motori di ricerca”

34. La seconda questione sottoposta alla Corte è già stata oggetto di analisi nel paragrafo III della presente nota, ma può forse rivestire interesse un breve parallelismo tra la posizione dell’Avvocato Generale e il contenuto della sentenza.

35. Il primo muove da due elementi normativi: le lett. *b)* e *d)* dell’art. 2 della direttiva 46/1995.

L’art. 2 lett. *b)* viene in particolare utilizzato con riferimento al “trattamento dei dati” per sostenere come un fornitore di servizi di motore di ricerca online, che localizzi informazioni pubblicate o immesse in internet da terzi, le indicizzi in modo automatico, le archivi temporaneamente e infine le metta a disposizione degli utenti secondo un determinato ordine di preferenza, “tratti” dati personali ai sensi della direttiva 46/1995 quando tali informazioni contengano dati di tale natura.

Come si è visto¹⁵, la Corte si allinea alla posizione dell’Avvocato Generale, da cui si discosta però per quanto attiene alla responsabilità dei motori di ricerca.

Nell’opinione dell’Avvocato Generale infatti il fornitore di servizi di motore di ricerca su internet non potrebbe essere considerato “responsabile del trattamento” di tali dati personali ai sensi dell’art. 2, lett. *d)*, direttiva 46/1995, fatta eccezione per i contenuti dell’indice del suo motore di ricerca, sempre che il fornitore di servizi non indicizzi o archivi dati personali contro le istruzioni o le richieste dell’editore della pagina web. In particolare, l’Avvocato Generale sostiene che *“Il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet non ha alcun rapporto con il contenuto delle pagine web source di terzi su Internet in cui possono comparire dati personali. Inoltre, dato che il motore di ricerca lavora sulla base di copie di pagine web source che il crawler ha estratto e copiato, il fornitore di servizi non ha mezzi per cambiare le informazioni sui server host. Fornire uno strumento di localizzazione di informazioni non implica alcun controllo sul contenuto. Né tale attività mette il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet in condizione di distinguere tra i dati personali ai sensi della direttiva, ossia i dati che si riferiscono ad una persona fisica identificata e identificabile, e gli altri dati”*¹⁶.

In aggiunta l’Avvocato Generale richiama il “considerando” 47 direttiva 46/1995, per cui il responsabile del trattamento di messaggi contenenti dati personali trasmessi tramite telecomunicazioni o posta elettronica è *colui che ha emanato* il messaggio e non la persona che presta i servizi di trasmissione. Infine, a sostegno della propria tesi, l’Avvocato Generale richiama quanto sostenuto dal summenzionato “Gruppo di Lavoro art. 29”, secondo il quale *“il principio di proporzionalità comporta che, nella misura in cui interviene esclusivamente come intermediario, il provider di motori di ricerca non deve essere considerato il responsabile principale del trattamento con riguardo al trattamento di dati personali in questione. In questo caso, i responsabili principali del trattamento sono i fornitori di informazioni”*¹⁷.

36. Secondo invece la Corte il gestore di un motore di ricerca deve considerarsi, ai sensi del medesimo art. 2, lett. *d)*, responsabile del trattamento dei dati personali indicizzati dal proprio motore di ricerca.

3. La terza questione: “diritto all’oblio”

37. La terza e più dibattuta questione è già stata oggetto di analisi nei paragrafi IV e V, ma sembra opportuno analizzarla anche alla luce dell’opinione dell’Avvocato Generale.

38. Nelle sue Conclusioni, l’Avvocato Generale sostiene come *“il diritto di cancellazione e di congelamento dei dati, previsto all’art. 12, lettera b), e il diritto di opposizione, previsto all’art. 14, lettera d), direttiva 46/1995, non consentano alla persona interessata di rivolgersi essa stessa ad un fornitore di servizi di motore di ricerca per impedire l’indicizzazione di informazioni che la riguardano*

¹⁵ Si veda *supra* il par. III.

¹⁶ Si vedano le conclusioni dell’Avv. Generale sul caso di specie, disponibili presso http://europa.eu/eu-law/case-law/index_it.htm, paragrafo 86.

¹⁷ Si vedano le conclusioni dell’Avv. Generale sul caso di specie, paragrafo 88.

personalmente, pubblicate legalmente su pagine web di terzi, facendo valere la sua volontà che tali informazioni non giungano a conoscenza degli utenti di Internet quando la persona interessata ritenga che le suddette potrebbero arrecarle pregiudizio o desideri che vengano dimenticate.”

In particolare, l'Avvocato Generale ha sostenuto come, nonostante la stessa Corte avesse in passato ritenuto che *“in alcuni casi può essere giustificato limitare la riproduzione di informazioni già divenute di pubblico dominio, ad esempio al fine di impedire un'ulteriore diffusione dei dettagli della vita privata di una persona estranea a qualsiasi dibattito politico o pubblico su un argomento di importanza generale”*¹⁸, il diritto della persona interessata alla protezione della sua vita privata dovesse contemperarsi con altri diritti fondamentali quali la libertà d'espressione e d'informazione. Nella società contemporanea, ricercare informazioni sul web tramite motori di ricerca costituisce uno degli strumenti più importanti per esercitare tali diritti fondamentali. Di fatto dunque, un fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, quando renda disponibili strumenti di localizzazione delle informazioni sulla base di un motore di ricerca, esercita legalmente tanto la sua libertà di impresa quanto la sua libertà di espressione. Alla luce di tali considerazioni, non potrebbe dunque configurarsi un “diritto all'oblio” degli utenti del web.

39. La posizione della Corte si distacca però totalmente da tale assunto ritenendo che *“il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita”* (par. 3 delle Conclusioni). Con la precisazione che *“nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi.”* (par. 4 delle Conclusioni).

Nel dettaglio, la Corte è chiamata ad esprimersi sull'interpretazione da un lato dell'art. 12, lett. b), direttiva 46/1995 secondo cui gli Stati membri devono garantire a qualunque interessato il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento, a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non sia conforme alle disposizioni della stessa direttiva, in particolare per l'eventuale inesattezza od incompletezza dei dati; dall'altro dell'art. 14, c. 1, lett. a) che dispone gli Stati membri riconoscano all'interessato il diritto, almeno nei casi di cui all'art. 7, lettere e) e f), di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che lo riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale.

Dunque il “diritto all'oblio” si configura come il diritto alla cancellazione, al congelamento dei dati ed all'opposizione al trattamento, che potranno essere fatti valere nei confronti del motore di ricerca in quanto titolare del trattamento.

Ovviamente quest'ultimo potrà provvedere alla sola cancellazione del collegamento a tali dati, che permarranno intatti presso il sito originale: in altri termini non di “diritto all'oblio” (cancellazione dei dati) si tratta ma di diritto a non essere “trovato” sul web pur permanendovi (cancellazione del collegamento ai dati).

¹⁸ Si vedano le Conclusioni dell'Avv. Generale sul caso di specie, paragrafo 127.

40. Sembra opportuno ripercorrere sinteticamente il percorso argomentativo della Corte. La terza questione posta dal giudice del rinvio pone di fatto due distinti interrogativi: se l'interessato possa rivolgersi direttamente al motore di ricerca invece che al soggetto che abbia pubblicato l'informazione sul web, e se il presupposto della domanda possa essere costituito dalla considerazione che la divulgazione arrechi pregiudizio o dal semplice desiderio che le informazioni siano dimenticate.

Al primo quesito la Corte risponde affermativamente in considerazione del ruolo del motore di ricerca in quanto titolare del trattamento dei dati.

Con riferimento al secondo interrogativo, la Corte considera invece che, quanto all'art. 12, lett. b), direttiva 46/1995, la cui applicazione è subordinata alla condizione che il trattamento di dati personali sia incompatibile con la medesima direttiva, occorre ricordare che una tale incompatibilità può derivare non solo dall'inesattezza dei dati, ma anche dall'inadeguatezza, non pertinenza o eccessività in rapporto alle finalità del trattamento dei medesimi¹⁹.

La Corte conclude poi sottolineando come, a seguito di una ricerca online tramite un motore di ricerca, l'inclusione nell'elenco di risultati dei "link" verso pagine web, è, allo stato attuale, incompatibile con l'art. 6, par. 1, lettere da c) a e) direttiva 46/1995, poiché tali informazioni, alla luce delle circostanze del caso di specie, appaiono inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti o eccessive in rapporto alle finalità del trattamento in questione realizzato dal motore di ricerca, sicché tali "link" dovranno essere omessi dai risultati della ricerca²⁰.

Come già detto, non si afferma un generale diritto all'oblio sui dati trattati dai motori di ricerca, ma si dichiara l'applicabilità anche a questi di quanto disposto nella direttiva. Oggetto della cancellazione non saranno dunque i dati stessi, ma i collegamenti ai medesimi ottenuti tramite l'utilizzo del motore di ricerca.

VII. L'influenza della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE

41. Come sopra brevemente accennato²¹, la Corte di Giustizia individua come fonte giuridica di riferimento, oltre ovviamente alla direttiva 46/1995, la Carta dei Diritti Fondamentali UE (da ora in avanti, la "Carta"), della quale rileva in particolare l'art. 8 sul diritto alla protezione dei dati personali, disposizione che, giova ricordarlo, non trova riscontro nella CEDU (quantunque la Corte di Strasburgo abbia ricondotto il diritto alla riservatezza dei dati personali nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU). La Corte nel caso di specie non si è limitata a una semplice menzione della Carta ma ha specificamente improntato la sua pronuncia sulle possibili ingerenze nel diritto previsto dal citato art. 8.

Sotto tale profilo incide la novità introdotta dall'art. 6.1 TUE, in quanto il carattere vincolante ed il rango primario della Carta sono stati formalmente riconosciuti successivamente all'emanazione della direttiva 46/1995. Si tratta dunque di una circostanza giuridica sopraggiunta²².

Nel caso di specie la Corte ha interpretato la direttiva 46/1995, preesistente alla stessa introduzione della Carta nel 2000, alla luce di quest'ultima, allo scopo di estendere le garanzie dei diritti fondamentali previste nella stessa direttiva a fattispecie ovviamente non considerate dalle istituzioni di Bruxelles all'epoca dell'emanazione di tale atto.

42. Fermo il fatto che i richiami alla Carta operati dalla Corte assumono rilevanza soprattutto in procedimenti di rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 267 TFUE tanto per questioni di validità quanto di interpretazione, si noti come nel caso di specie le ingerenze non derivino da atti delle istituzioni UE ma da condotte di privati per cui la questione viene risolta dalla Corte tramite l'indicazione di una soluzione interpretativa conforme alla Carta, dunque in grado di offrire sufficienti garanzie ai diritti fondamentali.

¹⁹ Si veda la sentenza in esame, punto 93.

²⁰ Si veda la sentenza in esame, punto 94.

²¹ Si veda *supra* il par. III.

²² Per approfondimenti si segnala S.I. SANCHEZ, "The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights", in *"Common Market Law Review"*, 2012, Vol. 49, p. 1565 ss.

Ove tale conformità dell'interpretazione non fosse stata possibile si sarebbe posto un problema di invalidità in quanto non avrebbe potuto garantirsi la cancellazione delle ingerenze consentite da tale atto di diritto derivato in diritti previsti da un atto di rango superiore qual è appunto la Carta²³.

43. L'interpretazione della Corte tiene in grande considerazione il criterio temporale: innanzitutto vengono considerati la nascita di internet, imprevedibile al tempo dell'emanazione della direttiva, ed il conseguente enorme sviluppo dei motori di ricerca come elementi che hanno fortemente influenzato la disciplina della privacy e della protezione dei dati personali. In secondo luogo, si tiene conto dell'adozione della Carta, successiva alla direttiva. A tal proposito, la fattispecie in esame non costituisce la prima occasione per la Corte di proporre un'interpretazione evolutiva di atti dell'UE in conseguenza dell'introduzione della Carta²⁴.

44. Nella visione della Corte, sarà necessario interpretare ogni atto UE in conformità alle prescrizioni della Carta tanto nell'ipotesi in cui il testo contenga espliciti richiami a quest'ultima²⁵ tanto qualora non sia invece riscontrabile alcun espresso riferimento²⁶.

Qualora poi il tenore letterale di un atto di diritto derivato non consentisse un'interpretazione conforme alla Carta, ciò costituirebbe un probabile²⁷ vizio di legittimità del medesimo atto. In siffatta ipotesi il sindacato della Corte sugli atti dell'UE potrà portare all'annullamento dell'atto²⁸.

VIII. Conclusioni

45. Senza dubbio la sentenza C-131/12 della Corte di Giustizia ha profondamente mutato il rapporto tra il diritto dell'interessato alla cancellazione del dato e l'interesse pubblico a conoscere tale dato.

Come si è evidenziato, non si tratta però di una decisione che sancisce il diritto all'oblio. L'informazione di cui si chiede la cancellazione deve essere espunta dal motore di ricerca, ma non già dalla rete.

Non viene quindi compromessa né la libertà di manifestazione del pensiero né quella di stampa, poiché non viene compromessa la presenza dell'informazione sul web, ma ne viene semplicemente ostacolata la ricerca. Non viene insomma compromesso il c.d. diritto alla memoria, inteso come conservazione dei dati in rete.

46. Le implicazioni della sentenza non si limitano però a tale aspetto.

Fondamentale è il fatto che il motore di ricerca, indicizzando i dati accessibili in rete in base a modalità statuite dal gestore, muta anche il contenuto comunicativo e informativo dei dati trattati: il motore di ricerca è infatti un mezzo della società dell'informazione che non si limita a fornire informazioni ma consente di chiarire all'utente il contesto in cui queste si inseriscono, oltre a mettere in luce eventuali informazioni correlate²⁹.

Ciò costituisce certamente un arricchimento per l'utente e di conseguenza un potenziale pericolo per la riservatezza (ed eventualmente la dignità) dei soggetti cui le informazioni si riferiscono. In primo luogo infatti, i motori di ricerca consentono non solo l'accesso a una determinata informazione, ma anche una classificazione e profilazione di quest'ultima che sulla base del solo sito originale non

²³ Sui temi trattati si veda F. BESTAGNO, "Validità ed interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali", in *"Il Diritto dell'Unione Europea"*, 2015, pp. 27 – 32.

²⁴ Si veda, tra altre, Corte giust., 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *I.B.*, in *Racc.*, 2010, p. I-10341.

²⁵ Si veda, tra altre, Corte giust., 2 marzo 2010, causa C-175/08, *Abdulla*, in *Racc.*, 2010, p. I-01493.

²⁶ Si veda, tra altre, Corte giust., 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, in *Racc. digitale (Racc. generale)*, 2013.

²⁷ Un atto potrebbe considerarsi legittimo, anche ove comporti una limitazione ai diritti fondamentali, qualora tale limitazione fosse conforme alle condizioni statuite dalla clausola generale di limitazione di cui all'art. 52.1 della Carta.

²⁸ Sui temi trattati e per approfondimenti si veda F. BESTAGNO, *op. cit.*, pp. 38 – 45.

²⁹ Per approfondimenti si segnala A. MANTELEO, "Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza 'politica' del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy", in *"Il diritto dell'informazione e dell'informatica"*, Anno XXIX, Fasc. 4-5, 2014, p. 681 ss. nonché F. PIZZETTI, "Le Autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il 'Velo di Maya'", in *"Il Diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain"*, RomaTrE-Press, 2015, p. 269.

sarebbe possibile: in secondo luogo le informazioni indicizzate e rese accessibili dal motore di ricerca sono sottoposte a una costante attualizzazione che i siti originali non sarebbero in grado di garantire.

Quanto detto costituisce la ragione precipua dello spostamento dell'equilibrio tra tutela del diritto dell'interessato alla cancellazione del dato e tutela dell'interesse pubblico a conoscere lo stesso dato quasi totalmente a favore del primo: conscia che il motore di ricerca è un mezzo che fornisce un'informazione differente, più strutturata e costantemente aggiornata rispetto a quella accessibile sui siti originali, la Corte punta sulla tutela della riservatezza del singolo a discapito all'interesse degli utenti ad acquisire elementi informativi.

47. Le conseguenze per il motore di ricerca oggetto della sentenza, Google.Inc., sono state rilevanti: a far data dal 29 maggio 2014, il motore di ricerca ha ricevuto oltre 146 mila richieste di cancellazione dati da tutta Europa.

Non tutte le richieste in ogni caso sono state soddisfatte. Secondo fonti giornalistiche, infatti, Google si sarebbe rifiutato di procedere alla rimozione del collegamento a pagine web che trattavano dell'arresto e condanna per reati finanziari di un finanziere operante in Svizzera, come pure di due links ad articoli relativi ad un'indagine per abusi sessuali relativi a un ex sacerdote.

Ci sono stati inoltre casi di soddisfazione "parziale" delle richieste: in Gran Bretagna un medico chiedeva la rimozione di oltre 50 collegamenti ad articoli di giornale relativi a una procedura medica da lui mal effettuata. Google in risposta si limitava alla pur non richiesta rimozione dai risultati di ricerca di 3 links a siti web contenenti informazioni personali sul medico ove non veniva menzionata la procedura ma, fermo il fatto che l'errore dell'individuo permaneva (e sempre sarebbe rimasto in futuro), non eliminava links a pagine che riportavano l'incidente³⁰.

Un aspetto giuridicamente interessante è che, qualora Google ometta di rimuovere un link, il richiedente potrà depositare ricorso presso il Garante per la Privacy, mentre se si procede alla rimozione di un collegamento, alla luce della sentenza in esame, tale cancellazione è irreversibile.

48. Per far fronte al nuovo scenario globale, Google.Inc ha ritenuto opportuna la nomina di un apposito Comitato che in data 6 febbraio 2015, dopo una serie di incontri a cui hanno partecipato, tra altri, Jimmy Wales, fondatore di Wikipedia, e Frank La Rue, relatore speciale per i Diritti umani dell'ONU, ha pubblicato un Rapporto sul Diritto all'Oblio³¹.

La questione territoriale, proprio mentre si parla della territorialità onnicomprensiva che può avere un motore di ricerca, ha costituito punto fondamentale del rapporto. Sul tema geografico infatti, si parte dal presupposto "che molti motori di ricerca siano tarati su particolari Paesi", vedi google.de in Germania o google.fr in Francia. "La sentenza su questo non è chiara, ma Google ha deciso di interpretarla deindicizzando i link da tutti i suoi motori di ricerca europei. Questo anche perché Google è cosciente del fatto che quando un utente europeo digita google.com è automaticamente reindirizzato alla versione locale. Inoltre, oltre il 95% delle queries in Europa è generato sulle versioni locali". È stata ovviamente valutata la deindicizzazione a livello globale che avrebbe garantito la protezione assoluta del diritto, ma si è convenuto che non fosse corretto operare contro l'interesse dei cittadini extra europei di poter accedere alle informazioni secondo la normativa dei rispettivi Paesi. E ancora, "nonostante tutte le preoccupazioni del caso, sia di proporzionalità che di efficacia pratica, il Consiglio ha comunque convenuto che, allo stato delle cose, la rimozione dei link dai servizi Google diretti a livello europeo fosse la miglior soluzione per attuare la sentenza". Dunque la deindicizzazione di cui sopra riguarderà esclusivamente le versioni europee del motore di ricerca.

³⁰ "Diritto all'oblio, Italia ultima per le richieste a Google", articolo ASCA comparso sul sito de "La Stampa", 13 ottobre 2014.

³¹ Ogni informazione sul Rapporto e sul Comitato così come ogni approfondimento sui medesimi è disponibile presso <https://www.google.it/intl/it/advisorycouncil/>.

DIVORCIO EN ESPAÑA ENTRE CÓNYUGES MARROQUÍES: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 30 DICIEMBRE 2014

DIVORCE AMONG MOROCCAN COUPLES IN SPAIN: THE DECISION OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA OF 30 DECEMBER 2014

CELIA CARRILLO LERMA

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctoranda en Derecho en la Universidad de Murcia*

Recibido: 19.07.2015 / Aceptado: 27.07.2015

Resumen: La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en Sentencia nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, aplica el artículo 22.3º LOPJ para fundar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer sobre un divorcio entre cónyuges marroquíes residentes en España, lo cual es erróneo porque el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, resulta aplicable. De otro lado, aplica correctamente el artículo 107.2º CC para determinar la Ley reguladora del divorcio, puesto que, a fecha de presentación de la demanda, el Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre, aún no era aplicable.

Palabras clave: divorcio, cónyuges marroquíes, competencia judicial internacional, Ley aplicable.

Abstract: The Provincial Court of Barcelona, Section 12th, in Decision No. 830/2014 of 30 December 2014 applies the Article 22.3 LOPJ to base on the international jurisdiction of the Spanish courts in order to seise of a divorce among a Moroccan couple who is habitually resident in Spain, which is wrongful since the Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 is applicable. Moreover, it correctly applies the Article 107.2 CC to determine the law applicable to divorce, given that the Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 was not applicable at the time of the divorce application was introduced

Key words: divorce, Moroccan couple, international jurisdiction, choice of law.

Sumario: I. Introducción. II. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, nº 830/2014, de 30 diciembre 2014. 1. Resumen del proceso. 2. Datos fácticos del caso. 3. Solución del tribunal. 4. Análisis crítico de la decisión. III. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. En el presente trabajo se analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, así como la aplicación que la jurisprudencia de esta Sección hace de las normas de competencia judicial internacional y de conflicto de leyes vigentes en España, ya sean de origen europeo o nacional, en materia de divorcio y entre cónyuges de nacionalidad marroquí.

2. Es conveniente precisar una serie de cuestiones previas en relación al Derecho de familia marroquí. El denominado *talaq* tradicional, traducido de un modo inexacto al español como “repudio”, suele tener efectos discriminatorios para la esposa por razón de sexo. El nuevo Código de Familia de Marruecos (nueva *Mudawana*; en adelante, CFM)¹ se aleja, en parte, de la tradición: precisa un control judicial y las posibilidades para instar el divorcio están más equilibradas, pues se permite a ambos cónyuges pedir el divorcio². Sin embargo, sigue sin ser del todo igualitario, por lo que debe analizarse caso a caso si la aplicación del Derecho marroquí por el tribunal español va a producir efectos contrarios al orden público internacional español.

El fenómeno de la multiculturalidad exige buscar “un equilibrio entre los valores en conflicto, esto es, entre el derecho al respeto de la identidad cultural del inmigrante y su integración en la sociedad de acogida”³.

II. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, nº 830/2014, de 30 diciembre 2014⁴

3. A continuación se resumen los datos de hecho y de Derecho contenidos en la sentencia a analizar y se valora la adecuación del fallo y de los fundamentos razonados por el tribunal al sentido del Derecho aplicable.

1. Resumen del proceso

4. Un señor marroquí residente en España interpone demanda de divorcio contencioso contra su esposa, también marroquí, el 3 de enero de 2011 ante el Juzgado de Primera Instancia de Vic. El 5 de noviembre de 2012 el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vic dicta sentencia desestimatoria de la pretensión contenida en la demanda. El actor en la primera instancia apela a la Audiencia Provincial de Barcelona. En esta segunda instancia se practica prueba de lo que parece ser, por los datos que arroja el caso⁵, el Derecho extranjero (marroquí). La pretensión del actor en apelación estriba en que se declare el divorcio “con todos los efectos legales inherentes al citado pronunciamiento” en base a una infracción de los artículos 86 y 81 del Código Civil español, la denegación de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y la carencia de efectos en nuestro sistema jurídico de la sentencia de divorcio ya dictada en Marruecos. La esposa y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan se confirme la sentencia apelada. El 30 de diciembre de 2014, la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona pronuncia sentencia.

2. Datos fácticos del caso

5. Dos esposos, de nacionalidad marroquí, contraen matrimonio en Nador (Marruecos) en enero de 2010. El domicilio conyugal se halla en España. Cerca de un año después el esposo solicita el divorcio de la pareja. Lo peliagudo del caso es que presenta su demanda tanto ante los tribunales españoles (3 enero 2011) como ante los tribunales marroquíes (21 enero 2011), con la (mala) suerte de que el Tribunal Civil de Nador dicta sentencia primero (5 octubre 2011), estimatoria del divorcio.

6. La esposa presenta “declinatoria de jurisdicción” (se entiende que se trata de la declinatoria internacional) ante el Juzgado español. El juez de Vic desestima la declinatoria por no acreditar la es-

¹ Dahir nº 1.04.22 du 12 hija 1424 (3 febrero 2004). Ley Nº 70-03 relativa al Código de familia. Bulletin Officiel du Royaume du Maroc, nº 5184 de 5 marzo 2004.

² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, p. 275. Para el artículo 107.2º CC en concreto, vid. p. 272; vid. arts. 70-141 CFM.

³ H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, en G.M. MORÁN (coord.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, La Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2003, pp. 235-264, c. 238.

⁴ SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, Rec. nº 477/2013, Ponente: M. SAMBOLA CABRER.

⁵ Vid. FD 3º de la Sentencia.

posa, adecuadamente, la existencia del proceso iniciado en Marruecos y porque, en cualquier caso, el proceso suscitado en España es anterior.

3. Solución del tribunal

7. Deben distinguirse las soluciones dadas por el tribunal en sede de competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones (FF.DD. 3º y 4º).

8. En primer lugar, la Audiencia Provincial funda su competencia en la existencia de un foro en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 22.3º LOPJ otorga competencia judicial internacional a los tribunales españoles si, al tiempo de presentación de la demanda, ambos cónyuges residen en España.

Asimismo, el tribunal reconoce la denegación de la declinatoria internacional en la primera instancia, pues considera que, en todo caso, la declinatoria debía plantearse ante el tribunal marroquí al haber conocido éste del litigio con posterioridad.

9. En segundo lugar, debe tratarse el asunto de los efectos de la sentencia marroquí en España. El tribunal español observa que, en principio, la sentencia dictada en Marruecos debería obtener el reconocimiento a través del Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 mayo 1997⁶, que en su artículo 23 regula un procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias entre ambos Estados.

Sin embargo, advierte que el requisito del artículo 23.5º del referido Convenio bilateral resulta “de imposible cumplimiento” (no hallarse “pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto antes de iniciarse la acción ante el Tribunal marroquí”).

10. Para concluir con este apartado debe hacerse referencia a la solución dada por el tribunal sentenciador en sede de Ley aplicable. La Audiencia, en aplicación del artículo 107.2º del Código Civil español, determina que la Ley aplicable a este divorcio es la Ley marroquí, por ser la “ley nacional común originaria de ambos esposos”.

En este punto, se prueba el Derecho extranjero en esta segunda instancia, sobre el cual manifiesta el tribunal que, con independencia del deber de probarlo de quien lo trae al proceso, los tribunales han de valerse de los medios que resulten necesarios para su aplicación, mediante “una labor activa de búsqueda” (FD 3º). La esposa no se opone a la aplicación del Derecho marroquí. Todo ello conduce al tribunal a aplicar los artículos 97 y concordantes del Código de Familia de Marruecos (nueva *Mudawana*) y “decretar el divorcio definitivo y contencioso de ambos litigantes con todos los efectos legales a él inherentes”.

4. Análisis crítico de la decisión

11. Debe procederse, a continuación, a examinar si la solución del tribunal se ajusta al sentido de la norma jurídica en la que se funda. Por sistemática, se adopta la estructura anterior.

12. *Competencia judicial internacional.* La Audiencia Provincial basa su competencia internacional en uno de los foros especiales por razón de la materia del artículo 22.3º de la LOPJ. Con el máximo respeto, debe decirse que el tribunal yerra: no ha tenido en cuenta la existencia del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*)⁷, el cual es aplicable dada la primacía del Derecho comunitario sobre las normas internas⁸.

⁶ BOE núm. 151, de 25 junio 1997, pp. 19583-19587.

⁷ Reglamento (CE) N° 2201/2003, del Consejo, de 27 noviembre 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, de 23 diciembre 2003).

⁸ “Es sabido que el Tribunal de Justicia, desde la Sentencia Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964, ha precisado que la «primauté» del Derecho comunitario encuentra confirmación en el art. 189 TCE (ahora 249)...”. T. GROPPi, “La «primauté»

Antes de declarar su competencia o su falta de ella, el tribunal debe calificar la pretensión del actor. Para ello el tribunal parte de lo que pide el actor en su demanda, si bien no resulta vinculante. Si la pretensión del demandante se refiere a materia de divorcio, se aplican las normas de competencia judicial internacional vigentes en España en materia de divorcio. Esta calificación es “provisional” e “instrumental”: sirve a los meros efectos de concretar la materia objeto del proceso para hallar la norma jurídica donde exista un foro en base al cual el tribunal puede declararse internacionalmente competente. La calificación se hace con arreglo a la Ley del Estado del tribunal que conoce del asunto (*Lex Fori*)⁹.

Se procede a lo que A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ denominan “calificación por su función”¹⁰ y se desprende que el *talaq* o repudio es una institución jurídica que despliega, en Derecho marroquí, “una función similar a la que el divorcio desarrolla en Derecho español”: disolver el vínculo matrimonial. El tribunal que conozca del asunto deberá aplicar la norma de competencia judicial internacional aplicable a la institución jurídica del Derecho del foro que cumpla la misma función¹¹. Haya sido tal disolución en el presente caso por *talaq* o por otra de las formas de divorcio que recoge el CFM, es posible equipararlas por su función a la institución del “divorcio” del ordenamiento jurídico español.

En efecto, el Reglamento Bruselas II *bis* resulta aplicable, pues se trata de determinar la competencia judicial internacional del tribunal de un Estado miembro del Reglamento en materia de divorcio, la demanda es posterior a marzo de 2005, los cónyuges residen en un Estado miembro (art. 6 RB-II *bis*) y el juez español está obligado a observar esta normativa.

El Reglamento Bruselas II *bis* recoge en su artículo 3º siete foros alternativos en los que el tribunal de un Estado miembro puede basar su competencia judicial internacional. El tribunal español podría haberse declarado competente con arreglo a un foro del Reglamento. Dado que ambos litigantes residían en España en el momento de presentación de la demanda¹², se dispone del foro de la última residencia habitual común siempre que uno de los cónyuges resida aún en España, el de la residencia habitual del demandado o el de la residencia habitual del demandante si reside allí al menos desde los seis meses anteriores a la interposición de la demanda (art. 3.1.a RB-II *bis*).

Por su parte, la solución dada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vic con respecto a la declinatoria interpuesta por la esposa, respaldada por la Audiencia Provincial, parece acertada. En efecto, debió aducirla, en todo caso, ante el tribunal marroquí por conocer posteriormente de la demanda.

13. Validez extraterritorial de decisiones. Para el reconocimiento de la sentencia marroquí en España el interesado así debe instarlo (art. 25, párr. 1º, del Convenio hispano-marroquí). Se desconoce si el esposo lo solicitó en el procedimiento correspondiente (que es otro distinto al proceso de divorcio examinado) o si, sencillamente, el actor invoca el reconocimiento al hilo del proceso de divorcio. Parece que se trata de este último caso¹³ y, de ser así, no cabe dotar de efectos en España a una resolución extranjera por esta vía.

En cualquier caso, si bien la Audiencia Provincial no lo refleja en su decisión, se puede razonar que repara en el Convenio bilateral y el procedimiento para el reconocimiento de sentencias marroquíes

del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado” (traducción del italiano de J.F. SÁNCHEZ BARRILAO), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, pp. 225-243, c. 226. En este sentido, “los tratados constitutivos no contienen una mención expresa de la primacía. Ha sido la jurisprudencia comunitaria (...) la que se ha ocupado de establecer esta característica esencial y de explicar el fundamento de la misma, labor esta última que también ha sido realizada por la doctrina”. M.-A. ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, *Revista de derecho político*, nº 38, 1993, pp. 93-173, c. 111; *vid.*, asimismo, AAP Valladolid, Sec. 1ª, nº 82/2007, de 10 abril 2007 (FD 3º) y SAP Guadalajara, Sec. 1ª, nº 117/2013, de 2 mayo 2013 (FD 1º).

⁹ Sobre la calificación de la pretensión del actor en los litigios internacionales *vid.* pp. 145-149 de A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014.

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 417.

¹¹ M.D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, pp. 201-244, c. 222; en el mismo sentido, SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 696/2011, de 30 noviembre 2011 (FD 3º *in fine*).

¹² *Vid.* FD 3º de la Sentencia.

¹³ *Vid.* FD 1º de la Sentencia. El actor denuncia, entre otras infracciones jurídicas, “la total falta de efectos en nuestro ordenamiento jurídico de la sentencia dictada por el Tribunal marroquí de la que no se ha *procurado* su reconocimiento...”.

en España a los meros efectos de responder al apelante acerca del porqué de esa “total falta de efectos en nuestro ordenamiento jurídico de la sentencia dictada por el Tribunal marroquí”. En efecto, el requisito del artículo 23.5º del Convenio es de imposible cumplimiento y la sentencia no puede reconocerse en España.

El Reglamento Bruselas II *bis* no es aplicable en este caso, puesto que se trata de reconocer una sentencia de divorcio procedente de un Estado no miembro del Reglamento (arts. 2.4º y 21.1 RB-II *bis*). Por otro lado, del artículo 952 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se deduce que los artículos 954 y siguientes tampoco resultan de aplicación, al existir un Convenio bilateral entre España y Marruecos que sí lo es.

14. Ley aplicable. El tribunal aplica el artículo 107.2º CC y, con ello, el Derecho marroquí al divorcio, por ser la “ley nacional común originaria de ambos esposos” y manifiesta que es el “precepto vigente al tiempo de la presentación de la demanda”. A este respecto deben realizarse varias precisiones: (a) La Ley aplicable al divorcio instado es, en efecto, la Ley nacional común en aplicación del artículo 107.2º CC; (b) El momento para precisar la Ley nacional común no es el de “la primera u originaria” sino el de presentación de la demanda, como enuncia expresamente el artículo 107.2º *in primis* del Código Civil¹⁴; (c) Después del traspás del tribunal en sede de competencia judicial internacional, se desconoce si aplica el Código Civil por obviar igualmente el Derecho europeo, o si realmente ha valorado la existencia del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)¹⁵. La cuestión es que acierta.

En efecto, si bien el Reglamento 1259/2010 tiene efectos *erga omnes* y se aplica a toda “disolución o relajación del vínculo matrimonial” (Cons. [10] RR-III) a partir de 21 junio 2012 (art. 21 RR-III)¹⁶, la acción de divorcio se ejercitó en enero de 2011.

Por tanto, para el presente caso, resulta aplicable el artículo 107.2º CC.

Las ventajas del punto de conexión de la nacionalidad son “su carácter estable y su fácil determinación”, pues no se altera con tanta facilidad como otros puntos de conexión¹⁷, v.gr. el de la residencia habitual.

Se debe matizar que la Ley aplicable al divorcio no regula todas las cuestiones alrededor de esta institución, como los efectos jurídicos externos derivados del divorcio: alimentos a hijos, responsabilidad parental sobre los hijos comunes, asignación del uso de la vivienda o del ajuar doméstico, etc.¹⁸.

15. La Audiencia Provincial no ha considerado necesario referirse al orden público internacional (art. 12.3 CC). Sin embargo, parece conveniente efectuar unas breves consideraciones al respecto.

Se debe valorar que en el actual Derecho de familia marroquí, sólo cabe el divorcio o “repudio” bajo control judicial (art. 78 CFM), no unilateral, y que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio (arts. 94-98 CFM), por lo que, en principio, tampoco parece desprenderse que se dé una discriminación por razón de sexo.

A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ han estimado que, ante el silencio del artículo 12.3 CC, en caso de duda sobre la vulneración del orden público internacional, el Derecho extranjero debe aplicarse, pues el sólo hecho de que una institución jurídica no exista o se regule de distinta forma que en nuestro ordenamiento jurídico, no significa que vulnere el orden público internacional

¹⁴ La fijación de este momento “evita problemas de conflicto móvil, refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que, en el momento de iniciarse el proceso judicial de divorcio / separación, presenta una conexión real con dicho litigio”. Para el punto de conexión “nacionalidad común de los cónyuges” del artículo 8.c R. 1259/2010 (Roma III): 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*, vol. 4, nº 1, pp. 52-85, c. 76.

¹⁵ Reglamento (UE) N.º 1259/2010, del Consejo, de 20 diciembre 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, de 29 diciembre 2010).

¹⁶ Con lo que el artículo 107.2º CC, que continúa vigente, ha quedado relegado a designar la Ley aplicable al divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial en los casos interregionales.

¹⁷ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N.º 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*, nº 39, 2011, pp. 561-587, c. 578.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, Comares, 2013, p. 275. Para el artículo 107.2º CC en concreto, *vid.* p. 278.

español¹⁹. Además, no se debe olvidar que la norma de conflicto española es una norma imperativa y el Derecho extranjero se aplica porque así lo ha ordenado nuestro propio sistema legal (art. 12.6 CC).

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial decreta “el divorcio definitivo” de la pareja (FD 4º), lo que deja claro que se trata de un repudio o de un divorcio irrevocable.

Por todo lo anterior, no parece que el resultado de aplicar la norma jurídica extranjera a este caso en particular infrinja el orden público internacional español.

Se ha de ponderar, asimismo y caso por caso, si su aplicación resulta lesiva para los derechos fundamentales de la mujer. La SAP Málaga, Sec. 6ª, nº 271/2014, de 22 abril 2014 resuelve no aplicar el Código de Familia de Marruecos por considerar que existe discriminación por razón de sexo al darse una desigualdad en el acceso al divorcio²⁰.

Una valoración debe practicarse en este punto: el planteamiento de la declinatoria por la esposa por hallarse el proceso iniciado en Marruecos y su falta de oposición a la aplicación de la Ley marroquí al fondo del asunto podrían conducir a pensar que se opone al divorcio en España, pero no en su país de origen ni a la aplicación de su Ley nacional. En los casos de aceptación o de invocación por la esposa de la aplicación nacional no parece adecuado, en principio, estimar que el Derecho marroquí vulnera los principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad española.

16. Sobre la prueba del Derecho extranjero, la Audiencia Provincial realiza una interpretación bastante razonable. La posición jurisprudencial mayoritaria consiste en la aplicación del Derecho español al fondo del asunto si no se acredita el Derecho extranjero cuya aplicación ordena la norma de conflicto, así como la falta de obligación del tribunal de averiguar el Derecho extranjero a través de los medios a su disposición²¹.

La Sentencia examinada, sin embargo, afirma que si el actor no puede probarlo, el tribunal hará por averiguarlo, por tratarse de una cuestión relativa al estado civil y en base al principio *iura novit curia* (FD 3º)²².

17. De la jurisprudencia hallada se observa que la Sec. 12ª de la AP Barcelona se aparta, en la sentencia analizada, de la línea jurisprudencial seguida hasta el momento en sede de competencia judicial internacional²³ y, sin embargo, se adhiere a la misma en el ámbito de la Ley aplicable²⁴.

Se desprende que, por lo general, la Sección aplica adecuadamente el Derecho de la UE en los casos en los que corresponde²⁵, por lo que este traspasó en materia de competencia judicial internacional

¹⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 533. En un sentido similar, la SAP Cáceres, Sec. 1ª, nº 279/2012, de 23 mayo 2012 aplica el Código de Familia marroquí por estimar que el orden público internacional tiene un carácter restrictivo, pues se corre el riesgo de dictar sentencias claudicantes.

²⁰ En una línea parecida, SAP La Rioja, Sec. 1ª, nº 108/2014, de 7 abril 2014.

²¹ SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 551/2009, de 28 julio 2009; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 85/2009, de 11 febrero 2009; SAP Alicante Sec. 9ª, de 6 junio 2007. Algunas Audiencias basan su decisión en la no conculcación la tutela judicial efectiva (SAP Almería, Sec. 3ª, nº 159/2004, de 28 junio 2004).

²² En el mismo sentido, SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 577/2014, de 30 septiembre 2014; SAP Barcelona, Sec. 18ª, nº 264/2012, de 19 abril 2012; SAP Castellón, Sec. 2ª, nº 64/2009, de 15 julio 2009; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 381/2006, de 8 junio 2006.

²³ Son resoluciones que aplican correctamente el Reglamento 2201/2003 las siguientes: SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 833/2014, de 30 diciembre 2014 (del mismo día que la analizada, pero sí aplica el Reglamento); SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 773/2014, de 11 diciembre 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 577/2014, de 30 septiembre 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 476/2014, de 15 julio 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 467/2014, de 10 julio 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 260/2014, de 8 abril 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 37/2014, de 17 enero 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 777/2013, de 12 noviembre 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 694/2013, de 10 octubre 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 647/2013, de 18 septiembre 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 571/2013, de 19 julio 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 496/2013, de 27 junio 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 370/2013, de 15 mayo 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 224/2012, de 21 marzo 2012; SAP Barcelona, SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 696/2011, de 30 noviembre 2011.

²⁴ Son sentencias que aplican correctamente el artículo 107.2º CC y aplican la Ley marroquí al divorcio las que siguen: SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 577/2014, de 30 septiembre 2014, SAP Barcelona, Sec. 18ª, nº 264/2012, de 19 abril 2012; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 80/2012, de 9 febrero 2012; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 22/2012, de 19 enero 2012; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 381/2006, de 8 junio 2006; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 280/2006, de 25 abril 2006.

²⁵ Son sentencias que aplican correctamente el Reglamento 1259/2010 las siguientes: SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 833/2014, de 30 diciembre 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 773/2014, de 11 diciembre 2014. Tienen en cuenta el Reglamento, mas no lo

no necesariamente va a significar un paso atrás. Se ha de confiar en que continúe en la línea seguida hasta ahora.

III. Consideraciones finales

18. El análisis precedente puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

19. *Primera.* La solución dada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, en materia de competencia judicial internacional, no es correcta en cuanto a los fundamentos jurídicos. Esto es, la norma jurídica aplicada no es la pertinente. Debíó aplicar el artículo 3º R.2201/2003, y no el artículo 22.3º LOPJ, por la primacía del Derecho comunitario sobre el interno.

No obstante, la solución material resulta acertada, pues ambas normas contienen foros que hacen competentes a los tribunales españoles para conocer del divorcio en cuestión.

20. *Segunda.* La solución dada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, respecto de la Ley reguladora del divorcio parece correcta. El R.1259/2010 no es aplicable en la fecha de presentación de la demanda de divorcio. La observancia del artículo 107.2º CC conduce a aplicar la Ley marroquí al divorcio por el punto de conexión “nacionalidad común de los cónyuges” en el momento de presentación de la demanda, y así lo hace, sin alusión a una posible vulneración del orden público internacional español.

21. *Tercera.* La SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 830/2014, de 30 diciembre 2014, recoge también un pronunciamiento en relación a la prueba del Derecho extranjero. El tribunal manifiesta la exigencia a los órganos jurisdiccionales, del art. 281.2º LEC, de realizar “una labor activa de búsqueda” en cuanto al contenido y vigencia del Derecho extranjero. Se debe valorar positivamente esta posición, pues, de un lado, en ciertas ocasiones el interesado no puede probar el Derecho extranjero, a pesar de su intento, y, de otro, la norma de conflicto es una norma imperativa y no debe sustituirse la aplicación del Derecho que señala por la aplicación de la *Lex fori* tan fácilmente.

22. *Cuarta.* Finalmente, de la jurisprudencia de la Sec. 12ª de la AP Barcelona analizada se deduce lo siguiente: en sede de competencia judicial internacional, la SAP nº 830/2014, de 30 diciembre 2014 se separa del criterio actualmente mayoritario de aplicar el Derecho europeo; en sede de Ley aplicable, la Sentencia se enmarca en la misma línea que viene siguiendo esa Sección, que parece correcta; en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero, rompe con la posición mayoritaria y sigue la línea de otras audaces AA.PP. que parece más correcta.

23. La valoración general debe ser positiva excepto en lo referente a competencia judicial internacional, si bien se ha comprobado que la misma Sección 12ª de la AP Barcelona viene aplicando correctamente la normativa europea de Derecho internacional privado en la gran mayoría de los casos. Parece un paso hacia atrás, mas no necesariamente ha de guardar una proyección negativa sobre la jurisprudencia venidera.

aplican por no hallarse el caso dentro de su ámbito temporal, las siguientes decisiones: SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 260/2014, de 8 abril 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 467/2014, de 10 julio 2014; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 694/2013, de 10 octubre 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 647/2013, de 18 septiembre 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 571/2013, de 19 julio 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 496/2013, de 27 junio 2013; SAP Barcelona, Sec. 12ª, nº 370/2013, de 15 mayo 2013.

MATERNITÀ SURROGATA CONCLUSA ALL'ESTERO E
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO:
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA *PARADISO E
CAMPANELLI C. ITALIA*

CROSS-BORDER SURROGACY ARRANGEMENTS AND EURO-
PEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: REMARKS ON THE
PARADISO AND CAMPANELLI V. ITALY JUDGMENT

ORNELLA FERACI

*Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Firenze*

Recibido: 15.07.2015 / Aceptado: 31.07.2015

Riassunto: L'articolo svolge alcune riflessioni critiche sul tema dello stabilimento della filiazione derivante da accordi di maternità surrogata conclusi all'estero nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Lo scritto esamina, in particolare, una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa su un accordo di maternità surrogata cd. "commerciale" concluso in Russia da una coppia di coniugi italiani (sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12), nella quale la Corte era stata chiamata a valutare la compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) del rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri di stato civile il certificato di nascita straniero rilasciato a Mosca, per sua contrarietà all'ordine pubblico italiano, e il conseguente allontanamento del minore dai genitori committenti. L'articolo, in primo luogo, esamina la rilevanza dell'assenza del legame genetico tra i genitori intenzionali e il figlio lungo due diverse prospettive, ossia rispetto (1) all'esistenza di una "vita familiare" rilevante ai fini dell'art. 8 della CEDU e (2) al riconoscimento del rapporto di filiazione nello Stato di origine dei genitori committenti. In secondo luogo, il commento analizza il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico in sede di giudizio sulle ingerenze consentite dall'art. 8, par. 2, della CEDU. L'indagine condotta a questo riguardo evidenzia le incertezze e i rischi sottesi all'esigenza di garantire la prevalenza del superiore interesse del minore - così come imposto dalla sentenza *Wagner e J.M.W.L c. Lussemburgo* - nonché alle modalità dell'apprezzamento, nell'ottica di un "giusto equilibrio" tra gli interessi contrapposti in gioco.

Parole chiave: maternità surrogata conclusa all'estero, riconoscimento degli status, filiazione, superiore interesse del minore, accordi di maternità surrogata internazionale, genitori committenti, ordine pubblico, stato civile.

Abstract: The paper develops some critical remarks on the establishment of the parent-child relationship arising from cross-border surrogacy arrangements in the context of the European Convention of Human Rights (ECHR). In particular, the paper analyzes a recent judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) rendered over an International Surrogacy Arrangement (ISA) entered in Russia by an Italian married couple (*Paradiso and Campanelli v. Italy*, application No. 25358/12). The application concerned the refusal by the Italian authorities to register a foreign birth certificate of a child born in Moscow through a commercial ISA, being the latter contrary to the Italian public policy,

and of the subsequent removal of the child from his intended parents. First of all, the article evaluates the incidence of the lack of genetic relationships between the intended parents and the child under two different perspectives: i.e. on (1) the existence of “family life” for the purposes of Article 8 ECHR (right to respect for family and private life) and on (2) the recognition of *filiation* within the State of origin of the intended parents. Secondly, the article investigates the role played by the principle of the best interests of the child as to its difficult balance with the public policy exception in the evaluation of the interferences as set forth under Article 8, para. 2, ECHR. Such enquiry reveals the uncertainties and the risks of respecting the paramountcy of the best interests of the child principle, as required by the *Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg* judgment, and of the modalities of the appraisal in order to strike a “fair balance” between the competing interests at stake.

Key words: cross-border surrogacy, surrogate motherhood, recognition of status, legal parent-child relationship, best interests of the child, international surrogacy arrangement, intended parents, public policy, civil *status*.

Sommario: I Introduzione. II. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*: i fatti all'origine della controversia. III. L'illegittimità dell'allontanamento del minore dai genitori committenti. IV. La rilevanza dell'assenza del legame genetico con i genitori intenzionali rispetto alla nozione di “vita familiare” ai fini dell'art. 8 della CEDU. 1. ... e rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione. V. Il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico: alla ricerca di un “giusto equilibrio”. VI. Considerazioni conclusive.

I. Introduzione

1. Il crescente ricorso alla maternità surrogata e alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) sta progressivamente ridisegnando i confini del concetto di genitorialità. Una tale prassi, per le sue caratteristiche soggettive e oggettive¹, soprattutto nelle sue forme più liberali (si pensi ai contratti di maternità surrogata cd. “commerciali” e alla loro combinazione con la tecnica della fecondazione assistita eterologa)² tende ad affrancare il rapporto di filiazione dai legami puramente genetici, favorendo la prevalenza della realtà sociale sulla realtà biologica e suscita, al contempo, delicati interrogativi di ordine etico in relazione, soprattutto, al rischio della commercializzazione degli embrioni umani.

2. Da un punto di vista strettamente giuridico, la molteplicità di approcci legislativi esistenti in materia³ consente di osservare il fenomeno da due diversi punti di vista. Ossia, “a monte” nell'ottica, puramente interna ad ogni Stato, di *policy making*, della scelta di disciplinare o meno (e, eventualmente,

¹ Com'è noto, esistono due tipologie contrattuali di maternità surrogata, la cd. maternità surrogata “tradizionale” e la cd. maternità surrogata “gestazionale”. La surroga tradizionale implica un contratto tra genitori committenti e una donna fertile, che acconsente all'inseminazione con seme del committente o di donatore e alla gestazione; in tale ipotesi la madre surrogata è la madre genetica del bambino che ne deriva. La seconda tipologia, invece, si ha quando la madre surrogata non è geneticamente legata al bambino: in tal caso l'ovocita viene prelevato da una donatrice o dalla madre committente e fecondato *in vitro* con seme del padre committente o di donatore di sperma; l'embrione viene successivamente impiantato nell'utero della surrogata.

² Gli accordi di maternità surrogata “commerciali” si riferiscono agli accordi di maternità surrogata che prevedono il versamento di una somma di denaro a titolo di compenso per la madre surrogata. Diversamente, i cd. accordi “altruistici” stabiliscono il versamento alla madre surrogata solo di un indennizzo per le spese sostenute durante la gestazione e il parto, vietando qualsiasi altro vantaggio economico.

³ Sui molteplici approcci normativi esistenti in materia a livello europeo si veda lo studio comparato svolto dal DG FOR INTERNAL POLICIES - POLICY DEPARTMENT. CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, p. 200-351, reperibile sul sito www.europarlamento.eu. In generale, per un'analisi delle caratteristiche dei diversi approcci normativi in materia di maternità surrogata si vedano G.K. STANIC, “State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach”, in *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss., e lo studio di K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, “General Report on Surrogacy”, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 441 ss., spec. p. 443 ss., ove si distinguono tre categorie di ordinamenti: “surrogacy-friendly jurisdictions”, “anti-surrogacy jurisdictions”, e “jurisdictions with a relatively neutral approach to surrogacy”.

come) le forme e le condizioni della maternità surrogata nell'ordinamento giuridico interno; e "a valle" nell'ottica internazionalprivatistica di stabilire gli effetti derivanti da accordi di maternità surrogata conclusi all'estero (*cross-border surrogacy arrangements*), in conformità alle leggi locali (*lex loci actus*), in ordinamenti giuridici ove tale possibilità è fermamente negata (anche attraverso divieti di natura penale) o disciplinata con modalità più rigorose rispetto a quelle adottate nello Stato di origine dei cd. "genitori committenti" o "intenzionali". Quest'ultima prospettiva genera una sorta di effetto "caleidoscopico" in cui la combinazione delle diverse tecniche di riconoscimento operanti a livello nazionale e dei meccanismi a tutela dell'armonia interna dei singoli ordinamenti (attraverso il limite dell'ordine pubblico) produce risultati variegati, talora incerti.

3. Proprio le divergenze normative esistenti a livello nazionale⁴ alimentano un crescente fenomeno di "turismo procreativo (o riproduttivo)"⁵, ove coppie (coniugate, di fatto, eterosessuali o omosessuali) o singoli individui affetti da problemi di sterilità⁶ decidono di recarsi all'estero per concludere accordi di surroga di maternità nelle cd. *surrogacy-friendly jurisdictions* (o per ricorrere, più in generale, a tecniche di PMA⁷), al fine di coronare in tali Stati, sulla base delle legislazioni locali, il proprio progetto genitoriale. Una tale mobilità dà luogo, da una parte, a pratiche abusive volte ad aggirare i divieti nazionali o le rigide normative interne altrimenti applicabili. Dall'altra, tale esodo procreativo finisce per pregiudicare il riconoscimento dello *status* giuridico del figlio nato all'estero a seguito di maternità surrogata (cd. Stato di nascita) al momento del suo rientro nello Stato di appartenenza dei genitori committenti (cd. Stato d'origine), impedendo la formazione della sua identità personale e delle relazioni familiari.

Le maggiori implicazioni giuridiche derivanti dagli accordi in rilievo investono, infatti, lo stabilimento del rapporto di filiazione tra quest'ultimo e i diversi attori coinvolti (genitori committenti, madre surrogata, donatori di gameti), a causa dello scollamento esistente tra "genitorialità biologica", "genitorialità genetica" e "genitorialità sociale"⁸. In particolare, le problematiche di maggior rilevanza attengono al riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero, vale a dire alla possibilità di trascrivere o meno gli atti di nascita stranieri formati sulla base della *lex loci actus* nei registri di stato civile dello Stato di origine, nonché alla determinazione della cittadinanza del figlio (quando essa dipenda dalla legge nazionale dei genitori committenti). In entrambi i casi il rischio è che si creino situazioni claudicanti

⁴ Rispetto al fenomeno della maternità surrogata si registrano Stati che espressamente consentono e regolano la maternità surrogata (ex. Grecia, Israele, Regno Unito), Stati che adottano un atteggiamento liberale consentendo anche la maternità surrogata commerciale (ex. Georgia, India, Russia, Thailandia), Stati che vietano espressamente la maternità surrogata (ex. Francia, Italia, Germania), nonché, infine, Stati in cui il fenomeno non è ancora in larga parte disciplinato (ex. Argentina, Brasile, Belgio). Rispetto agli Stati aderenti alla CEDU, la pratica è espressamente vietata in 15 Stati (Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Italia, Moldavia, Montenegro, Spagna, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera, Turchia); in 10 è di incerta ammissibilità o perché vietata da norme generali o perché di dubbia legalità (Andorra, Bosnia Herzegovina, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Monaco, Romania, San Marino e Ungheria), è consentita in 7 (Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia e Ucraina) ed è tollerata, infine, in 4 Stati, ove non è disciplinata (Belgio, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia).

⁵ Sul turismo procreativo v.: D. SINDRES, "Le tourisme procréatif et le droit international privé", in *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n. 2, p. 429 ss.; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?", in *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, p. 563 ss.; C.P. KINDREGAN, "International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements", in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss.). Sulla tendenza a utilizzare formule più neutre quali "reproductive exile", "cross-border reproductive care" al fine di evidenziare le difficoltà (emotive e fisiche) affrontate dai soggetti affetti da problemi di sterilità, si veda, ad esempio: M. INHORN, P. PATRIZIO, "Reproductive tourism as reproductive exile", in *Fertility and Sterility*, 2009, p. 904 ss. Alcuni autori, invece, preferiscono impiegare il termine di «delocalizzazione procreativa»: J. MOULY, "La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?" in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2419 ss.

⁶ Occorre precisare che alla maternità surrogata possono ricorrere non solo coppie con difficoltà di concepimento (unilaterale o bilaterale), ma anche coppie fertili in cui, tuttavia, la donna è incapace di portare a termine la gravidanza o non è disposta ad affrontare la gestazione.

⁷ Sulle PMA e sulle implicazioni internazionalprivatistiche di questo fenomeno si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2003; Id., "Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 531 ss., nonché, più di recente, Id., "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss.

⁸ A tali questioni si aggiungono le problematiche di natura contrattuale che possono derivare dall'accordo concluso all'estero in base alla legge locale, in relazione alla corretta esecuzione del contratto ed al rispetto dei requisiti legislativi stabiliti in relazione ai vari soggetti coinvolti (genitori committenti, madre surrogata, agenzia, donatori di gameti etc.).

(cd. *limping situations*)⁹, con soggetti, di fatto, apolidi e privi di genitori, o con genitori legali diversi in base alle legislazioni dei singoli ordinamenti coinvolti (Stato d'origine e Stato di nascita).

4. Com'è noto, in assenza, allo stato, di una normativa uniforme a livello internazionale sulla maternità surrogata¹⁰ e sui meccanismi di riconoscimento degli *status* personali¹¹, ogni valutazione circa l'idoneità degli atti stranieri (sia di natura amministrativa sia di natura giurisdizionale) a produrre effetti nello Stato d'origine risulta rimessa alla competenza dei singoli ordinamenti nazionali.

Tale discrezionalità per gli Stati membri del Consiglio d'Europa è, tuttavia, ridimensionata dall'esigenza di rispettare i vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Gli Stati contraenti di origine dei genitori committenti, pur restando liberi di disciplinare, a livello interno, il fenomeno della surroga di maternità, sono comunque tenuti a osservare gli obblighi risultanti dall'interpretazione di recente elaborata - sebbene ancora parzialmente - dalla Corte di Strasburgo in relazione al riconoscimento degli effetti di talune tipologie di accordi di surrogazione conclusi all'estero¹². In tali situazioni l'esigenza degli Stati contraenti di tutelare i propri interessi nazionali, generalmente espressi nei divieti di maternità surrogata e nella tutela dei principi (di ordine pubblico) dell'indisponibilità dello *status* delle persone, del corpo e della dignità umana, si scontra con il difficile compito di garantire un equo bilanciamento con la tutela dei principi della continuità transnazionale degli *status* personali¹³ (e, più in generale, dell'identità personale) e del superiore interesse del minore.

5. In questo scenario, il presente commento intende esaminare alcuni aspetti del rapporto esistente tra maternità surrogata all'estero e CEDU alla luce di una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa lo scorso 27 gennaio 2015 nella causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹⁴. In

⁹ Sull'esigenza di evitare le cd. situazioni claudicanti v. R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss., spec. p. 272.

¹⁰ Sull'opportunità di uno strumento uniforme internazionale in materia si vedano: K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", in *Journal of Private International Law*, vol. 7, n. 8, 2011, p. 627 ss.; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif", cit., p. 563 ss.; E. DAVIS, "The Rise of Gestational Surrogacy and The Pressing Need for International Regulation", in *Minnesota Journal of International Law*, 2012, p. 120 ss.; H. BAKER, "A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?", in K. TRIMMINGS e P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 411 ss.; M. ENGEL, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOF, W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 199 ss., p. 211. Si vedano, in proposito, anche lo studio del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, cit., p. 159 ss. e i lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata sul tema *The Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements* (cd. "Parentage/Surrogacy Project"), reperibili sul sito ufficiale della Conferenza al seguente indirizzo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178. Sempre nella prospettiva di una disciplina uniforme sul tema del rapporto di filiazione derivante dalla maternità surrogata si veda, infine, il recente studio condotto dalla COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL (CIEC), *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, 2014, consultabile al seguente indirizzo <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

¹¹ Sul tema si rinvia, per tutti, al recente volume di P. LAGARDE (a cura di), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, A. Pedone, 2013.

¹² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Camera, sentenze del 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia* (ricorso n. 65941/11) e *Mennesson c. Francia* (ricorso n. 65942/11), nonché la decisione dell'8 luglio 2014, *D. e altri c. Belgio*, (ricorso n. 29176/13).

¹³ Sulla continuità transnazionale degli *status* nel contesto della CEDU si veda: A. VETTORELLI, "La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 341 ss. di commento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 dicembre 2013, *Henry Kismoun c. Francia*, ricorso n. 32265/10. Sulla rilevanza di questo tema nell'ambito dell'Unione europea si rinvia a: P. MENGOLZI, "Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 69 ss.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12). La sentenza non è ancora divenuta definitiva: su di essa è attesa la decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo, a seguito del rinvio operato dal governo italiano, in conformità all'articolo 43 della CEDU. Per alcuni commenti sulla sentenza v.: A. VIVIANI, "Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali", in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015 (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1294>); M.M. WINKLER, "Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia", in *GenIUS*, 2015, p. 243; S. TONOLO, "Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella

particolare, esso mira ad approfondire due specifiche questioni connesse all'accertamento del rapporto di filiazione. In primo luogo, lo scritto esamina il problema - ancora irrisolto - dello *status* giuridico (nello Stato di origine dei genitori intenzionali) dei soggetti nati all'estero attraverso maternità surrogata quando questi ultimi non abbiano alcun legame genetico con i genitori committenti (né con la madre surrogata). Come vedremo, la sentenza in rilievo, pur non essendosi pronunciata su questo aspetto per motivi di natura strettamente procedurale, ha posto, per la prima volta, all'attenzione della Corte la questione dell'assenza di un legame genetico tra figlio e genitori ai fini dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU (nel contesto della maternità surrogata), nonché il problema dell'incidenza di un tale fattore sul riconoscimento del rapporto di filiazione validamente costituito all'estero. In secondo luogo, questo commento intende svolgere alcune considerazioni circa il ruolo del principio del superiore interesse del minore nel campo di applicazione dell'art. 8 CEDU in relazione agli accordi di maternità surrogata conclusi all'estero, con riguardo, in particolare, al difficile bilanciamento richiesto dal paragrafo secondo della stessa disposizione tra il superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico.

II. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*: i fatti all'origine della controversia

6. Con la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata nell'ambito di una controversia concernente gli effetti giuridici di un contratto di maternità surrogata commerciale concluso in Russia da una coppia di coniugi, la Sig.ra Paradiso e il Sig. Campanelli, entrambi cittadini italiani, residenti in Italia. La vicenda da cui è scaturito il ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo riguardava, in particolare, il rifiuto opposto, dalle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita del figlio della coppia nato in Russia da madre surrogata e nella decisione di queste ultime di disporre il collocamento del minore presso una famiglia di accoglienza in vista della sua successiva adozione. Da tali episodi erano originati in Italia alcuni procedimenti giudiziari, sia sul piano civilistico, in ordine allo stato di adottabilità del minore e alla contestazione del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita straniero, sia sul piano penalistico, per l'accertamento delle responsabilità dei ricorrenti risultanti dalla violazione di talune norme penali interne.

7. Questi, in breve, i fatti di causa. La Sig.ra Paradiso e il Sig. Campanelli, dopo alcuni tentativi infruttuosi di fecondazione *in vitro* in Italia, avevano presentato domanda per l'adozione di un minore, ottenendo un'autorizzazione ad adottare (ma non minori in tenera età). Dopo aver atteso invano l'arrivo di un figlio in adozione, i due coniugi italiani, ormai di età avanzata, avevano deciso di recarsi all'estero per ricorrere alla surroga di maternità, essendo quest'ultima pratica vietata dal diritto italiano¹⁵. A tal fine, la coppia aveva contattato una clinica specializzata di Mosca con la quale aveva concluso un contratto di maternità surrogata commerciale, in conformità al diritto applicabile locale¹⁶. Successivamente,

più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., spec. p. 204. La decisione è altresì segnalata da O. LOPES PEGNA, "Maternità surrogata all'estero e superiore interesse del minore: la Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona l'Italia per l'allontanamento del minore dai genitori committenti", in *Aldricus*, 3 febbraio 2015 al seguente indirizzo: <http://aldricus.com/2015/02/03/maternita-surrogata-allestero-e-superiore-interesse-del-minore-la-corte-europea-dei-diritti-sanziona-litalia-per-lallontanamento-del-minore-dai-genitori-committenti/>.

¹⁵ In Italia, l'art. 12, comma 6, della L. 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, prevede che "[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

¹⁶ Il diritto russo applicabile in materia di maternità surrogata è molto liberale. Per indicazioni sulle fonti normative rilevanti in materia di maternità surrogata in Russia, si veda lo studio del Parlamento Europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, cit. *supra* nota 4, p. 333 ss. Secondo quanto riportato dallo stesso studio (p. 39): "Russia is regarded as having one of the most permissive surrogacy regimes. This is due to the eligibility requirements being fairly relaxed (the main restriction being that the intended mother has to have some sort of medical condition which prevents her from carrying a pregnancy to term) and the fact that the intended parent(s) can be registered as the child's legal parents from birth. Also, both altruistic and commercial surrogacies are permitted under the Family Code of Russia (articles 51-54). However, there are two other important restrictions in the Russian legal framework: the surrogate mother must not also be the genetic mother of the child (i.e. only gestational surrogacy agreements fall under the legal framework) and she must give her consent to the registration of the intended parent(s) as the legal parent(s) of the child". Tale normativa risulta talora oscura e contraddittoria: "Russian legal regulation of assisted reproduction in general and surrogate motherhood specifically, although

a seguito di una fecondazione *in vitro* effettuata in Russia con liquido seminale del Sig. Campanelli e ovocita di donatrice anonima, due embrioni erano stati impiantati nell'utero di una madre surrogata, di nazionalità russa¹⁷. Quest'ultima, conformemente al diritto locale, si era resa disponibile a portare avanti la gravidanza dietro pagamento di un corrispettivo e, al momento della nascita del bambino, aveva rinunciato a vantare qualsiasi pretesa sul neonato, acconsentendo a che lo stesso fosse registrato nei documenti di nascita russi come figlio della coppia italiana. Nella traduzione italiana allegata alla dichiarazione di volontà resa dalla donna si precisava inoltre che (entrambi) i coniugi Campanelli erano i genitori biologici del figlio; il certificato di nascita russo, debitamente munito di apostille in conformità alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, non faceva inoltre alcuna menzione dell'avvenuto ricorso alla maternità surrogata.

8. Dopo aver ottenuto i documenti necessari per il rientro del figlio in Italia presso il consolato italiano a Mosca, i ricorrenti avevano fatto ritorno in Italia con il neonato. Essi avevano poi chiesto agli ufficiali di stato civile del comune di residenza la trascrizione del certificato di nascita del figlio nei registri di stato civile locali, ma essa era stata negata per contrarietà con l'ordine pubblico. Qualche giorno più tardi, il consolato italiano di Mosca aveva comunicato alle competenti autorità italiane che il fascicolo relativo alla nascita del figlio dei Campanelli conteneva dati falsi, avendo i coniugi simulato una filiazione naturale.

A seguito di tali informazioni, era stato aperto un procedimento penale a carico dei signori Campanelli per i reati di "alterazione di stato" ai sensi dell'art. 567 del codice penale italiano¹⁸ e "falso" ai sensi degli articoli 489 e 479 del codice penale¹⁹; nonché per violazione dell'art. 72 della legge italiana

being permissive on the whole, is fragmentary and not always consistent. The most recent changes in Russian law in this regard were made in 2011 by the Federal Law on the Fundamentals on Protection of Citizens' Health. However this Law did not fill all gaps that existed in the legal regulation of assisted reproduction. Particularly in the part which regulates surrogate motherhood, the Law is contradictory and not always clear". Per un'analisi più dettagliata della normativa russa in questo settore si rinvia a O. KHAZOVA, "Russia", in *International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), Oxford, OUP, 2013, p. 311 ss.

¹⁷ In conformità al diritto russo, la madre surrogata non aveva alcun legame biologico con il bambino. La legislazione russa in materia infatti consente esclusivamente la "surroga gestazionale" imponendo che non vi sia alcun legame genetico tra il figlio e la madre surrogata. V. al riguardo l'art. 55 co. 10 della Legge n. 323-FZ/2011.

¹⁸ L'art. 567 del codice penale italiano sanziona la condotta di chi "nella formazione di un atto di nascita altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità". Sul profilo della responsabilità penale riconnessa all'alterazione di stato civile in relazione a ipotesi di maternità surrogata, la giurisprudenza di merito italiana è ancora altalenante: nella maggior parte dei casi più recenti, tuttavia, i giudici penali hanno assolto gli imputati perché il delitto di falso era stato commesso all'estero in piena conformità alla legge locale. Si veda, in proposito, la sentenza del Tribunale di Varese del 17 dicembre 2014 (reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it) che non solo ha negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.) quando l'atto di nascita sia stato formato validamente all'estero nel rispetto della legge del Paese dove il bambino è nato, ma ha altresì escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del minore, in epoca successiva alla formazione dell'atto di nascita, per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.). In senso analogo, si vedano Tribunale penale di Milano, sentenza 13 gennaio 2014 (in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014), che ha stabilito che la richiesta di trascrizione nei registri italiani dello stato civile del certificato ucraino di nascita di un minore nato in tale stato a seguito di un contratto di maternità surrogata stipulato da una coppia di coniugi italiani non costituisce reato di alterazione di stato ex art. 567 c.p., bensì il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali ex art. 495, comma 2 n. 1, c. p. Si veda altresì la sentenza del Tribunale di Trieste, 4 ottobre 2013 (in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014), secondo la quale l'assenza di dolo deriva dal fatto che «gli imputati sapevano infatti che la c.d. maternità surrogata era lecita in Ucraina, anche se non è consentita in Italia [...], e ciò faceva loro ritenere (correttamente) che le certificazioni rilasciate fossero del tutto regolari». In senso analogo si vedano anche le sentenze del Tribunale Trieste, 6 giugno 2013, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 154 ss. e del Tribunale di Milano, 15 ottobre 2013, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 157 ss. In commento a tali sentenze v. S. TONOLO, "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss., spec. pp. 85-87. V. anche M. CASTELLANETA, "Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di turismo procreativo", in *Famiglia e minori*, 2005, p. 66 ss. Merita di essere segnalata anche la sentenza del Trib. Milano, 8 aprile 2014 (in *Foro italiano*, 2014, II, c. 371 ss.), che ha condannato due persone per falsa dichiarazione in atti dello stato civile ai sensi dell'art. 495, co. 2, n. 1 c.p., in relazione allo stato civile del loro figlio, nato grazie a un procedimento di surrogazione di maternità effettuato all'estero.

¹⁹ Ai sensi dell'articolo 479 del codice penale, rubricato "Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici": "Il pubblico ufficiale che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o

sull'adozione internazionale (legge n. 184 del 4 maggio 1983)²⁰. La coppia, infatti, aveva condotto il piccolo in Italia, aggirando la legge interna in tema di fecondazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 19 febbraio 2004), la quale, al momento dei fatti, vietava la fecondazione assistita di tipo eterologo²¹; la stessa aveva altresì violato i limiti posti dall'autorizzazione all'adozione ottenuta dai coniugi qualche anno prima, che escludeva l'adozione di un bambino in così tenera età. A seguito di ciò, il Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva disposto l'apertura di una procedura per l'adozione del neonato dovendosi considerare quest'ultimo come un minore in stato di abbandono ai sensi della legge italiana sull'adozione²². Nell'ambito della stessa procedura era stato altresì nominato un curatore speciale del minore, in conformità all'art. 8 della legge n. 184 del 4 maggio 1983.

9. Successivamente, attraverso un esame del DNA disposto dal Tribunale per i minorenni di Campobasso, era stato accertato che il Sig. Campanelli non era il padre genetico del bambino, come fino a quel momento, invece, era stato asserito dai ricorrenti: il minore, pertanto, era stato concepito attraverso una fecondazione doppiamente eterologa con gameti provenienti da donatori anonimi. Alla luce della condotta illecita dei Campanelli, il Tribunale aveva ritenuto che il minore non beneficiasse di un ambiente familiare adeguato e che la nascita del bambino risultasse da un desiderio narcisistico della coppia. L'autorità giudiziaria aveva così disposto il suo allontanamento dalle cure dei ricorrenti e ai sensi dell'articolo 37*bis* della legge n. 184/1983²³, il suo collocamento suo, prima, in una casa famiglia e, poi, in preaffido presso una famiglia di accoglienza. Soltanto due anni più tardi, il Tribunale dei minori aveva attribuito una nuova identità al minore, rilasciando un nuovo certificato di nascita recante l'indicazione che il bambino, nato a Mosca, era figlio di genitori ignoti.

10. Contemporaneamente, sempre sul piano civilistico, l'ufficiale di stato civile del luogo di residenza dei Campanelli aveva rifiutato la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Russia per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 della normativa sullo stato civile (DPR n. 396/2000)²⁴. I coniugi

altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'articolo 476". Ai sensi dell'art. 489 del codice penale, rubricato "Uso di atto falso": "Chiunque senza essere concorso nella falsità, fa uso di un atto falso soggiace alle pene stabilite negli articoli precedenti, ridotte di un terzo. Qualora si tratti di scritture private, chi commette il fatto è punibile soltanto se ha agito al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno."

²⁰ L'art. 72 della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Diritto del minore ad una famiglia") dispone: «1. Chiunque, per procurarsi denaro o altra utilità, in violazione delle disposizioni della presente legge, introduce nello Stato uno straniero minore di età perché sia definitivamente affidato a cittadini italiani è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La pena stabilita nel precedente comma si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo danaro o altra utilità a terzi, accolgono stranieri minori di età in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta l'inidoneità a ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare».

²¹ Fino alla sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014 n. 62, la legge n. 40 del 19 febbraio 2004 recante la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita vietava in Italia, all'articolo 4, 3° comma, la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Il mancato rispetto di questa norma comportava una sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 EUR a 600.000 EUR. Con la sentenza sopra citata, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali gli artt. 4, 3° comma, 9, 1° e 3° comma e 12, 1° comma, della l. 19 febbraio 2004, n. 40. Sulla sentenza della Corte Costituzionale si vedano i commenti di S. TONOLO, "Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte Costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1123 ss.; e di V. TIGANO, "La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", reperibile sul sito <http://www.penalecontemporaneo.it>. Si veda sul tema anche C. CAMPIGLIO, "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", cit., p. 481 ss.

²² Sullo stato di adottabilità dei minori si vedano gli articoli 7-20 della legge n. 184/1983.

²³ L'articolo 37*bis* della legge n. 184/1983 stabilisce che ai minori stranieri che sono in Italia si applichi la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

²⁴ La tenuta dei registri di stato "civile italiani è regolata dal decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 3 novembre 2000 n. 396 ("Legge per la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile"), il quale prevede che le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani rese all'estero devono essere trasmesse alle autorità consolari (articolo 15). Secondo tale normativa, le autorità consolari trasmettono copia degli atti ai fini della trascrizione all'ufficiale dello stato civile del comune ove l'interessato intende stabilire la propria residenza (articolo 17). In particolare, gli atti formati all'estero concernenti cittadini italiani, e debitamente legalizzati ai sensi dell'art. 21 del DPR, non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico (articolo 18). Secondo, invece, l'art. 19 della disciplina sullo stato civile, gli atti formati all'estero con riguardo ai cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti qualora i cittadini stranieri coinvolti ne facciano richiesta: in tal caso, tali

Campanelli avevano pertanto avviato un ricorso dinanzi alla Corte di appello di Campobasso la quale però aveva confermato la legittimità del diniego di trascrizione.

11. I due cittadini italiani si erano così rivolti alla Corte di Strasburgo, promuovendo due distinti ricorsi, uno a nome del figlio e uno a nome proprio, con i quali avevano lamentato la violazione da parte dello Stato italiano del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare (art. 8 CEDU), in relazione al rifiuto opposto dalle autorità italiane di riconoscere effetti al rapporto di filiazione validamente costituito all'estero e alla decisione di sottrarre il minore alle loro cure.

III. L'illegittimità dell'allontanamento del minore dai genitori committenti

12. Nell'esaminare le domande dei coniugi Campanelli, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato, innanzitutto, il ricorso proposto dalla coppia a nome del figlio, per carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti. La Corte è giunta a tale conclusione applicando un principio già noto alla sua giurisprudenza, secondo il quale, per determinare il diritto a rappresentare gli interessi dei minori nei giudizi dinanzi alla stessa, occorre tenere conto dei legami esistenti tra il bambino e i suoi rappresentanti, dell'oggetto e del fine della domanda, nonché dell'esistenza eventuale di un conflitto di interessi²⁵.

13. Rispetto, invece, ai ricorsi proposti dai Campanelli in nome proprio, la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda riguardante il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita del bambino, non avendo i ricorrenti esaurito tutti i rimedi di ricorso interni come richiesto dall'art. 35, par. 1, della CEDU²⁶. La coppia, infatti, non aveva proposto ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte d'appello di Campobasso con la quale era stata rigettata la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile italiano.

14. Non potendosi pronunciare sulla domanda concernente la riconoscibilità del rapporto di filiazione in Italia, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata, quindi, sulla seconda doglianza del ricorso e, a maggioranza dei giudici della Camera²⁷, ha ritenuto che la decisione delle autorità giudiziarie italiane di allontanare il minore dai genitori committenti costituisca una violazione dell'art. 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

15. Nel giungere a una tale conclusione, la Corte ha riconosciuto, innanzitutto, l'applicabilità dell'art. 8 della CEDU al caso di specie²⁸: trattandosi di una questione attinente al mancato riconoscimento in Italia di un rapporto di filiazione stabilito all'estero, le relazioni familiari di specie costituivano rapporti familiari di fatto rilevanti ai fini della disposizione convenzionale²⁹. A questo proposito, i giudici

atti devono essere presentati all'ufficiale di stato civile unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritto, da parte della competente autorità straniera.

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07, par. 32. Nel caso *Paradiso e Campanelli* la Corte ha valorizzato la circostanza che i coniugi italiani non erano i genitori genetici del bambino, che quest'ultimo era stato posto sotto tutela e che questi era stato rappresentato da un tutore nei procedimenti giudiziari interni. I ricorrenti, inoltre, non potevano rivendicare alcun diritto di adozione nei confronti del minore, il quale era già stato assegnato ad un'altra famiglia per l'affido temporaneo in vista della sua successiva adozione. Infine, il bambino aveva ormai ottenuto una nuova identità e un nuovo certificato di nascita.

²⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 62.

²⁷ Hanno però espresso opinione parzialmente dissenziente sulla sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* i giudici Raimondi e Spano.

²⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 67-70.

²⁹ Conformemente alla propria giurisprudenza, la Corte osserva che la questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è anzitutto una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, par. 31; *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, par. 150). La nozione di «famiglia» di cui all'articolo 8 non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami «familiari» *de facto*, quando le parti convivono al di fuori di qualsiasi legame coniugale e una relazione è sufficientemente costante (*Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, par. 30; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, par. 55; *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, par. 44; *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, par. 36). Peraltro, le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di fondare una famiglia né

della Corte hanno valorizzato alcuni fattori: in particolare, la circostanza che i coniugi italiani avevano trascorso con il minore sei mesi in Italia, a partire dal terzo mese di vita del neonato e che prima di tale periodo la signora Paradiso aveva già vissuto qualche settimana con il piccolo in Russia. Anche se per un breve periodo, pertanto, i coniugi si erano comportati nei confronti del neonato come se fossero stati i suoi genitori biologici. Ciò, secondo la maggioranza dei giudici, aveva dato luogo ad una vita familiare di fatto tra i ricorrenti e il minore valevole ai fini dell'applicazione dell'art. 8 CEDU.

La Corte ha inoltre rilevato che il caso di specie presentava analogie con la causa *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*³⁰, nella quale la stessa era stata chiamata a valutare la compatibilità con la CEDU del rifiuto delle autorità del Lussemburgo di riconoscere un provvedimento peruviano di adozione di un minore a favore di una cittadina lussemburghese. In tale vicenda la Corte aveva riconosciuto l'esistenza di una vita familiare ai sensi dell'art. 8 nonostante il mancato riconoscimento dell'adozione, tenendo conto della circostanza che i legami familiari *de facto* in discussione esistevano da più di dieci anni tra le ricorrenti e che la seconda si comportava a tutti gli effetti come la madre della minore. La Corte ha rilevato inoltre come nella causa *Moretti e Benedetti c. Italia*³¹ essa avesse concluso in favore dell'esistenza di una vita familiare *de facto*, confermata, tra l'altro, dalle perizie condotte sulla famiglia, malgrado l'assenza di un rapporto giuridico di parentela³²: anche in quel caso i ricorrenti avevano trascorso alcuni mesi con il bambino prima che i giudici italiani decidessero di affidarlo ad una diversa famiglia in vista della successiva adozione.

Nel caso *Paradiso e Campanelli* neppure l'assenza di legami genetici tra i ricorrenti e il minore escludeva, per la Corte, l'applicabilità della Convenzione al caso di specie, atteso che la richiesta del riconoscimento del rapporto di filiazione era in collegamento diretto con la vita privata del ricorrente³³.

16. Una volta accertata l'applicabilità della norma convenzionale, la Corte di Strasburgo ha valutato se l'allontanamento del minore dalla famiglia costituisse un'ingerenza legittima nei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU, in base a quanto stabilito dal secondo paragrafo della disposizione, secondo il quale le limitazioni dei diritti tutelati dal primo paragrafo sono ammesse soltanto qualora esse integrino un'ingerenza prevista dalla legge (1), volta a perseguire un fine legittimo (2) e necessaria in una società democratica (3).

17. Per la Corte di Strasburgo, la misura di specie rispettava, con evidenza, le prime due condizioni. Riguardo al primo aspetto, infatti, l'allontanamento del minore risultava dall'applicazione della legge italiana richiamata dalle norme di conflitto nazionali in materia di filiazione³⁴ (art. 33 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato)³⁵, nonché dall'art. 37**bis** della legge ita-

il diritto di adottare (*E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, par. 41, 22 gennaio 2008).

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (ricorso n. 76240/01). Si vedano su di essa i commenti di P. KINSCH, "Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg", in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 ss.; P. PIRRONE, "Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 151 ss.

³¹ *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit., par. 50-52.

³² *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 68.

³³ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 70.

³⁴ Ciò presuppone il richiamo della normativa italiana dalla norma di conflitto italiana sulla filiazione (legge nazionale del figlio al momento della nascita). In verità, sia le autorità italiane sia la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno ommesso di valorizzare quanto previsto dal diritto sostanziale russo (Legge federale russa in materia di cittadinanza), il quale, per evitare che soggetti nati in territorio russo restino privi di cittadinanza non potendola acquistare dai genitori stranieri in base alla loro legge nazionale, prevede, in via eccezionale, che a tali soggetti sia conferita la cittadinanza russa. V. in proposito quanto riportato nel *Comparative Study on the Regime on Surrogacy in the EU Member States* elaborato dal PE, sopra citato, p. 338. La presa in considerazione di questo aspetto avrebbe, pertanto, potuto incidere negativamente sulla legittimità dell'ingerenza ai sensi dell'art. 8, par. 2, CEDU.

³⁵ L'art. 33 ("Filiazione") della legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - nella versione precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 - stabiliva, infatti: "La filiazione è determinata dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita". Di recente le norme di conflitto italiane in materia di filiazione sono state modificate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 contenente la "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione" (che è stato adottato a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha innovato profondamente la normativa sulla filiazione dell'ordinamento italiano ed in vigore dal 7 febbraio 2014). Il nuovo dettato dell'art. 33 della legge 218/1995, oggi in vigore, così dispone: "Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio

liana sull'adozione internazionale (legge n. 184/1983)³⁶, che prescrive l'applicazione della legge italiana qualora il minore straniero sia in stato di abbandono. Riguardo al secondo profilo, la misura controversa perseguiva uno scopo legittimo dal momento che l'allontanamento del minore dalla famiglia Campanelli mirava a ripristinare l'ordine interno³⁷.

18. Meno evidente, invece, era l'osservanza del terzo requisito convenzionale³⁸, il quale, com'è noto, implica un'ingerenza fondata su un bisogno sociale imperativo e proporzionata al legittimo scopo perseguito³⁹. A questo riguardo, la Corte ha verificato se, nel caso di specie, le autorità italiane avessero assicurato un giusto bilanciamento tra gli interessi perseguiti dallo Stato e gli interessi del minore direttamente coinvolto dalla misura. Nel compiere una tale valutazione essa ha applicato il principio-guida enunciato nella sentenza *Wagner J.M.W.L. c. Lussemburgo*, secondo cui, ogni volta che la situazione di un minore è in gioco, l'interesse superiore di quest'ultimo deve prevalere⁴⁰. Pur nella delicatezza e complessità della vicenda di specie, secondo la maggioranza dei giudici, il mancato riconoscimento della filiazione stabilita all'estero per assenza di un legame genetico con il minore sulla base della legge italiana non costituiva di per sé una decisione irragionevole (a differenza di quanto, invece, era accaduto nel caso *Wagner*)⁴¹.

Restava, tuttavia, da stabilire se in una tale situazione le misure adottate nei confronti del bambino, in particolare il suo allontanamento e il suo affidamento ad una casa famiglia, prima, e ad una famiglia per il preaffido, dopo, costituissero scelte proporzionate, alla luce del superiore interesse del minore. A questo proposito, la Corte ha osservato che la decisione di sottrarre il minore alle cure dei ricorrenti mirava ad interrompere una situazione di illegalità. Tuttavia, secondo la Corte, la necessità di porre rimedio a una situazione illegittima non bastava a giustificare l'adozione di qualsiasi misura, in quanto lo Stato deve avere in ogni caso riguardo all'interesse superiore del minore. Non a caso, infatti, nel caso *Wagner*, le autorità lussemburghesi, pur non avendo riconosciuto la filiazione stabilita all'estero per contrarietà con l'ordine pubblico, non avevano adottato misure di allontanamento del minore o di interruzione della vita familiare. In effetti, una tale misura rappresenta per la Corte una soluzione estrema che può essere giustificata soltanto in caso di pericolo grave e imminente per il minore⁴². Pur riconoscendo la delicatezza e la complessità della situazione di specie, la Corte europea dei diritti umani ha valorizzato la circostanza che il minore era rimasto senza identità per più di due anni⁴³ e che i ricorrenti, giudicati idonei ad adottare qualche anno prima dalle autorità italiane erano stati poi ritenuti incapaci di educare ed amare il figlio solamente per aver aggirato la legge sull'adozione senza che fosse stata disposta a tale riguardo una perizia da parte del tribunale⁴⁴. Pertanto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le autorità italiane non avessero assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco: l'allontanamento del minore costituiva, quindi, un'ingerenza illegittima vietata dall'art. 8 CEDU.

o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino". Sul tema, v. O. LOPES PEGNA, "Riforma della filiazione e diritto internazionale privato", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss. Merita segnalare che, anche applicando la nuova disposizione al caso di specie (non ancora in vigore al momento della pronuncia della Corte e non ancora applicabile *ratione temporis* da parte delle autorità italiane), non sarebbe cambiato l'esito del ragionamento seguito dalla Corte di Strasburgo in merito al rispetto delle condizioni dell'art. 8, par. 2, CEDU.

³⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 72.

³⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 73. Secondo la Corte le misure adottate nei confronti del minore miravano alla «difesa dell'ordine», in quanto la condotta dei ricorrenti si scontrava con la legge sull'adozione internazionale e il ricorso alle tecniche di riproduzione assistita eterologa vietato all'epoca dei fatti. Inoltre, le misure in questione erano volte alla protezione dei «diritti e libertà» del minore.

³⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 74 ss.

³⁹ *Gnahoré c. Francia*, ricorso n. 40031/98, par. 50; *Pontes c. Portogallo*, ricorso n. 19554/09, par. 74.

⁴⁰ *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., par. 133-134, poi confermato da *Mennesson c. Francia*, cit., par. 81 e da *La-bassee c. Francia*, cit., par. 60. Tale principio risulta sancito e tutelato, com'è noto, dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20.11.1989, dall'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili, nonché, nel contesto europeo, dall'art. 24, par. 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 77.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza della Grande Camera *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 et 41963/98, par. 148; sentenza della Grande Camera, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07, par. 136; sentenza del 13 marzo 2012, *Y.C. c. Regno Unito*, ricorso n. 4547/10, par. 133-138; sentenza del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, ricorso n. 19554/09, par. 74-80.

⁴³ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁴⁴ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 84.

19. Tuttavia, pur accertando la violazione della Convenzione da parte delle autorità giurisdizionali italiane, la Corte non ha imposto allo Stato convenuto l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante*, ricollocando il minore nella famiglia dei ricorrenti, avendo ormai quest'ultimo sviluppato legami affettivi con la nuova famiglia di accoglienza⁴⁵. La Corte di Strasburgo si è limitata così a riconoscere ai coniugi Campanelli un semplice indennizzo pecuniario.

IV. La rilevanza dell'assenza del legame genetico con i genitori intenzionali rispetto alla nozione di "vita familiare" ai fini dell'art. 8 CEDU

20. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* presenta vari profili di interesse.

In primo luogo, essa pone il problema, del tutto nuovo nella giurisprudenza della Corte, dell'assenza di legame genetico tra genitori (intenzionali) e figli (nati a seguito di maternità surrogata) ai fini dell'accertamento del rapporto di filiazione. Nonostante la novità della situazione, la Corte non sembra aver adeguatamente considerato le implicazioni giuridiche conseguenti al fenomeno. Tale fattore, invece, avrebbe potuto essere valorizzato sotto due diverse direzioni: innanzitutto, nell'ambito della qualificazione della fattispecie concreta in rilievo come "famiglia di fatto" ai sensi dell'art. 8 CEDU, unitamente al profilo dell'illiceità della condotta tenuta dai ricorrenti nei riguardi dell'ordinamento giuridico italiano. In secondo luogo, l'assenza di legami genetici avrebbe potuto incidere sul principio enunciato dalle sentenze gemelle *Menesson/Labassee c. Francia* in merito all'obbligo di riconoscimento dello *status* familiare costituito all'estero a seguito di maternità surrogata, offrendo ulteriori precisazioni sulla portata di questo orientamento.

21. Rispetto alla prima prospettiva evocata, ossia all'ampiezza del campo di applicazione dell'art. 8 CEDU, pare dubbia la conclusione raggiunta dalla maggioranza dei giudici della Seconda Camera a favore della qualificazione del rapporto esistente tra i ricorrenti e il neonato in termini di "vita familiare". La Corte di Strasburgo, come visto, ha riscontrato l'esistenza di una "famiglia di fatto" sulla base di due aspetti: l'uno oggettivo, di natura fattuale, relativo al tempo trascorso tra i ricorrenti e il minore ("*les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie*")⁴⁶, e l'altro soggettivo, meramente volontaristico, afferente all'atteggiamento dei coniugi italiani nei confronti del minore ("*les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents*")⁴⁷.

In questa ricostruzione non è stato dato alcun rilievo, invece, né all'illegittimità della condotta dei ricorrenti, né all'assenza di un collegamento genetico tra il minore e i Campanelli. In particolare, quest'ultimo aspetto non è stato giudicato decisivo per affermare l'esistenza della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU: tant'è che la Corte lo ha menzionato sbrigativamente e *ad abundantiam* («à titre surabondant») ⁴⁸ per riconnetterlo non alla nozione di "vita familiare", ma a quella di "vita privata", parimenti tutelata dall'art. 8: "... *Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant e l'enfant (a contrario, Keegan, précité, par. 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la «vie familiale», mais aussi la «vie privée». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables ... Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur ...*". Con questa sintetica precisazione la Corte ha omesso ogni ulteriore riflessione circa la difficoltà oggettiva di dimostrare come, nel caso *Campanelli e Paradiso*, fosse sorto tra i ricorrenti e il minore, fin dalla nascita del bambino, un "*bond amounting to family life*"⁴⁹. In tema di filiazione, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha finora affermato che

⁴⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 88.

⁴⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 69.

⁴⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 69.

⁴⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 70.

⁴⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90, par. 45. In tal caso la Corte ha valorizzato la natura fattuale della relazione familiare che era venuta ad esistenza al momento della nascita. Il figlio in questione era nato dall'unione di due persone non sposate. La Corte ha ritenuto che il minore si era inserito nella famiglia di fatto al momento della nascita, anche se già allora i suoi genitori genetici non convivevano più: "In the present case, the

è la nascita a far sorgere il legame tra genitore e figlio ed è tale legame che deve essere protetto ai sensi dell'art. 8, anche nel caso in cui manchi la coabitazione familiare⁵⁰ o vi sia ritardo nel riconoscimento da parte del padre naturale o affidamento del figlio ad altri parenti⁵¹. Merita inoltre ricordare che, se pare certa la riconducibilità alla "vita familiare" del rapporto tra il genitore che faccia ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita per il concepimento e il figlio, sussistendo il duplice dato del legame biologico e dell'effettività del rapporto, viceversa, è stato chiarito che non sussiste "vita familiare" tra il donatore di sperma e il bambino concepito mediante procreazione medicalmente assistita, non essendo costitutivo di "vita familiare" il mero dato biologico della donazione di seme⁵². Inoltre, più di recente, la Corte di Strasburgo, pronunciandosi in relazione a casi di procreazione medicalmente assistita, ha affermato che il rispetto per la vita privata e familiare include il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori *in senso genetico*⁵³.

Attraverso, invece, il suddetto *escamotage*, la Corte ha proseguito il proprio ragionamento valorizzando l'azione giudiziaria dei ricorrenti tesa a far accertare lo stabilimento del loro *status* genitoriale, concludendo, infine, per l'applicabilità della disposizione: "... *En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention ...*".

Il predetto percorso argomentativo confermerebbe indirettamente la conclusione, più condivisibile, secondo cui la situazione di un minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata e privo di legami genetici sia con la madre surrogata sia con i genitori intenzionali non possa assurgere a "relazione familiare di fatto", ma unicamente a "vita privata" ai sensi dell'art. 8 CEDU. La norma convenzionale risulterebbe comunque applicabile al caso di specie, ma limitatamente al profilo della vita privata. Una tale precisazione apporterebbe, è vero, una sensibile modifica nella ricostruzione dei rapporti familiari derivanti da maternità surrogata quale finora elaborata dalla Corte di Strasburgo (in relazione a situazioni concernenti minori geneticamente collegati al solo padre intenzionale)⁵⁴, ma ciò sarebbe ragionevolmente imposto dalla discrasia assoluta esistente, nel caso di specie, tra filiazione biologica e filiazione sociale.

22. Del resto, anche i due giudici dissidenti Raimondi e Spano hanno rilevato come la vita familiare *de facto* dei ricorrenti con il minore si fondasse su un "legame tenue", per il breve periodo trascorso da questi con il neonato, e come i giudici della maggioranza non avessero tenuto in debita considerazione tutte le circostanze nelle quali il bambino era stato posto sotto la custodia dei soggetti interessati. I due giudici, pertanto, hanno escluso che il rapporto di specie costituisca una famiglia di fatto ai sensi dell'art. 8, essendo i ricorrenti privi di qualsiasi legame genetico con il figlio ed avendo questi ultimi cercato illegalmente di costituirla in Italia, violando l'ordine pubblico: «*Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une «vie familiale» entre un enfant et des personnes*

relationship between the applicant and the child's mother lasted for two years during one of which they co-habited. Moreover, the conception of their child was the result of a deliberate decision and they had also planned to get married ... Their relationship at this time had thus the hallmark of family life for the purposes of Article 8 (art. 8). The fact that it subsequently broke down does not alter this conclusion any more than it would for a couple who were lawfully married and in a similar situation. It follows that from the moment of the child's birth there existed between the applicant and his daughter a bond amounting to family life".

⁵⁰ *Keegan c. Irlanda*, cit., par. 44 ("The Court recalls that the notion of the "family" in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage (see, *inter alia*, the Johnston and Others v. Ireland judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, para. 55). A child born out of such a relationship is *ipso iure* part of that "family" unit from the moment of his birth and by the very fact of it. There thus exists between the child and his parents a bond amounting to family life even if at the time of his or her birth the parents are no longer co-habiting or if their relationship has then ended").

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ricorso n. 22070/93, par. 35.

⁵² Così Comm. Edu, *JRM c. Paesi Bassi*, 8 febbraio 1993.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza della Grande Camera del 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, par. 66; sentenza della Grande Camera del 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, parr. 71-74.

⁵⁴ V. i casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, cit.

*dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public*⁵⁵.

23. D'altra parte, in una situazione del genere, nemmeno il richiamo all'elemento volontaristico, valorizzato dalla Corte ai fini della riconducibilità della fattispecie nell'alveo del rapporto familiare di fatto, può favorire, da solo, l'insorgenza di una situazione di questo tipo: non vi è dubbio che la scelta di concepire un figlio sia una decisione che afferisce alla vita privata e familiare degli individui, ma l'art. 8 CEDU non può essere costruito come una disposizione posta a tutela del diritto di concepire un figlio ad ogni costo⁵⁶. In altre parole, è da ritenere che il principio della responsabilità procreativa, sempre più spesso invocato dalla giurisprudenza sia internazionale che nazionale in tema di filiazione, non possa vincere la discendenza genetica, soprattutto quando essa si abbini a condotte illecite. È condivisibile allora l'atteggiamento tenuto dalle autorità italiane nel caso di specie: l'illiceità delle condotte dei genitori intenzionali aveva neutralizzato la responsabilità procreativa, facendo dubitare delle reali capacità affettive e educative dei due ricorrenti. Del resto, l'opinione espressa dalle autorità italiane non contrasta, bensì si coordina, con la tendenza della giurisprudenza interna a valorizzare il principio della responsabilità procreativa, atteso che il cd. *favor affectionis* ha sempre riguardato situazioni in cui i minori coinvolti erano geneticamente collegati con almeno uno dei genitori legali⁵⁷.

Il rischio di valorizzare la circostanza che i ricorrenti vengano inquadrati in una relazione familiare per il solo fatto di essersi comportati come genitori, assumendosi la responsabilità genitoriale sul minore, potrebbe poi confliggere con il rilievo, formulato dalla stessa Corte di Strasburgo, secondo cui l'art. 8 CEDU non protegge il semplice desiderio di fondare una famiglia, ma presuppone l'esistenza di una famiglia, per lo meno di un minimo di relazione potenziale che avrebbe potuto svilupparsi tra i soggetti interessati⁵⁸.

1. ...e rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione

24. In secondo luogo, l'assenza di un legame genetico tra i genitori committenti (e la madre surrogata) e il figlio poteva incidere sulla questione irrisolta - per vizi procedurali - della compatibilità con l'art. 8 CEDU del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita straniero emesso a seguito di

⁵⁵ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, p. 31, par. 3.

⁵⁶ Esprimono una preoccupazione analoga anche P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", Working Paper No. 2015/2, consultabile al seguente indirizzo http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf, p. 9. Essi auspicano, infatti, che la Grande Camera nella causa *Paradiso e Campanelli* colga l'occasione per restringere la nozione di famiglia di fatto dell'art. 8 CEDU: "It is not for the ECtHR to effectively create "family rights" for any couple in Europe who want to have a baby by hiring a surrogate mother anywhere in the world even when neither intending parent has a genetic relationship with the child".

⁵⁷ V. in tal senso, la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699 ss., relativa al riconoscimento in Italia di due *parental orders* emanati da un giudice inglese che attribuivano lo *status* di genitori alla madre committente (non genetica) e al padre committente (genetico) rispetto a due figli avuti ricorrendo alla maternità surrogata nel Regno Unito. Il riconoscimento mirava a rettificare gli atti di nascita con i quali i due minori erano stati inizialmente indicati come figli della madre biologica (la madre surrogata). Sulla decisione della Corte di Appello di Bari hanno inciso alcuni fattori: quali, la legalità del comportamento dei coniugi rispetto al diritto dello stato di nascita inglese (e di origine del padre), nonché la circostanza che la nascita dei bambini era avvenuta prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 sulla fecondazione assistita (e, dunque, prima dei divieti di maternità di surrogata e di fecondazione eterologa da essa stabiliti). La Corte di Appello ha, infine, valorizzato la circostanza che i figli avessero trascorso in Italia dieci anni come figli della madre non biologica. Su di essa si vedano i commenti di C. CAMPIGLIO, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss., nonché di M. CASTELLANETA, "Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata", in *Guida al diritto*, 2009, p. 50 ss. Sulla preminenza del principio della responsabilità procreativa, rispetto a situazioni legalmente costituite all'estero e in assenza di illiceità delle condotte dei genitori sociali, si vedano anche la sentenza Tribunale di Napoli 1° luglio 2011, in *Int'l Lis*, 2009, p. 20 ss., nonché, più di recente, la sentenza della Corte di Appello di Torino del 29 ottobre 2014, che ha accolto la domanda di trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita spagnolo di un minore, nato in Spagna da due donne coniugate, che avevano ivi fatto ricorso alla fecondazione assistita eterologa (in conformità alle disposizioni contenute nella Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida ("LTRA")). Su di essa si veda il commento di E. DI NAPOLI, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, p. 258 ss.

⁵⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 67.

maternità surrogata. Tale aspetto solleva, infatti, alcuni dubbi circa l'ampiezza degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU in questa materia. In altre parole, resta incerto, dopo la sentenza *Paradiso e Campanelli*, se il diniego opposto dalle autorità dello Stato d'origine alla trascrizione dei certificati di nascita stranieri di figli nati da embrioni creati attraverso materiale genetico non appartenente a quello dei genitori intenzionali sia conforme al diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dalla Convenzione.

25. La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora avuto modo di pronunciarsi su questo aspetto, essendosi finora occupata di situazioni coinvolgenti soggetti geneticamente legati al (solo) padre committente (senza la partecipazione genetica né della madre committente, né della madre surrogata, quindi con ovulo proveniente da donatrice anonima).

In relazione a situazioni implicanti un padre biologico, nelle sentenze gemelle *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia* del 2014⁵⁹, la Corte di Strasburgo ha stabilito, infatti, l'obbligo per gli Stati contraenti di riconoscere lo *status* di figlio nato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata in forza del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU (ma non anche del diritto al rispetto della vita familiare),⁶⁰ in quanto tale prerogativa implica il diritto di ogni individuo di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, ivi compreso il rapporto di filiazione⁶¹. Più precisamente, in tali sentenze la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, ha ravvisato il superamento del suddetto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest'ultimo sia anche padre biologico. Tale orientamento risulta accolto nella giurisprudenza più recente di alcuni Stati contraenti⁶², in relazione a casi analoghi di accordi di maternità surrogata conclusi all'estero.

26. Secondo alcuni commentatori, una tale conclusione sarebbe intrinsecamente collegata al legame genetico intercorrente tra i minori e il padre biologico⁶³. Ciò risulterebbe da un *obiter dictum*

⁵⁹ *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia*, citate. Sulle sentenze si veda la nota di J. GUILLAUMÉ in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.; L. D'AVOUR, "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labasse", in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss.; M.M. GIUNGI, "Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 953 ss. e C. DANISI, "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", in www.articolo29.it.

⁶⁰ A tale riguardo, le due sentenze spiegano che l'ingerenza rispetto al rispetto della vita familiare derivante dal mancato riconoscimento dello *status* giuridico del figlio costituito all'estero non era sproporzionata. Infatti, gli effetti concreti derivanti dal diniego della trascrizione dei certificati di nascita stranieri nei registri di stato civile francesi, pur comportando difficoltà pratiche per la vita quotidiana dei minori ("... ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales ...") non impedivano, tuttavia, agli stessi di vivere con i genitori sociali in Francia e di beneficiare in tale Stato del diritto al rispetto della vita familiare: v. *Mennesson c. Francia*, cit. par. 87-95, e *Labasse c. Francia*, cit., par. 66-74.

⁶¹ *Mennesson c. Francia*, cit., par. 96-100 e *Labasse c. Francia*, cit., par. 75-79.

⁶² V., ad esempio, la sentenza della Cour de Cassation, 3 luglio 2015 n. 619 che, applicando il principio enunciato dalle sentenze *Mennesson e Labasse* ha annullato la decisione della Corte di Appello di Rennes ordinando la trascrizione del certificato di nascita straniero di un minore nato in Russia a seguito di maternità surrogata che indicava un cittadino francese, il padre committente biologico, come il padre legale dello stesso e la madre surrogata russa come la madre legale. In tale decisione la Suprema Corte francese ha stabilito che le norme francesi sull'atto di stato civile redatto all'estero (articolo 47 del code civil e articolo 7 del decreto 3 agosto 1962) dovevano essere interpretate alla luce dell'art. 8 CEDU. In altre parole, un accordo di maternità surrogata concluso all'estero non giustificava il rifiuto della registrazione di un certificato di nascita straniero di un minore il cui padre biologico è un cittadino francese, anche se il diritto francese (Art. 16-7 e 16-9 del code civil) vieta espressamente qualsiasi accordo di maternità surrogata in Francia, per contrarietà al principio (di ordine pubblico) dell'indisponibilità dello stato delle persone.

⁶³ P. BEAUMONT/K. TRIMMINGS, "Recent Jurisprudence", cit., p. 8. Resta, invece, incerto se l'obbligo di riconoscimento imposto dalle sentenze *Mennesson/Labasse* valga anche in favore del genitore non biologico o rispetto alla madre committente

delle sentenze *Menesson e Labassee* ove si dichiara che: "... *Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun ... on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ...*"⁶⁴. Una tale interpretazione è, in verità, troppo restrittiva: pare, piuttosto, che la valorizzazione sopra citata del legame genetico tra genitore e figlio miri semplicemente a rafforzare il convincimento della Corte sulla violazione del diritto alla vita privata derivante dal mancato riconoscimento della filiazione. Nei casi *Menesson e Labassee*, infatti, la negazione del collegamento biologico costituirebbe, *a fortiori*, un'indebita lesione dell'identità del figlio nato da maternità surrogata.

È da credere, in sostanza, che dalle sentenze *Menesson e Labassee* possa ricavarsi, in via più generale, l'obbligo positivo degli Stati contraenti di tutelare l'identità personale di un minore, nato attraverso maternità surrogata, in quanto individuo, a prescindere dai suoi legami biologici con i genitori intenzionali, al fine di evitare l'insorgenza di situazioni in cui la condizione giuridica del minore risulti abbandonata ad uno stato di incertezza o, peggio, di inesistenza, così come accaduto al neonato del caso *Paradiso e Campanelli*. Questa interpretazione sembrerebbe indirettamente supportata da un passaggio delle due sentenze gemelle in cui la Corte ha valorizzato il rischio di un'indebita compressione dell'identità dei minori coinvolti in questa materia: "... *les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*"⁶⁵. A ciò dovrebbe poi aggiungersi il rilievo conferito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'assenza di identità del neonato per oltre due anni⁶⁶.

Una tale doglianza, tuttavia, non potrebbe essere proposta dai genitori intenzionali, per carenza di legittimazione attiva degli stessi: non a caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato la domanda avanzata dai coniugi *Campanelli* a nome del minore, rilevando proprio, tra le altre cose, l'assenza di qualsiasi legame genetico con il bambino.⁶⁷ Pertanto, soltanto i "nuovi" genitori del minore, designati dalle autorità italiane per il pre-affido, potrebbero lamentare una tale violazione, una volta esauriti, naturalmente, tutti i rimedi giurisdizionali di diritto interno.

27. Alla luce di quanto detto, provando ad ipotizzare una possibile soluzione circa la riconoscibilità del rapporto di filiazione, nell'ipotesi in cui la Corte di Cassazione avesse confermato il diniego della trascrizione del certificato di nascita straniero, la Corte di Strasburgo non avrebbe potuto applicare

genetica. Riguardo a quest'ultimo profilo, l'applicazione analogica del principio *Menesson/Labassee* non è scontata, vista la perdurante rilevanza, in sede di accertamento della maternità, del principio che collega la maternità all'evento del parto (*mater semper certa est*).

⁶⁴ *Menesson c. Francia*, cit., par. 100 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 79. Va segnalato, inoltre, che la soluzione enunciata dalla Corte di Strasburgo nelle cause *Menesson/Labassee* sembrava dipendere anche dalla circostanza che il riconoscimento della filiazione tra il minore e il padre biologico (cittadino francese) fosse completamente precluso dal diritto francese, che impediva non solo la trascrizione del certificato di nascita straniero, ma anche il riconoscimento della paternità o l'acquisto della paternità tramite adozione.

⁶⁵ *Menesson c. Francia*, cit., par. 99 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 78.

⁶⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁶⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 45-50, in particolare par. 49: "En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire".

sic et simpliciter il principio delle sentenze *Mennesson e Labassee*. Infatti, di fronte al caso di un minore privo di legami biologici sia con i genitori sociali sia con la madre surrogata straniera, la scelta delle autorità italiane di negare il riconoscimento dello *status* contenuto nel certificato di nascita straniero, ottenuto attraverso condotte illecite dei genitori sociali, sarebbe stata, a mio parere, proporzionata, e rispettosa del superiore interesse del minore. L'evidente violazione della vita privata del minore non dipendeva, infatti, in questo caso, come nelle sentenze *Mennesson e Labassee*, dal diniego del riconoscimento dello *status* familiare creato all'estero (che corrisponde ad una scelta sovrana dello Stato motivata da ragioni di ordine pubblico), ma dal fatto, ad esso conseguente (ma non inevitabile), che le autorità italiane non avessero tempestivamente provveduto, nelle more del procedimento di adozione, a sopperire alla situazione di inesistenza giuridica del minore con il conferimento di una nuova identità. È infatti di primaria importanza, come evidenziato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, “*qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale*”⁶⁸ secondo quanto richiesto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

Contrariamente, l'accertamento di una violazione dell'art. 8 CEDU per effetto di una pedissequa applicazione del principio *Mennesson e Labassee*, anche in assenza di un legame genetico tra i genitori committenti e il figlio avrebbe avallato l'abuso delle tecniche di fecondazione eterologa, allo scopo di ottenere figli (non biologici) senza subire i vincoli e le attese delle procedure di adozione.

28. Sembra aver tenuto conto di quest'ultimo pericolo anche la Corte di Cassazione italiana che, di recente, in un caso per certi versi analogo alla vicenda *Paradiso e Campanelli*, ha rifiutato la trascrizione di un certificato di nascita straniero attestante il rapporto di filiazione tra la coppia committente ed un neonato, per contrarietà all'ordine pubblico internazionale⁶⁹: “... *Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*”⁷⁰. Si trattava anche in questo caso di una coppia di cittadini italiani impossibilitata ad avere figli, cui era stata per tre volte negata l'autorizzazione ad adottare “*per grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva*”⁷¹. Anche in questa causa non vi era alcun legame genetico tra i genitori intenzionali ed il figlio e i coniugi avevano tenuto un comportamento fraudolento, avendo reso dichiarazioni false (il certificato di nascita ucraino attestava che il neonato era figlio dei due cittadini italiani) ed avendo tentato di aggirare la normativa italiana in materia di adozione⁷². L'illiceità della condotta era in questo caso evidente anche rispetto alla *lex loci actus*, posto che la legge ucraina consente la fecondazione eterologa a condizione che gli ovociti non appartengano alla madre surrogata e che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. La Corte di Cassazione ha altresì precisato che il divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge italiana non si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, bensì si coordina con esso: “*Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come det-*

⁶⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 26 settembre 2014 n. 24001 depositata in data 11 novembre 2014 in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3408 ss. Sulla sentenza si veda il commento di M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, in *GenIUS*, 2015, n. 1, p. 160 ss.

⁷⁰ Corte di Cassazione, n. 24001/2014, cit., par. 3.1.

⁷¹ La coppia aveva anche superato da tempo l'età utile in Italia ad adottare bambini in tenera età. I due recatisi allora in Ucraina avevano concluso un accordo di maternità surrogata commerciale. La madre surrogata ucraina aveva quindi partorito un bambino concepito attraverso la fecondazione di gameti di donatori anonimi.

⁷² Era stata quindi negata la trascrizione del certificato di nascita nel registro di stato civile italiano ed era stato aperto un procedimento penale a carico della coppia per alterazione di stato. Contemporaneamente, il Tribunale per i minorenni aveva dichiarato lo stato di abbandono e di adottabilità del minore ai sensi della legge italiana, collocandolo presso una coppia da scegliersi tra quelle in lista per l'adozione nazionale e sospendendo l'esercizio della potestà parentale alla coppia.

to, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. ...”⁷³.

V. Il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico: alla ricerca di un “giusto equilibrio”

29. Un ulteriore profilo di interesse della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* riguarda la rilevanza attribuita al principio del superiore interesse del minore nell'ambito della verifica condotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attorno alla legittimità delle interferenze previste dalla “clausola di limitazione” dell'art. 8, par. 2, CEDU.

Nel valutare la proporzionalità della misura dell'allontanamento del minore disposta dalle autorità giudiziarie italiane⁷⁴, la Corte di Strasburgo ha ribadito, innanzitutto, il principio ormai consolidato, secondo cui “il doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer”⁷⁵. È infatti alla luce del superiore interesse del minore, da apprezzare rispetto a tutte le circostanze del caso concreto, che la Corte è chiamata a svolgere il suo sindacato sul rispetto della Convenzione, stabilendo se l'applicazione delle norme legislative nazionali operata dalle autorità dello Stato convenuto ha realizzato un “giusto equilibrio” tra gli interessi contrapposti in gioco, ossia tra l'interesse pubblico della collettività e gli interessi privati dei soggetti coinvolti.

30. Lo svolgimento di un tale controllo presenta, tuttavia, alcune criticità.

Innanzitutto, non è chiaro *fin dove* possa spingersi la valorizzazione dell'interesse superiore del minore e la conseguente compressione del margine di apprezzamento statale in un contesto così delicato come quello della maternità surrogata, nel quale gli Stati detengono un potere di azione del tutto discrezionale⁷⁶. Certamente, pare implicito nella stessa esigenza di ricercare un “giusto” equilibrio tra gli interessi in rilievo che la preminenza sopra indicata del superiore interesse del minore, nella sua funzione di controlimite all'ordine pubblico⁷⁷, non possa tradursi nel completo (e automatico) superamento dell'operatività del limite⁷⁸, dovendosi semmai concepire come un bilanciamento tra componenti interne dello

⁷³ Corte di Cassazione, n. 24001/2014, cit., par. 3.1.

⁷⁴ “L'esigenza di proporzionalità richiesta dall'art. 8, par. 2, CEDU non è oggetto di un'elaborazione teorica o di una precisa definizione nella giurisprudenza della Corte e la sua intensità (stretta proporzionalità, ragionevole proporzionalità, ecc.) varia in funzione del diverso margine di apprezzamento di volta in volta riconosciuto agli Stati nel determinare il punto di equilibrio tra le esigenze concorrenti”. Così S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 300 (par. II.4. su articolo 8 CEDU).

⁷⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 75. Tale principio era stato già enunciato dalla sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., par. 133-134 e è stato ribadito dalle successive sentenze *Menesson c. Francia*, cit., par. 81 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 60.

⁷⁶ Com'è noto, l'ampiezza del margine di apprezzamento varia in ragione di diversi fattori, tra i quali la natura del diritto in gioco e la sua importanza per l'individuo, la natura dell'interferenza e l'obiettivo da essa perseguito.

⁷⁷ Cfr. S. TONOLO, “Identità personale, maternità surrogata”, cit., p. 207-208, che precisa come nelle sentenze *Menesson* e *Labassee* la Corte europea “si ricollega a tale orientamento chiarendo che anche nei casi di atti di nascita derivanti da maternità surrogata l'interesse al rispetto dell'identità personale può valere come controlimite al principio di ordine pubblico”. Sulla ricostruzione dell'interesse superiore del minore come controlimite dell'ordine pubblico, la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già espressa nei casi *Wagner v. Lussemburgo* e *Negreptis-Giannisis c. Grecia* attorno al rifiuto delle giurisdizioni lussemburghesi e greche di riconoscere giuridicamente una adozione stabilita da sentenze straniere. V. sentenza 3 maggio 2011, *Negreptis-Giannisis c. Grecia* (ricorso n. 56579/08), su cui P. FRANZINA, “Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss. Sulle due sentenze si veda altresì il commento di P. KINSCH, “L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, in P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, cit., p. 43 ss.

⁷⁸ Le sentenze *Menesson* e *Labassee* secondo S. Tonolo, “Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., p. 206-207 offrono chiare indicazioni per superare positivamente il limite dell'ordine pubblico: “... si ammette la prevalenza della realtà sociale su quella biologica ritenendo sproporzionata l'ingerenza dello Stato che si rifiuti di

stesso ordine pubblico. E, in effetti, neppure la precisazione enunciata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza in esame, in merito alla portata dell'ordine pubblico, può essere letta come la proclamazione di un inesorabile tramonto del limite: “*la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*”⁷⁹. Essa, piuttosto, si limita a ribadire la centralità della protezione dei minori in qualsiasi contesto essi siano coinvolti, anche in quelli ove il margine di apprezzamento statale è più ampio in ragione dei diritti in gioco (tutela della dignità e della persona umana) e dove tutt'ora manca un consenso europeo. Questa preoccupazione di tutela, tuttavia, non dovrebbe annientare, *sic et simpliciter*, lo spazio di manovra statale, così come enunciato, peraltro, dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011 resa nel caso *H.S. e altri c. Austria* in relazione alla procreazione medicalmente assistita.⁸⁰

Come visto, nella sentenza in esame, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato sproporzionata l'ingerenza rappresentata dalla misura dell'allontanamento del minore, alla luce, soprattutto dell'esigenza di tutelare l'identità del bambino (essendo quest'ultimo rimasto senza identità per più di due anni)⁸¹.

31. Secondo i giudici dissenzienti Raimondi e Spano, invece, l'applicazione delle norme interne operata, nella specie, dalle autorità italiane aveva garantito un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati in gioco, in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare: l'allontanamento del minore dai genitori committenti costituiva, a loro avviso, un'ingerenza conforme alle condizioni prescritte dall'art. 8, par. 2, CEDU⁸².

Secondo i due giudici, infatti, nell'analisi della proporzionalità dell'interferenza, la Corte avrebbe ommesso di considerare la situazione di illegalità sottesa alla presunta costituzione di una vita familiare *de facto*⁸³. In particolare, la maggioranza dei giudici della Camera non avrebbe valorizzato gli argomenti delle autorità nazionali collegati (1) all'assenza comprovata di legami genetici tra il minore e i ricorrenti⁸⁴, essendo irrilevante la buona fede invocata dai Campanelli al riguardo (“*la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut*”)⁸⁵, (2) al fatto che la legge russa non precisa se sia necessario un legame biologico tra i futuri genitori e il nascituro⁸⁶ e (3) alla violazione della normativa sull'adozione, ottenuta anche attraverso l'inosservanza delle limitazioni contenute nell'autorizzazione ad adottare.

La ponderazione di questi elementi avrebbe dovuto condurre ad una conclusione opposta, avendo le autorità italiane agito nel rispetto della legge, ai fini della difesa dell'ordine e allo scopo di tutelare

formalizzare questa prevalenza in ragione del principio dell'indisponibilità dello stato personale. L'indisponibilità dello stato personale non costituisce più un principio assoluto perché non appare più assoluta la coincidenza tra verità biologica e giuridica: quest'ultima risulta sempre più condizionata dall'interesse del bambino ad essere accudito in un ambito familiare”.

⁷⁹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 80.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 novembre 2011, *H.S. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00. Su di essa V. SCHERPE, “Medically Assisted Procreation: this margin needs to be appreciated, ECtHR, Grand Chambers, 3.11.2011”, in *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 276 ss., A. VIVIANI, “Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e... i passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 196 ss.

⁸¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., parr. 81-87, in particolare, par. 85.

⁸² Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, parr. 5 ss.

⁸³ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 3.

⁸⁴ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 11: “*Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui*».

⁸⁵ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano, par. 10.

⁸⁶ I coniugi Campanelli inoltre non avevano fatto valere la tesi, dinanzi ai giudici nazionali, secondo cui nel diritto russo l'esistenza di un legame genetico con almeno uno dei futuri genitori non era necessaria ai fini della gestazione surrogata.

i diritti e la salute del minore⁸⁷. Oltretutto, nel garantire il principio del superiore interesse del minore si sarebbe dovuta considerare anche la deliberata costituzione di una vita familiare da parte di soggetti di età avanzata incapaci di garantire la pienezza di esercizio dei doveri genitoriali⁸⁸: come visto, infatti, i Campanelli erano stati riconosciuti idonei ad adottare, ma non bambini in tenera età.

32. La diversa conclusione raggiunta invece dalla Corte rischierebbe inoltre di neutralizzare le libere scelte nazionali in tema di maternità surrogata, privando di qualsiasi rilievo la volontà legislativa interna e imponendo, alla fine, di fatto, la regolamentazione del fenomeno. Questo pericolo è stato riscontrato anche dai due giudici dissenzienti, i quali hanno evidenziato come la posizione della maggioranza equivalga, nella sostanza, a negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla maternità surrogata: “... *la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (Menesson c. France, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et Labassee c. France, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.*”⁸⁹.

33. In secondo luogo, non è nemmeno chiaro come la Corte di Strasburgo intenda garantire il raggiungimento di un giusto equilibrio tra interessi che tenga altresì conto della prevalenza del superiore interesse del minore nelle situazioni in cui la filiazione discenda dal ricorso alla maternità surrogata. Se è vero che un tale apprezzamento non può essere assicurato in astratto, ma solo alla luce di tutte le circostanze di fatto della fattispecie, allora una tale missione comporta il rischio che la Corte di Strasburgo finisca per travalicare i confini dei poteri ad essa attribuiti dalla CEDU, sostituendo il suo giudizio a quello dei giudici nazionali, e divenendo così “giudice di quarta istanza”, in violazione del principio di sussidiarietà⁹⁰.

Un tale pericolo è assai concreto in questo tipo di valutazioni ed è stato, non a caso, registrato dai giudici dissenzienti Spano e Raimondi: “*À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ». ... Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphes 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même*”⁹¹.

In effetti, nella sentenza *Paradiso e Campanelli*, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra imporre una propria valutazione diretta dei fatti di causa (senza peraltro disporre degli strumenti giuridici utili a valutare la condizione del minore coinvolto), anziché degli argomenti impiegati dalle autorità nazionali per l'adozione della misura di allontanamento.

⁸⁷ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano, par. 12.

⁸⁸ Così S. TONOLO, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”, cit., p. 105.

⁸⁹ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, cit., par. 15.

⁹⁰ Si veda una critica analoga della tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ad atteggiarsi a giudice di quarta istanza in relazione al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni straniere nel contesto del regolamento CE n. 44/2001 riguardo alla sentenza *Avotiņš c. Lettonia* del 25 febbraio 2014 (ricorso n. 17502/07), su cui è attesa la decisione della Grande Camera. In proposito, O. FERACI, “La tutela ‘indiretta’ dell’art. 6, par. 1, CEDU in tema di processo contumacia civile con riguardo all’efficacia delle decisioni straniere rese da giudici di Stati membri dell’Unione europea”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 188 ss.

⁹¹ Opinione congiunta parzialmente dissenziente giudici Spano e Raimondi, cit., par. 13 e 14.

34. Infine, sembra necessario rilevare una certa incongruenza interna nell'apprezzamento condotto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attorno al principio del superiore interesse del minore. Dopo aver giudicato, infatti, che la separazione del bambino dalla famiglia intenzionale non era nell'interesse del minore (ed era quindi contraria all'art. 8 CEDU), la Corte ha poi subito precisato che il ritorno del piccolo nella famiglia Campanelli non rientrava (già) più nel suo superiore interesse, avendo ormai quest'ultimo instaurato legami affettivi e sociali con la famiglia di accoglienza. Questa sorta di "schizofrenia" del giudizio concreto sul principio dell'interesse superiore del minore contribuisce, a mio avviso, a far dubitare dell'effettiva violazione del diritto dei Campanelli al rispetto della loro vita familiare e privata e suscita, al contrario, il dubbio che il principio venga usato non come strumento a tutela del minore nato da maternità surrogata, ma come "grimaldello" da parte dei genitori intenzionali per la realizzazione di *qualsiasi* progetto parentale, anche a scapito di valori fondamentali della persona umana.

D'altronde, la difficoltà di garantire il superiore interesse del minore in questa materia si scontra altresì con le caratteristiche intrinseche della maternità surrogata, in cui, a seconda della tipologia di accordo concluso e della liberalità delle condizioni soggettive e oggettive applicabili, possono emergere profili particolarmente lesivi della dignità e del benessere del minore (oltre che della madre surrogata), soprattutto quando manca un collegamento genetico con i futuri genitori e si creino *ad hoc* embrioni fecondati artificialmente attraverso gameti di donatori anonimi. Occorre quindi che l'accordo di maternità surrogata venga valutato non solo nella prospettiva dei genitori intenzionali, che, attraverso di esso, intendono diventare genitori, ma anche, e soprattutto, nella prospettiva del minore, che ha diritto a essere figlio nelle stesse condizioni di salute e benessere garantite ai minori nati attraverso la procreazione naturale. La Corte, pur avendo compreso questa preoccupazione ("... *il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale*"⁹²), non sembra, tuttavia, averne tratto, come visto, tutte le adeguate implicazioni.

VI. Considerazioni conclusive

35. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* si segnala per aver posto, per la prima volta, all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo la questione dell'assenza di legame genetico tra genitori committenti e figlio nato a seguito di maternità surrogata all'estero. Tuttavia, come visto, la Corte non sembra aver sviluppato pienamente le implicazioni derivanti dall'incidenza di un tale fattore, né sull'accertamento dell'esistenza della "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU, né sulla riconoscibilità, nello Stato di origine dei genitori intenzionali, del rapporto di filiazione costituito all'estero, questione, quest'ultima, su cui la Corte non si è, peraltro, pronunciata per questioni di carattere processuale.

Le riflessioni critiche sin qui condotte evidenziano un quadro dei rapporti tra maternità surrogata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo ancora incerto e, in buona parte, lacunoso. Restano ancora dubbi sulle conseguenze del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione e sulle tecniche alternative per il suo accertamento in un tale contesto, nonché sulla compatibilità di queste ultime con la CEDU. Parimenti, l'analisi del giudizio di bilanciamento tra l'ordine pubblico e il principio del superiore interesse del minore in questa materia, ai fini della clausola di limitazione dell'art. 8, par. 2, CEDU, evidenzia alcune criticità circa l'ampiezza di un tale controllo e le modalità del suo concreto svolgimento. Emergono, in particolare, due rischi: (1) che la Corte europea dei diritti dell'uomo si trasformi in "giudice di quarta istanza" e (2) che, attraverso decisioni analoghe alla *Paradiso e Campanelli*, la Corte giunga a neutralizzare le politiche legislative nazionali sulla maternità surrogata. Sarà, quindi, interessante valutare come si esprimerà anche su queste questioni la Grande Camera, dinanzi alla quale pende attualmente la causa a seguito del rinvio proposto ai sensi dell'art. 43 CEDU.

⁹² *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

ANTI-SUIT INJUNCTION EN FORMA DE LAUDO ARBITRAL (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA *GAZPROM* DEL TJUE)

ANTI-SUIT INJUNCTION IN THE FORM OF AN ARBITRAL AWARD (THE COURT OF JUSTICE'S JUDGMENT IN *GAZPROM*)

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 14.07.2015 / Aceptado: 22.07.2015

Resumen: La sentencia *Gazprom* del TJUE confirma la jurisprudencia *West Tankers*: las *anti-suit injunctions* dictadas por un órgano judicial en apoyo de un arbitraje son incompatibles con el Reglamento Bruselas I. Los sólidos argumentos que utiliza para justificar esta interpretación –basados en la quiebra del principio de confianza mutua- y la crítica soterrada que hace a las Conclusiones del Abogado General, permiten deducir que el Considerando 12 del Reglamento Bruselas I refundido no tiene entidad suficiente como para modificar el sentido de esta jurisprudencia.

Palabras clave: *Anti-suit injunctions*, Laudo arbitral, Reglamento Bruselas I

Abstract: *Gazprom* Judgment of the Court of Justice confirms the doctrine established in the Judgment *West Tankers*: an injunction issued by a court of a Member State restraining a party from having recourse to proceedings other than arbitration is not compatible with the Brussel I Regulation. The cogent arguments used to justify such interpretation –based on the breach of the principle of mutual trust- and the subdued criticism to the Opinion of the Advocate General, allow to affirm that Recital 12 of the Recast Regulation is not enough to outweigh the meaning of existing case-law.

Key words: *Anti-suit injunctions*, arbitral award, Brussels I Regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III Cuestión previa: sobre la necesidad de la cuestión prejudicial. IV. *Anti-suit injunctions* y espacio judicial europeo. V. *Anti-suit injunctions* en forma de laudo arbitral. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El Reglamento Bruselas I ni se opone ni deja de oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en cuya virtud se prohíbe a una de las partes formular determinadas pretensiones ante el órgano jurisdiccional del Estado donde se insta el exequátur del mismo. Es decir, los tribunales de un Estado miembro podrán –según su propio criterio- otorgar o denegar el reconocimiento de un laudo arbitral en forma de *anti-suit injunction* (*infra* 10). El Derecho europeo no impone, en este contexto, ningún tipo de restricción.

Esta es, en esencia, la conclusión a la que ha llegado el TJUE en su sentencia *Gazprom*¹. La razón que esgrime el Tribunal para alcanzar tal conclusión es, además, aparentemente sencilla: el Reglamento Bruselas I no regula el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

2. Como no podía ser de otro modo, para alcanzar tal conclusión el TJUE ha basado el sentido de su fallo en el análisis del Reglamento aplicable en el momento en que se promovió la cuestión. Repárese, en efecto, que en aquel momento estaba en vigor el Reglamento Bruselas I –o Reglamento 44/2001- y que en el momento de dictarse el fallo estaba ya en vigor el Reglamento Bruselas I *refundido* –o Reglamento 1215/2012-. Como es sabido, este último Reglamento deroga al Reglamento Bruselas I. En palabras del mismo Tribunal: “El Reglamento nº 44/2001 ha sido derogado por el 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 (DO L 351, p. 1), en vigor desde el 10 de enero de 2015. No obstante, el Reglamento nº 44/2001 sigue siendo aplicable en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal”².

Desde esta perspectiva, el fallo se caracteriza por confirmar su sentencia *West Tankers*³, en la medida en que reitera la incompatibilidad de una *anti-suit injunction* dictada por un tribunal de un Estado miembro con el Reglamento en cuestión⁴.

Sin embargo, debido a la derogación del Reglamento Bruselas I y entrada en vigor del Reglamento Bruselas I *refundido*, podría afirmarse que la relevancia de esta sentencia es menor: en tanto que el texto *refundido* parece redimensionar –vía Considerando 12- la cuestión relativa a la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del nuevo texto, el sentido tanto de la sentencia *West Tankers* como *Gazprom* podría ser reconsiderada en un futuro⁵ (*vid.* no obstante *infra* 14).

3. Esta circunstancia no ha resultado ajena al Abogado General que firma las Conclusiones a este asunto⁶. Así, lejos de haberse centrado en un análisis del supuesto a la luz de la norma aplicable al mismo –como hubiera sido deseable-, se aparta consciente y deliberadamente de ese análisis para centrarse en la interpretación de la norma hoy aplicable. Con ello consigue soterradamente un objetivo que tampoco es menor: en la medida en que las Conclusiones se ciñen al análisis del Considerando 12 del texto *refundido*, se erigen en un elemento hermenéutico de referencia de cara a futuras interpretaciones del Considerando en cuestión. Es decir, con esta “táctica”, el Abogado General consigue que sus Conclusiones –aun siendo inasumibles⁷- permanezcan “vivas”, en la medida en que analiza un marco legal sobre el que el Tribunal no se ha pronunciado todavía⁸.

4. En cualquier caso, tanto de lo que dice como no dice la sentencia, incluso del modo en que lo dice –del modo en que argumenta- pueden extractarse, a mi juicio, una serie de conclusiones de particular relevancia de cara a una futura interpretación del Considerando 12. Y en particular, de cara a una futura interpretación de la inclusión / exclusión de las *anti-suit injunctions* del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I *refundido*. A su análisis dedicaremos las siguientes líneas, no sin antes describir brevemente los hechos que están en el origen de la sentencia.

¹ STJUE de 13.5.2015, as. C-536/13.

² Apto. 3 de la sentencia.

³ STJUE de 10.2.2009, as. C-185/07.

⁴ Apto. 32 de la sentencia.

⁵ A mi juicio, el Considerando 12 del Reglamento *refundido* no aporta elementos suficientes como para justificar un cambio de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito. No obstante, ha de advertirse que se trata de una cuestión muy controvertida a nivel doctrinal. Con todo detenimiento, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I refundido”, *Arbitraje*, 2015 (1), pp. 15-46.

⁶ *Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 4 de diciembre de 2014*.

⁷ Para una crítica a estas Conclusiones, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional...”, *cit.*, pp. 30-44.

⁸ No creo que esta forma de proceder le haya pasado desapercibida al TJUE. De hecho, interpreto que el apartado 3 (*supra*) tiene por objeto –entre otras cosas- recordar al Abogado General que: “el Reglamento nº 44/2001 sigue siendo aplicable en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal”.

II. Hechos

5. *Lietuvos*, una sociedad anónima lituana, tenía, en el momento en que sucedieron los hechos, como accionistas más importantes a *E.On*, *Gazprom* y la República de Lituania. En marzo de 2004, *Gazprom* alcanzó un “acuerdo de accionistas” con *E.On* y el Ministerio de Energía (en nombre de la República de Lituania). En su virtud, quedaban garantizadas una serie de obligaciones. El acuerdo en cuestión se regía por Derecho lituano y contenía un convenio arbitral.

En marzo de 2011, el Ministerio de Energía de Lituania interpuso una demanda contra *Lietuvos* ante el tribunal regional de Vilnius con objeto de que se abriera una investigación sobre las actividades de *Lietuvos*. Con esta acción, el Ministerio de Energía pretendía, entre otras cosas, aclarar si en la gestión de esta empresa se estaba infringiendo el “acuerdo de accionistas” en vigor; perjudicando, de este modo, los intereses de la República de Lituania frente a los intereses de *Gazprom*.

Gazprom, por su parte, entendió que dicha demanda era incompatible con el convenio arbitral inserto en el “acuerdo de accionistas” y, en consecuencia, presentó –cinco meses después (agosto 2011)- una demanda de arbitraje contra el Ministerio de Energía ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. El tribunal arbitral constituido al efecto dictó –en julio de 2012- un laudo arbitral en el que estimaba parcialmente las pretensiones de *Gazprom* y, a su vez, conminaba al Ministerio de Energía a desistir de algunas de las pretensiones planteadas ante el tribunal regional de Vilnius. Es decir, el tribunal arbitral instó al Ministerio de Energía –mediante laudo- a atenerse al compromiso de someter a arbitraje las controversias incluidas en el ámbito de aplicación del acuerdo de accionistas.

En septiembre de 2012 el tribunal regional de Vilnius estimó el recurso del Ministerio de Energía, declarando su competencia y la inarbitrabilidad del litigio conforme al Derecho lituano⁹. *Lietuvos* recurrió ante el tribunal de apelación la resolución que estimaba el recurso. Por su parte, *Gazprom* instó ante este mismo órgano judicial el exequátur del laudo arbitral. Dicho exequátur fue denegado en aplicación del artículo V.2. CNY, apartados a/ y b/ CNY (inarbitrabilidad de la materia y orden público). La aplicación de este último motivo de denegación –especialmente importante a los efectos de la cuestión prejudicial planteada- se basaba en la limitación de competencias que el reconocimiento del laudo suponía para los órganos judiciales del país. En este sentido, el tribunal de apelación entendió que la orden conminatoria que el laudo incluía –orden de no actuar ante la jurisdicción (*anti-suit*)- vulneraba el principio de independencia de las autoridades judiciales previsto en el artículo 109 de la Constitución lituana.

6. La resolución judicial denegando el exequátur del laudo fue recurrida en casación. En este contexto, el Tribunal Supremo lituano decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Cuando un órgano arbitral dicta una *anti-suit injunction* por la que prohíbe a una de las partes formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que, en virtud de las normas de atribución de competencia del Reglamento núm. 44/2001, es competente para conocer del fondo de un asunto civil, ¿está facultado el órgano jurisdiccional del Estado miembro para denegar el reconocimiento de ese laudo arbitral por limitar éste la facultad del órgano jurisdiccional para pronunciarse, él mismo, sobre su propia competencia para conocer del asunto conforme a las normas de atribución de competencia del Reglamento n.º 44/2001?
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es válida también tal respuesta si la *anti-suit injunction* dictada por el órgano arbitral obliga a una de las partes en el procedimiento a limitar sus pretensiones en un asunto que se examina en otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional de ese Estado miembro es competente para conocer de ese asunto de conformidad con las normas de atribución de competencia del Reglamento n.º 44/2001?
3. ¿Puede un órgano jurisdiccional nacional, que pretende salvaguardar la primacía del Derecho [de la Unión] y la plena eficacia del Reglamento n.º 44/2001, denegar el reconocimiento de un

⁹ Repárese en la importancia de este dato en el contexto del exequátur del laudo arbitral extranjero.

laudo arbitral si éste se limita la facultad del órgano jurisdiccional nacional de pronunciarse sobre su propia competencia y atribuciones en un asunto comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001?

III. Cuestión previa: sobre la necesidad de la cuestión prejudicial.

7. Antes de entrar en el análisis de la sentencia conviene detenerse brevemente en una cuestión sobre la que reparó el Abogado General en sus Conclusiones. Y es que, como de la descripción del supuesto de hecho puede deducirse, la cuestión prejudicial que en su momento remitió el TS lituano al TJUE era innecesaria para la resolución de la controversia planteada.

En efecto, tal y como apreciaron las instancias judiciales inferiores, la materia objeto del litigio no era arbitrable a la luz del Derecho lituano. Esta circunstancia, por sí misma, hubiera sido suficiente para denegar el exequátur de la *anti-suit* en forma de laudo arbitral (*ex art. V a/ CNY*). Con independencia de que el reconocimiento del mismo pudiese o no vulnerar el orden público del Estado requerido.

8. A este respecto, recuerda el Tribunal al abordar la cuestión relativa a la *admisibilidad de la cuestión prejudicial* que una negativa sobre la misma puede considerarse cuando el problema planteado sea de naturaleza hipotética: *La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho [de la Unión] no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética*¹⁰.

Parece, por tanto, que el Tribunal se reserva la opción de responder o no a la cuestión suscitada cuando en el asunto concurren alguno de los elementos citados en su jurisprudencia.

IV. *Anti-suit injunctions* y espacio judicial europeo.

9. Como es sabido, el derecho procesal anglosajón contempla la posibilidad de que un tribunal dicte una orden judicial (*anti-suit injunctions* o *injunctions to restrain judicial proceedings*) que tiene por objeto prohibir a una determinada parte que inicie -o prosiga- un procedimiento en el extranjero cuando para la resolución de ese contencioso se hubiere firmado una cláusula de sumisión a sus tribunales o a un arbitraje con sede en su país¹¹.

Esta forma tan agresiva de proteger la competencia puede ejercerse tanto por el juez como por el árbitro. Este último supuesto es el que está en el origen de la sentencia *Gazprom*: el árbitro dictó una orden -en forma de laudo- conminando a una de las partes a que no iniciara o prosiguiera la vía judicial ante los tribunales de otro país.

10. Que las *anti-suit injunctions* son incompatibles con el hoy Reglamento Bruselas I refundido es una cuestión resuelta -y bien resuelta- por el TJUE. En efecto, ya en su sentencia *Turner*¹², el Tribunal declaró dicha incompatibilidad a partir de un razonamiento en tres escalones: (1) el hoy Reglamento se basa necesariamente en la *confianza* que los Estados contratantes otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales; (2) como consecuencia de esa *confianza mutua*, todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar e interpretar las normas del Reglamento con la *misma autoridad*; y (3) la prohibición impuesta por un órgano jurisdiccional a una parte, bajo pena de sanción, de iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional extranjero (*anti-suit injunction*) supone tanto como una *injerencia* en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero incompatible con el citado principio de *confianza mutua*.

¹⁰ STJUE de 29.1.2013, as. C-396/11, FJ 22 (con cita de sentencias anteriores).

¹¹ Sobre estas medidas, con carácter general, M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso*, Santiago de Compostela, 2000. En particular, referido al arbitraje *vid.* E. GAILLARD (Ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI series on internacional arbitration*, 2005.

¹² STJUE, 27.4.2004, asunto C-159/02.

11. Por otro lado, tanto el Abogado General como cierto sector doctrinal¹³, consideran que desde la entrada en vigor del texto *refundido*, las *anti-suit injunctions* dictadas por un tribunal judicial en apoyo de un arbitraje deben quedar excluidas del ámbito de aplicación material del texto. Los argumentos que esgrimen se basan, principalmente, en una interpretación aislada de los párrafos primero y segundo de dicho Considerando¹⁴. Es decir, en una interpretación técnica a mi juicio incompatible con el principio de *confianza mutua* que informa al Reglamento.

En virtud de esta interpretación, la cuestión relativa a la declinatoria de jurisdicción (o juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) estaría excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento. De tal forma que, al oponerse la competencia del tribunal que se ha declarado competente en virtud de las normas del Reglamento –por entenderse que existe un convenio arbitral válido–, el tribunal debería, antes que entrar a conocer sobre la validez del convenio, remitir a las partes al arbitraje (*ex* párrafo primero del citado Considerando y art. II CNY). A partir de ahí, el reconocimiento o no de dicha *anti-suit* dependería del derecho procesal interno de cada Estado.

12. Lejos de mediar de nuevo en esta polémica¹⁵, interesa ahora indagar si la sentencia *Gazprom* tercia, directa o indirectamente, en uno u otro sentido, en este debate. Es decir, interesa estudiar si de lo que el fallo dice, no dice y del cómo dice lo que dice, puede deducirse algún argumento adicional a favor o en contra de la polémica arriba descrita¹⁶.

13. Pues bien, a mi juicio, del fallo pueden extraerse argumentos lo suficientemente sólidos como para confirmar que el sentido de la jurisprudencia *West Tankers* se mantendrá vigente incluso tras la entrada en vigor del texto *refundido*. Esta afirmación se basa en un análisis exhaustivo de los argumentos que, en dos niveles, utiliza el Tribunal en su sentencia. Así, un primer nivel está dedicado al análisis teleológico del Reglamento en relación con las *anti-suit injunctions* en general; un segundo nivel, más específico, está dedicado al análisis técnico de la cuestión relativa a la inclusión o exclusión del juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral del ámbito de aplicación material del Reglamento.

14. Este segundo nivel está recogido en el apartado 29 de la sentencia. En su virtud: *Para determinar si un litigio está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, únicamente debe tenerse en cuenta el objeto del litigio (sentencia Rich, C-190/89... apartado 26)*.

Por más que a primera vista la cita de este párrafo de la sentencia *Marc Rich*¹⁷ pudiera parecer irrelevante, es lo cierto que constituye un argumento lo suficientemente contundente como para echar por tierra toda la interpretación que el Abogado General desarrolla en sus Conclusiones. Es más, incluso podría afirmarse que tan escueta cita constituye tanto como una valoración –negativa– de las mismas.

En efecto, debe observarse a este respecto que el alcance de la afirmación hecha en el apartado 26 de la sentencia *Marc Rich* (citado por el Tribunal) se explica en el apartado 28 de la misma. En virtud de este apartado, *“la circunstancia de que se suscite una cuestión previa sobre la existencia o la validez del convenio arbitral no tiene incidencia alguna en la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de un litigio cuyo objeto sea la designación de un árbitro”*. O dicho de otro modo: el hecho de que la

¹³ Vid. apartados 127, 132, 133, 134 y 135 de las Conclusiones. En la doctrina, *vid.*, S. BOLLÉE, “L’arbitrage et le nouveau Règlement Bruxelles I”, *Rev. Arb.*, 2013, pp. 979-987.

¹⁴ Estos párrafos establecen:

El presente Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional.

A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio arbitral, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental.

¹⁵ *In extenso*, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional...”, *cit.*, pp. 17-44.

¹⁶ Habida cuenta de las “sugerentes” Conclusiones del Abogado General sobre este asunto, creo que no está de menos interpretar el silencio que el TJUE guarda sobre las mismas (*infra* 16 ss.).

¹⁷ STJCE, 25.7.1991, C-190/89.

cuestión previa esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (en el caso, juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) no implica que la cuestión principal en cuyo seno se plantea (en el caso, procedimiento de designación de árbitro¹⁸) también deba quedar incluida en el ámbito de aplicación material del mismo.

Tal razonamiento, interpretado a la inversa, significa lo siguiente: el hecho de que se plantee como cuestión previa, prejudicial o incidental una cuestión excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento, no afecta a la competencia a título principal: si la materia objeto de la competencia principal está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento, también lo estará la cuestión prejudicial (por más que ésta esté excluida materialmente de dicho ámbito). Y es que, de no ser así, tanto el principio de *seguridad jurídica* como el mismo *efecto útil* del Reglamento quedarían seriamente entredicho. Así lo advierte expresamente el Tribunal en el apartado 27 de la sentencia *Marc Rich*: *Por lo demás, resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del [Reglamento]... el que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 dependiese de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento*¹⁹. En efecto, si el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral estuviese excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento, bastaría con impugnar la competencia del tribunal vía declinatoria para dar al traste con la aplicación de sus normas de competencia.

Tan aceptada y pacífica es esta interpretación –en virtud de la cual, la cuestión incidental queda incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento– que la doctrina se refiere a esa extensión de la competencia como un *principio estructural inmanente al propio Reglamento*²⁰.

15. En cualquier caso, la escasa atención que presta el Tribunal a esta cuestión –con la sola cita del apartado 26 de la sentencia *Marc Rich*– sugiere dos reflexiones. La primera, que bastan dos líneas para desmontar –muy sutilmente– toda la construcción en torno al juicio incidental del convenio arbitral que, sin venir al caso, plantea el Abogado General en sus conclusiones. La segunda, que la exclusión de las *anti-suit injunctions* del ámbito de aplicación material del Reglamento responde a motivos más importantes que un mero análisis técnico de un precepto determinado; responde a “motivos estructurales”, motivos que se basan directamente en los principios básicos del Reglamento. De ahí, que el Tribunal dedique a renglón seguido especial atención al desarrollo de esta cuestión (primer nivel de interpretación –*supra* 14-).

16. Si en la lógica del Tribunal hubiera estado aceptar la compatibilidad de las *anti-suit injunctions* dictadas en apoyo de un arbitraje con el Reglamento Bruselas I, le hubiera bastado con argumentar en torno a la distinción entre *procesos de aplicación* y *procesos de apoyo*. A la luz de tal distinción –institucionalizada por el mismo TJUE en su sentencia *Van Uden*²¹–, las *anti-suit* hubieran quedado incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento. En efecto, en virtud de esa jurisprudencia, los *procesos de aplicación* estarían excluidos del ámbito de aplicación material del texto, mientras que los *procesos de apoyo* quedarían incluidos en dicho ámbito. *Procesos de aplicación* serían –son– todos aquellos que versen sobre arbitraje y cuya resolución sea indispensable para el desarrollo del mismo (el ejemplo más claro es el del procedimiento para el nombramiento de un árbitro). *Procesos de apoyo*, por el contrario, serían –son– aquellos procesos cuyo objeto no constituyese una *cuestión* arbitral, sino una mera tutela de derechos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento. Un proceso caracterizado, también, por no ser indispensable para el devenir del arbitraje. Desde esta perspectiva, las *anti-suit injunction* deberían calificarse como *proceso de apoyo* –y como tales, excluido del ámbito de aplicación material del texto europeo–: las *anti-suit* no constituyen, en absoluto, una medida indispensable para el desarrollo del arbitraje.

¹⁸ Cuestión excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento, como expresamente indica la sentencia *Marc Rich*.

¹⁹ Repárese, además, que este inciso se repite con insistencia en la jurisprudencia del TJUE: STJCE de 4.3.1982, *Effer*, 38/81, aptdo. 6; STJUE de 20.1.1994, *Owen Banks*, C-129/92, aptdo. 34; STJUE de 15.5.2003, *Tiard*, C-266/01, aptdo. 42.

²⁰ M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, 2ª Ed., p. 101.

²¹ STJUE, 17.11.1998, C-391/95.

17. Lo que el Tribunal deja claro no aludiendo a esa distinción –callando en definitiva– es que la exclusión de las *anti-suit injunction* del ámbito de aplicación material del Reglamento se debe a motivos más serios; más profundos. Y así, de la cita recurrente a la sentencia *West Tankers* se corrobora que las *anti-suit injunction* quedan excluidas de dicho ámbito por una serie de importantes motivos directamente vinculados entre sí. En primer lugar, porque una orden de este tipo “no observa el *principio general* que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual, cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí sólo, en virtud de las normas aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le somete”²². En segundo lugar, porque el hoy Reglamento Bruselas I *refundido* “no autoriza el control de la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”²³. En tercer lugar, porque “un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no está en ningún caso en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”²⁴. Y en cuarto y último lugar, porque una orden conminatoria de este tipo “va en contra de la *confianza* que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones”²⁵ y puede llegar a “impedir al demandante, que considere que una cláusula arbitral es nula, ineficaz o inaplicable, el acceso al órgano jurisdiccional estatal ante el que hubiera acudido”²⁶. En definitiva, el Tribunal insiste en la *injerencia* inaceptable que una orden conminatoria como las *anti-suit* suponen para la competencia de los órganos judiciales de los Estados miembros.

18. Como fácilmente puede entenderse, será difícil que en el futuro el TJUE haga abstracción de motivos tan sólidos como los citados, en tanto que se trata de motivos que se basan directamente en el respeto a los principios del Reglamento. En este sentido, las constantes referencias que la sentencia *Gazprom* hace a la sentencia *West Tankers* sirven para corroborar la idea de que el Tribunal mantendrá la incompatibilidad de las *anti-suit injunctions* dictadas en apoyo de un arbitraje con el Reglamento Bruselas I *refundido*. No parece, además, que frente a argumentos tan sólidos baste con esgrimir la remisión a un mero considerando que ni tan siquiera aborda directamente la cuestión²⁷.

V. *Anti-suit injunctions* en forma de laudo arbitral.

19. Sentado todo lo anterior, el TJUE analiza a continuación si la orden conminatoria que reviste la forma de laudo arbitral es compatible o no con el Reglamento Bruselas I (aptdos. 35 ss.). Y la conclusión a la que llega en este ámbito es tan sencilla como coherente: en la medida en que un tribunal arbitral no es un tribunal jurisdiccional, no puede darse una quiebra del principio de *confianza mutua*; este principio sólo alcanza a las relaciones entre los tribunales judiciales. Desde esta perspectiva, en el supuesto de autos no puede hablarse de *injerencia* de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en las competencias de otro órgano jurisdiccional²⁸.

A partir de aquí, el Tribunal aprecia, además, dos diferencias importantes entre la *anti-suit* en forma de laudo y la *anti-suit* en forma de resolución judicial. Dos diferencias que justifican el distinto trato se da a unas y otras. Así, la *anti-suit* en forma de laudo no priva de protección judicial a la parte que debe soportarla, pues esta parte podrá, en el marco del exequátur del laudo, hacer valer los argumentos que en su derecho convenga²⁹. Además, y a diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento de la *anti-suit* dictada por un tribunal judicial, el incumplimiento de la *anti-suit* en forma de laudo no acarrea sanción alguna³⁰.

²² Apto. 33 de la sentencia.

²³ Apto. 33 de la sentencia.

²⁴ Apto. 33 de la sentencia.

²⁵ Apto. 34 de la sentencia.

²⁶ Apto. 34 de la sentencia.

²⁷ *Vid. supra* nota a pie núm. 14. *Vid.* también en sentido similar, P. ORTOLANI, “Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Under the Recast Brussels I Regulation”, *MPILux Working Paper 6* (www.mpi.lu).

²⁸ Apto. 37 de la sentencia.

²⁹ Apto. 38 de la sentencia.

³⁰ Apto. 40 de la sentencia. Esto último, no obstante, con matices, pues a nadie se le escapa que ignorar una *anti-suit* dictada por el tribunal arbitral puede tener unas consecuencias graves de cara al sentido del laudo.

20. A la vista de la argumentación expuesta, el fallo del Tribunal es bastante coherente: El Reglamento Bruselas I ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, ni a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, dado que dicho Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro.

VI. A modo de conclusión

21. Una lectura rápida de la sentencia objeto de comentario trasmite la errónea conclusión de que la misma aporta poco o nada al debate sobre el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento. Sin embargo, una lectura más pausada del fallo permite vislumbrar un análisis riguroso y completo de la cuestión. Un análisis con vocación de permanencia en el futuro. Así, recuerda –de entrada– que el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral está incluido en el ámbito de aplicación del texto europeo. Afirmación que debe interpretarse, además, como una crítica velada a las Conclusiones presentadas por el Abogado General en este caso. Insiste, a continuación, en la importancia de los argumentos utilizados en la sentencia *West Tankers*; argumentos –repárese– basados en los principios básicos que subyacen al Reglamento. En tanto que esos principios permanecen inalterados tras la entrada en vigor del instrumento *refundido*, nada permite aventurar un giro de la jurisprudencia en este ámbito. El Considerando 12 del texto *refundido* debe considerarse, a estos efectos, irrelevante.

THE RECOGNITION OF A “JUDGMENT OF PATERNITY” IN
A CASE OF CROSS-BORDER SURROGACY UNDER
GERMAN LAW. COMMENTARY TO BGH, 10 DECEMBER 2014,
AZ. XII ZB 463/13

RECONOCIMIENTO DE UN “JUDGMENT OF PATERNITY”
EN UN CASO INTERNACIONAL DE MATERNIDAD
SUBROGADA Y DERECHO ALEMÁN

DR. SUSANNE LILIAN GÖSSL

LL.M. (Tulane)

Recibido: 03.07.2015 / Aceptado: 14.07.2015

Abstract: The article comments on a recent decision of the BGH (German Supreme Court) regarding the recognition of a “judgment of paternity” which was obtained by a German couple in California after concluding an agreement with a surrogate mother in California. The German law is strictly opposed to any form of surrogacy; therefore earlier courts had usually denied recognition in similar cases for *ordre public* reasons. In this decision the BGH decided on the matter for the first time. Contrary to the lower instance courts she recognized the “judgment” after a careful weighting of all rights and policies involved. He came to the conclusion that the preponderant interests of the child outweighed all interest opposing a denial of recognition. The article describes the legal background of surrogacy and cross-border parenthood law. Afterwards, it explains the decision and which controversial issues the BGH decided. Finally it gives an outlook on those questions the BGH did not decide and how she probably will decide if she keeps her line of argument.

Key Words: surrogacy, German private international law of parentage, recognition of foreign judgments under German law.

Zusammenfassung: Dieser Artikel kommentiert die Entscheidung des BGH zur Anerkennung eines “judgment of paternity”, welches ein kalifornisches Gericht zugunsten eines deutschen Pärchens ausgesprochen hatte. Diese hatten vorher eine Leihmutterschaftsvereinbarung in Kalifornien nach kalifornischem Recht abgeschlossen. Das deutsche Recht lehnt alle Formen der Leihmutterschaft ab. Die unterinstanzlichen Gerichte versagten daher regelmäßig eine Anerkennung als *ordre public*-widrig. Der BGH entschied das erste Mal über die Frage. Er nahm eine Abwägung aller in Frage stehenden Rechte und Interessen vor und sprach sich – im Gegensatz zu den meisten unterinstanzlichen Gerichten – für eine Anerkennung aus. Ausschlaggebend waren die Interessen des Kindes, die alle übrigen Interessen und Rechte überwogen. Der Beitrag gibt einen Überblick über die deutsche Rechtslage, erläutert dann die Entscheidung und gibt anschließend einen Ausblick bezogen auf die Fragen, welche der BGH offen ließ.

Stichwörter: Leihmutterschaft, deutsches Abstammungskollisionsrecht, Anerkennung ausländischer Entscheidungen im deutschen Recht

Summary: I. Introduction II. The Facts III. The legal background. 1. The German Substantial Law Regarding Surrogacy. 2. The German Substantial Law Regarding Parentage. 3. Fundamental Rights. 4. Cross-Border Questions. IV. The Decision. 1. Applicability of Sec. 108 Para. 1 FamFG. 2. “Inverse” Jurisdiction of the Californian Court (Sec. 109 Para. 1 Lit. a). 3. The Public Policy Analysis in Detail. 4. Result V. Analysis and Outlook. 1. The Human Dignity. 2. Open Questions Regarding Cross-border Surrogacy. 3. Outlook.

I. Introduction

1. In December 2014 the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof* - BGH) decided an issue which in similar constellations had and has been pending in several courts within the last years and has also produced a vast amount of legal studies and literature in several jurisdictions¹: The determination of parentage in questions of cross-border surrogacy.²

2. A surrogate mother is a woman who carries a child for another person or couple (so-called “intended parents”) with the intention to hand it over after the birth and reject any rights as a mother. Artificial reproductive medicine as in vitro fertilization (IVF) and intracytoplasmic sperm injection allow the creation of a child which is not genetically linked to the surrogate mother but may be genetically linked to one or both intended parents. Some countries have legalized surrogacy, some restricted or forbidden.³ In consequence, childless couples from countries forbidding surrogacy went to countries with a less restricted approach. Legal questions occurred regarding parentage when they afterward returned to their country with a so-created child (and subsequently regarding nationality in countries following the *ius sanguinis*-principle).

3. As in several other jurisdictions, the German substantial law is strictly opposed to surrogacy. German courts had always shown a strong tendency to defend that national policy. The majority had declared every parentage allocation as contrary to the German public policy which was based on the undertaking of surrogacy, even though lawful in the territory where it was undertaken.⁴ This attitude changed in the aforementioned decision.

4. After a short description of the facts (II.), this article will explain the legal backgrounds (II), the court’s reasoning (IV) and possible further consequences (V.). It will close with a short outlook on surrogacy cases in Germany.

II. The Facts

5. The intended parents, a male same-sex couple living in a registered partnership under German law, concluded a surrogacy contract in California according to Californian law. The surrogate mother, an unmarried woman, gave birth to a child genetically related to one of the intended fathers. Genetic mother was an anonymous egg donor. A Californian Court issued a “judgment of paternity” declaring both intended parents as legal parents. Earlier, the genetic father had recognized his fatherhood and the surrogate mother had made a declaration that she rejected all rights or obligations regarding motherhood to the child.⁵ The couple and the child returned to Germany and requested the birth and parentage registration in the civil status registry. The public registrar refused the registration declaring such a parentage

¹ E.g. country reports in K. TRIMMINGS/P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements*, Oxford, Hart, 2013; L. BRUNET ET AL., European Parliament (ed.), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013; F. MONÉGER, *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011; recently e.g. S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270, 258 f. The author would like to thank stud. iur Florian Merker for his support and comments on the article.

² BGH, 10 December 2014, Az. XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 261-267. Whenever this article mentions „Recitals“ without further indications it refers to the recitals of this decision.

³ See reports in fn. 1.

⁴ For an overview see for example S. GÖSSL, “Germany“ in: P. Beaumont/K. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements*, Oxford, Hart, 2013, pp. 131-142 and S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270. Violating public policy: AG Düsseldorf, November 2010 - not published; AG Frankfurt am Main 29 December 2010, Az. 49 XVI 108/08 – not published; AG Hamm 30 January 2011 Az. XVI? – not published. Dissenting opinions by some first instance courts such as: AG Neuss, 14 May 2013, Az. 45 F 74/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2014, p. 1127; AG Friedberg, 01 March 2013, Az. 700 F 1142/12AG *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, p. 1994.

⁵ It had been a twin pregnancy originally. One of the foetuses had not survived.

as contrary to the public policy. A recognition of the mere parentage of the genetic father would have been possible⁶ but not the recognition of the “whole” judgment of paternity of both fathers.

6. The BGH decided that the judgment of paternity as a whole, that is regarding both fatherhoods, had to be recognized in Germany. He rejected a violation of the German public policy and based his decision mainly on the best interest and well-being of the child outweighing the policies of the forum to restrict surrogacy. Nevertheless, she limited that decision on (1) cases of recognition of foreign court decisions in which (2) the child is genetically linked to one of the parents.

III. The legal background

7. There are only few substantial law provisions regarding surrogacy (1.). Therefore, it is necessary to read those provisions together with the general provisions regarding parentage (2.) and fundamental or human rights protected by German law (3.). This background has to be put in the cross-border context that is the treatment by private international law (4.)

1. The German Substantial Law Regarding Surrogacy

8. The German regulation of surrogacy is limited to its criminal law aspects⁷ and neither addresses the intended parents nor the surrogate mother. Section 1 para. 1 no. 2, 6, 7 and para. 2 Embryo Protection Act (ESchG)⁸ prohibit the (medical) undertaking of surrogacy and the Adoption Placement Act (AdVermiG)⁹ prohibits commercial actions supporting surrogacy such as placement, advertisement of placement (sections 13c, 13d, 14b) and public search of parties (sec. 14a para. 1 no. 2 lit. c).¹⁰ Some further provisions in criminal and civil law disapprove undertakings in the context of surrogacy.¹¹

9. The German courts had extended these provisions to a general disapproval of surrogacy in the legal system.¹² Furthermore, most courts derived from the criminal law provisions the mission to prevent further parents to undertake surrogacy abroad and thus circumvent the prohibition under German law. The denial of any rights for parents therefore also contained some general preventive thoughts.

2. The German Substantial Law Regarding Parentage

10. The German law distinguishes between the parentage of women and men. The differentiation is based on the biological difference that is the birth procedure.

⁶ Therefore, the child was a German national and a passport could be issued.

⁷ C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Heidelberg, Berlin, Springer, 2009, pp. 235 seq.; J. TAUPITZ en H.-L. Günther/J. Taupitz/P. Kaiser (ed.), *Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart, Kohlhammer, 2008, p. 17.

⁸ *Embryonenschutzgesetz* of 13 December 1990, Bundesgesetzblatt I 2746, amended 23 October 2001, Bundesgesetzblatt I 2702.

⁹ *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (Adoptionvermittlungsgesetz) revised 22 December 2001, Bundesgesetzblatt 2001 I 354; amended by Art 8 Law 10 December 2008, Bundesgesetzblatt I 2403. The provisions about surrogacy (s 13a-14b) were introduced 1989, *Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes*, 27 November 1989, Bundesgesetzblatt 1989 I 2014.

¹⁰ M. COESTER, “Ersatzmutterchaft in Europa“ en H.-P. Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/C. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, pp. 1243-1258, 1245.

¹¹ M. COESTER, „Ersatzmutterchaft in Europa“ en H.-P. Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/C. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, pp. 1243-1258, 1245; H. GRZIWOTZ, “Beurkundungen im Kindschaftsrecht” en G. Brambring/H.U. Jerschke (ed.), *Beck’sches Notar-Handbuch*, 5th, München, C.H. Beck, 2009, p. 80; R. DETTMAYER, *Medizin & Recht. Rechtliche Sicherheit für den Arzt*, 2nd, Heidelberg, Springer, 2006, p. 174.

¹² No tax deductibility: FG München, 21 February 2000, Az. 16 V 5568/99, *BeckRechtsprechung* 2000, 30813399; FG Düsseldorf, 9 May 2003, Az. 18 K 7931/0, *Deutsches Steuerrecht - Entscheidungsdienst* 2003, p. 145; no health insurance: LG Köln, 4 July 2007, Az. 23 O 347/06, *NJW Rechtsprechungs-Report* 2008, p. 542; heterologous insemination is deductible as extraordinary financial burden as long as demarcation to illegal practices, such as surrogacy remains clear: Niedersächsisches FG, 5 May 2010, Az. 9 K 231/07, *Deutsches Steuerrecht - Entscheidungsdienst* 2011, pp. 82-86; see also S. GÖSSL, “Germany“ in: P. Beaumont/K. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements*, Oxford, Hart, 2013, pp. 131-142.

A) Motherhood

11. Sec. 1591 *Bürgerliches Gesetzbuch* (Civil Code - BGB) defines “mother” as solely the person giving birth. The rule was enacted to create a clear determination¹³ and to deter reproduction treatments leading to ‘split’ motherhood.¹⁴ Motherhood is therefore not contestable or dispensable,¹⁵ even in the (more hypothetical) case of embryo implementation against the woman’s will.¹⁶ There is no co-motherhood provision in German law. The birth alone creates a legally relevant relation between mother and child¹⁷.¹⁸ The only possibility to dissolve the bond between legal mother and child and create one between intended mother and child is by adoption.¹⁹

B) Fatherhood

12. Legal fatherhood is regulated more liberally than motherhood. The mother’s husband is the father (sec. 1592 no. 1 BGB). If the mother is unmarried or the husband’s fatherhood has been contested successfully, legal father is who acknowledges paternity (sec. 1592 no. 2) or whose paternity has been judicially established (sec. 1592 no. 3).²⁰ Whenever the child has a legal father, a contestation of paternity is necessary to acknowledge a differing paternity, even in cases where the legal father obviously is not the genetic father.²¹

¹³ B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41; A. SPICKHOFF, “Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion” in A. Spickhoff/D. Schwab/D. Henrich/P. Gottwald (ed.), *Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich*, Bielefeld, Gieseking, 2007, pp. 13-71, 19; U. WANITZKE, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Gieseking, 2002, p. 434.

¹⁴ Gesetzentwurf 13 June 1996 Bundestagsdrucksache 13/4899 82; Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht, 12 September 1997 Bundestagsdrucksache 13/8511 69; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41; N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 923. The difference to the possibility of a ‘split’ fatherhood, as caused by adoption or sperm donation, both also leading to ‘split’ parenthood, was explained by the birth procedure creating not only a social but also a special biological bond between child and birth mother which had to be protected, see e.g. A. ESER/H.-G. KOCH, “Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive” en Professors of Criminal Law Tübingen and Ministry of Justice Baden-Württemberg (ed.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 19; M. KETTNER, “Neue Formen gespaltener Elternschaft”, B 27 *Aus Politik und Weltgeschichte* 2001, pp. 34-38, 38; C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Berlin, Springer, 2009, p. 248.

¹⁵ Gesetzentwurf 13 June 1996, Bundestagsdrucksache 13/4899 82; KG Berlin 19 March 1985, Az. 1 W 5729/84, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 2201; R. DETMEYER, *Medizin & Recht. Rechtliche Sicherheit für den Arzt*, 2nd, Heidelberg, Springer, 2006, p. 175; H. GRZIWOTZ, “Beurkundungen im Kindschaftsrecht”, en G. Brambring/H.U. Jerschke (ed.), *Beck’sches Notar-Handbuch*, 5th, München, C.H. Beck, 2009, recital 80; T. RAUSCHER, “§ 1591 BGB” en J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB, Vol. 4 Familienrecht*, München, Sellier/de Gruyter, 2011, recital 16; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41.

¹⁶ T. RAUSCHER, “§ 1591 BGB” in J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB, Vol. 4 Familienrecht*, München, Sellier/de Gruyter, 2011, recital 18.

¹⁷ Exceptions: Sec. 1307 BGB (marriage between relatives) and Sec. 173 Strafgesetzbuch (incest), both referring to genetic relations; M. COESTER, “Ersatzmutterchaft in Europa”, en H.-P. Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/C. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, pp. 1243-1258, 1247; K. MUSCHELER/A. BLOCH, “Das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung und der Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters”, *Familie Partnerschaft Recht* 2002, pp. 339-352, 340 f; T. RAUSCHER, “§ 1591 BGB” en J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB, Vol. 4 Familienrecht*, München, Sellier/de Gruyter, 2011, recital. 19; H. SEIDL, “Anfechtung bei der homologen und heterologen Insemination”, *Familie Partnerschaft Recht* 2002, pp. 402-404, 402.

¹⁸ J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5th, München, C.H. Beck, 2006, p. 625; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41.

¹⁹ VG Berlin, 5 September 2012, Az. 23 L 283.12, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, p. 80; J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5th, München, C.H. Beck, 2006, p. 625; N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 923; T. RAUSCHER, “§ 1591 BGB” en J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB, Vol. 4 Familienrecht*, München, Sellier/de Gruyter, 2011, recital 17; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41.

²⁰ E.g. J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5th, München, C.H. Beck, 2006, p. 626; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 41.

²¹ E.g.: P. ECKERSBERGER, “Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination” *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins* 2002, p. 262; D. HAHN, “§ 1592” en H.G. Bamberger/H. Roth (ed.), *Beck’scher Online-Kommentar BGB*, München, C.H. Beck, 35th edition 01.05.2015 recital 3.

C) Adoption

13. Through adoption, a child becomes the adoptive parents’ child under German substantive law (sec. 1754 BGB). The former parents lose all rights with respect to the child;²² therefore their consent or a replacing judicial decision²³ is required (sec. 1748 BGB).²⁴ A promise to consent is against public policy and void.²⁵ A spouse or same-sex partner can adopt the other spouse’s (natural or adopted) child to become the second parent (‘stepchild’ adoption or *Stiefkindadoption* or ‘successive’ adoption or *Sukzessivadoption*).

3. Fundamental Rights

14. In surrogacy cases the surrogate mother’s, the intended parents’ and the child’s fundamental rights become relevant, that is rights that are guaranteed to all humans and have to be protected from interventions of the State but also against third party interventions by the State. They derive basically from two sources: The *Grundgesetz* (Basic Law – GG) and international law, especially the European Convention of Human Rights (ECHR) and the UN-Convention on the Rights of Children. The two latter apply in an indirect way: Courts have to take international law obligations “into consideration” when applying and interpreting the national law.²⁶ Thus, the ECHR influences the interpretation of the national law and especially the interpretation of the corresponding Basic Law’s fundamental rights.

A) Human Dignity (Surrogate Mother and Child)

15. As the most important fundamental right (or the source of all fundamental rights), the human dignity, Art. 1 para. 1 Basic Law²⁷ protects every human from being de-humanized. There is no clear definition when this exactly is the case. As a general rule the human dignity has been violated in cases where the person gets deprived of her identity of a person and is treated as an object. The human dignity in “inviolable” that is once the right has been touched it is violated, and there is no possibility of justification. In cases of commercial surrogacy the surrogate mother “sells” the use of her body or womb. Therefore, some scholars and courts argue that the surrogate mother’s human dignity is always touched – and therefore violated – in cases of commercial surrogacy.²⁸ Consequently, courts treated surrogacy as illegal and a violation of the child’s and mother’s human dignity, reducing both to objects of (commercial) contracts.²⁹

²² B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, pp. 58 ff.

²³ BVerfG, 27 April 2006, Az. 1 BvR 2866/04, *Das Standesamt* 2006, p. 322; B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, pp. 58 f.

²⁴ B. SCHWARZ, *Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 46.

²⁵ M. COESTER, “Ersatzmutterchaft in Europa“, en H.-P. Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/C. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, pp. 1243-1258, 1249; U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Giesecking, 2002, p. 230.

²⁶ E.g. BVerfG, 14. October 2004, Az. 2 BvR 1481/04, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp. 3407-3412 (*Görgülü*); BVerfG 4 May 2011, Az. 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, pp. 1931-1946 (*Sicherungsverwahrung*).

²⁷ Art. 1 para 1 Basic Law: *Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.*

²⁸ E.G. A. DIEHL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Frankfurt a.M., Wolfgang Metzner, 2014, pp. 70 ff.

²⁹ E.G. OLG Hamm, 7 April 1983, Az. 3 Ss OWi 2007/82, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 2205; VGH Kassel, 23 December 1987, Az. 11 TH 3526/871, *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, p. 1281; undecided AG Gütersloh, 17 Dezember 1985, Az. 5 XVI 7/85, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1986 p. 718; KG Berlin, 19 March 1985, Az. 1 W 5729/84, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, p. 2201. A. ESER/H.-G. KOCH, “Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive” in Professors of Criminal Law Tübingen and Ministry of Justice Baden-Württemberg (ed.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 15, 24; M. KETTNER, “Neue Formen gespaltener Elternschaft”, B 27 *Aus Politik und Weltgeschichte*, 2001, 34, 38; H.-G. KOCH, “Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich” *ibid* 44, 57; overview over the discussion: S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270, 266.

16. It has also been argued that the child (or the child’s existence) becomes “object” of a contract in cases of commercial surrogacy contracts.³⁰ On the other hand, at the time of the conclusion of the agreement the child had not yet existed. Therefore, a major part of the scholars regards the child’s human dignity as not violated by the surrogacy agreement as such.³¹

B) Parentage and Family (Surrogate Mother and Intended Parents)

17. Art. 6 para. 2 Basic Law protects the right to be a parent. It protects the biological parents, and in case of a surrogate mother the special mother-child-relationship created by birth.³²

18. Besides, Art. 2 para. 1 and 6 para 1 Basic Law as well as Art. 8 para. 1 ECHR also protect the genetic and social parentage, or the intend to be parent, even in cases where the genetic parent is not the legal one or an intended parent has neither a genetic nor legal relationship to the child (yet), e.g. the intended father in cases of sperm donation.³³

C) Family and Parentage (Child)

19. On a child’s side, Art. 2 para 1, Art. 6 para. 1 and 2 Basic Law also protect the right to have two parents that is two persons taking care of the child’s best interest as a family in a legal sense.³⁴ Furthermore, Art. 8 para. 1 ECHR and Art. 7 para. 1 UN-Convention on the Rights of Children also protect the right to found a legal child-parent-relationship.³⁵ Both rights include the status allocation as legal parents,³⁶ the recognition of a legal parent-child-relationship established abroad³⁷ but also the right to have two actual parents taking care and responsibility.³⁸

D) Personality, Identity and Knowledge of the Origins (child)

20. Another important fundamental right protected by Art. 2 para. 1 Basic Law and Art. 8 para. 1 ECHR is each child’s right to know his or her origins as a basis to a smooth development of the personal identity and consequently the personality. It is regarded as one special aspect of the general personality right (Art. 2 para 1, 1 para 1 Basic Law).³⁹ In cases of surrogacy this right can be violated as the

³⁰ E.g.: F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 924.

³¹ E.g.: C. STARCK, „Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 1. Teilgutachten: Verfassungsrechtliche Probleme, Gutachten A” en DJT (ed.), *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, Teilband. 1 Gutachten*, München, C.H. Beck, 1986, Gutachten A, pp. 41 f., 56 f.; D. COESTER-WALTJEN, “Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 2. Teilgutachten: Zivilrechtliche Probleme, Gutachten B”, *ibid.*, Gutachten B, p. 46.

³² Doubting that e.g: D. KAISER, Elternglück durch Fremdspende und Leihmutterschaft?, en I. Götz/I. Schwenzer/K. Seelmann/J. Taupitz (ed.), *Festschrift für Gerd Brudermüller*, München, C.H. Beck, 2014, pp. 357-370, 362; T. RAUSCHER, „§ 1591 BGB“ en J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB, Vol. 4 Familienrecht*, München, Sellier/de Gruyter, 2011, recital. 12.

³³ E.G.: BGH recital 52; “Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz - KindRVerbG)“, *Bundestagsdrucksache vom 11.11.1999*, 14/2096, p. 6.N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 927.

³⁴ BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847, recital 44 seq. (*Sukzessivadoption*); G. BRITZ, “Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, *Juristenzeitung* 2014, pp. 1069-1074, 1071.

³⁵ ECHR, 26 June 2014, no. 65192/11 (*Mennesson vs. France*) and no. 65941/11 (*Labassee vs. France*).

³⁶ BVerfG, 17 December 2013, Az. 1 BvL 6/10, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p. 1364 (*behördliche Vaterschaftsanfechtung*).

³⁷ G. BRITZ, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Juristenzeitung* 2014, pp. 1069-1074, 1071.

³⁸ BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847, recital 44 f. (*Sukzessivadoption*).

³⁹ E.G. N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 928.

child will be deprived of the possibility to know the biological (surrogate) and the genetic (egg donor) mother:⁴⁰ The birth registration in general only gives information about the legal parents, that is in case of recognition neither the genetic nor the surrogate mother.

E) Right of Not Being Stateless (child)

21. Finally, from the personality right and Art. 2 para. 1, 1 para. 1 Basic Law in conjunction with Art. 7 para. 1 UN-Convention on the Rights of Children derives the right of each child to not be left stateless. This right could especially be violated in cases in which the intended parents were not recognized as such in their home country while the surrogate parents were not recognized as parents in theirs and both countries’ nationality laws followed the principle of *ius sanguinis*,⁴¹ as the German law basically does. The strict approach therefore had led to several cases of surrogate children left stateless whenever the law of the surrogate mother also followed the *ius sanguinis*-principle but allocated the parentage to the intended German parents.

4. Cross-Border Questions

22. Parentage established abroad can be recognized in two ways: First, it can be recognized as a judgment if established by a judicial decision. In family law, relevant provision are sec. 108 f. *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction – FamFG). Secondly, it can be recognized if established lawfully under the law applicable according to the German Private International Law.

A) Scope of Sec. 108 Para. 1 FamFG – Recognition of a Foreign Judgment

23. Sec. 108 FamFG applies to all foreign judgments except marital matters. They can be recognized within other proceedings (incidentally), thus, no separate *exequatur* proceeding is necessary. The definition of “judgment” in the scope of sec. 108 para. 1 FamFG is understood broader than a “judgment” under German law but there is no agreement about the exact definition. As a core agreement the provision includes all (non-marital) decisions, which are not only statements or repetitions of the facts and have been issued by a public authority following a formal proceeding. Legal scholarship had been split with respect to a judicial decision only stating the pre-existing legal situation, as the Californian surrogacy law had been regarded by some.⁴²

B) Impediment to Recognition: Sec. 109 Para. 1 Lit. a: Jurisdiction of the Court

24. The recognition shall be refused when the courts of the other state do not have jurisdiction under German law (so-called “inverse competence” or “reflection principle”).⁴³ German courts have jurisdiction in matters relating to parentage whenever the child, or one of the parents, or a man who wants to establish parentage to a child because he had sexual relations with the mother during the time

⁴⁰ Recital 39, 42.

⁴¹ See High Court of Justice, Family Division, Case No: FD08P01466, Re: X & Y (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC 3030 (Fam), Recital 10: “The children were marooned, stateless and parentless.”

⁴² For a recognition as a judgment: C. BENICKE, “Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterchaft”, *Das Standesamt* 2013, pp. 101-114, 104 f.; K. DUDEN, “Ausländische Leihmütter: Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung”, *Das Standesamt* 2014, pp. 164-170, 165 f.; against: A. DIEHL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Frankfurt a.M., Wolfgang Metzner, 2014, p. 162; D. HENRICH, “Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht” en S. Hofer/D. Klippel/U. Walter (ed.), *Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking, 2005, pp. 1141-1152, 1146 f.

⁴³ BGH, 30 March 2011, Az. XII ZB 300/10, *NJW-Rechtsprechungs Report* 2011, p. 721; W. HAU “109 FamFG” en H. Prütting/T. Helms (ed.), *FamFG*, 3rd, München, C.H. Beck, 2013, Recital 20; T. RAUSCHER, “109 FamFG” en T. Rauscher (ed.), *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2nd, München, C.H. Beck, 2013, recital 11.

of conception, is German, or one of these has his or her place of usual residence in Germany (sec. 100 FamFG)⁴⁴.

25. There is a dispute whether “parent” also includes those whose parentage is still to be established as long as they are not the man expressively mentioned in the provision.⁴⁵ Furthermore, it is unclear whether a new-born can have a place of usual residence and how to determine it in cases where the parents still have to be determined.⁴⁶ Also, the child’s citizenship in surrogacy cases can create a problem, as the German citizenship follows the *ius sanguinis*-principle that is derived from parentage which still have to be established.

C) Impediment to Recognition: Sec. 109 Para. 1 Lit. d: *ordre public*

26. The most important reason to refuse recognition is the violation of the national public policy (*ordre public*) that is when recognition of the judgment in the concrete case would lead to a result that is “obviously incompatible with significant principles of German law“, in particular incompatible with constitutional fundamental rights (sec. 109 para. 1 lit. d FamFG).

27. In contrast to the public policy exception as provided in the rules of conflict of laws in Art. 6 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Introductory Act to the Civil Code – EGBGB), the public policy exception in the foreign judgment recognition rule is applied less strictly. Even though Art. 6 EGBGB already states that the application of a foreign rule can only be refused in exceptional circumstances, the recognition of foreign judgments requires an even more restrictive approach. Recognition can only be refused in very rare, very exceptional circumstances. Reason for that generosity is the purpose of sec. 109 FamFG to avoid „limping“ status especially in family law. Furthermore, the respect and trust into the functioning of a foreign jurisdiction requires to assume that the decision had been made lawfully and had respected the parties’ rights.⁴⁷

28. In the aforementioned court decisions the general disapproval of surrogacy in the German legal system had usually been extended to the international level. The majority of the decisions refused the recognition of a foreign parentage allocation to the intended parents as violation of the public policy.⁴⁸

D) Determination of the Law Applicable on Parentage

29. Whenever there is no judgment to recognize on questions of legal and genetic⁴⁹ parentage, the law applicable has to be determined by Art. 19 para. 1 EGBGB. There are three equally

⁴⁴ Section 100 Matters Relating to Parentage

German courts shall have jurisdiction when the child, the mother, the father, or the man who has made a declaration in lieu of an oath that he and the mother had sexual relations during the time of conception:

1. is German or 2. has his place of usual residence in Germany.

⁴⁵ T. RAUSCHER, “100 FamFG” en T. Rauscher (ed.), *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2nd, München, C.H. Beck, 2013, recital 10 f.

⁴⁶ B. Heiderhoff, “Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2012, pp. 523-526, 525; T. Helms, „Art. 19 EGBGB“ en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 6th, München C.H. Beck, 2015, recital 8, both with further references.

⁴⁷ BGH: recital 28 f. with further references, in a different context for example: BGH, 21 April 1998 - XI ZR 377/97, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, pp. 2358-2360, 2358; BGH, 26 August 2009, Az. XII ZB 169/07, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, pp. 3306-3310, 3306; BVerwG, 29 November 2012, Az. 10 C 4.12; 10 C 5.12; 10 C 11.12; 10 C 14.12, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2013, pp. 427-431, 428 seq.; BGH, 4 June 1992, Az. IX ZR 149/91, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, pp. 3096-3106, 3098; W. HAU “109 FamFG” en H. Prütting/T. Helms (ed.), *FamFG*, 3rd, München, C.H. Beck, 2013, recital 45; C. MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen*, *RabelsZ* 78 (2014), pp. 551-591, 571 f.; R. WAGNER, “Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten“, *Das Standesamt* 2012, pp. 294-300, 296.

⁴⁸ Recently again: KG Berlin 1 August 2013, Az. 1 W 413/12, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, p. 72.

⁴⁹ R. HEPTING “Die Feststellung der Abstammung” en R. Hepting/B. Gaaz (ed.), *Personenstandsrecht Vol 2*, Frankfurt a.M., Verlag für Standesamtswesen, 2006, part IV-273.

relevant⁵⁰ connecting factors: The law of the child’s place of habitual residence (1), in relation to each parent the nationality of said parent (2) and in case of the mother’s marriage the law applicable to the marriage (3). To determine the habitual residence of a newborn the slidely prevailing view in doctrine applies the mother’s habitual residence, that is the person who gave birth, nevertheless the question is disputed.⁵¹ In case of contradictory results of the alternative connection factors the law best for the child in the concrete case applies. That is the law leading most efficiently and quickly to a clear parental situation.⁵² The prevailing opinion applies a *renvoi* according to Art. 4 para. 1 phrase 1 EGBGB as long as it does not reduce Art. 19’s alternatives of connecting factors. In the latter case *renvoi* is excluded.⁵³ In questions of surrogacy a part of the German literature applies only alternatives supporting the motherhood of the person giving birth.⁵⁴

30. Furthermore, the law determined in that way must not be contrary to the national public policy, Art. 6 EGBGB. Its wording corresponds to the wording of sec. 109 para. 1 lit. d FamFG, nevertheless the *ordre public* is regarded as applying more strictly. In contrast to sec. 109 FamFG it is not secured that another court already checked the legality of the proceedings and issues. A violation of the fundamental rights of people involved or also the protection of the policies of the state can lead to the

⁵⁰ E.g.: BGH, 3 May 2006, Az. XII ZR 195/03; *openJur* 2011, 9737, recital 15; BGH, 23 November 2011, Az. XII ZR 78/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2012, p. 616 recital 20; BayObLG, 11 January 2002, Az. 1Z BR 51/01, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2002, p. 686; OLG Karlsruhe, 2 February 2015, Az. 11 Wx 65/14, *openJur* 2015, 9010 recital 22; S. GÖSSL, “Germany“ en: P. Beaumont/K. Trimmings (ed.), *International Surrogacy Agreements*. Oxford, Hart, 2013, pp. 131-142, 139; T. HELMS, „Art. 19 EGBGB“ en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 6th, München C.H. Beck, 2015, recital 12; D. HENRICH, „Das Kind mit zwei Mütter (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht“ en S. Hofer/D. Klippel/U. Walter (ed.), *Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking, 2005, pp. 1141-1152, 1145; H. KLINKHARDT „Art. 19 EGBGB“ en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 5th, München, C.H. Beck, 2010, recital 14; C. MAYER, Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen, *RebelsZ* 78 (2014), pp. 551-591, 579; against M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 3rd, Baden-Baden, Nomos, 2014, § 5 recital 27, 33-35; N. DETHLOFF, Konkurrenz von Vaterschaftsvermutung und Anerkennung der Vaterschaft, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005, pp. 326-330, 329 f.; G. KEGEL/K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9th, München, C.H. Beck, 2004, § 20 X 2.

⁵¹ VG Berlin, 26 November 2009, Az. 11 L 396.09 Vdoc, 11 L 396/09, *BeckRechtsprechung* 2009 42145; R. HEPTING “Die Feststellung der Abstammung” en R. Hepting/B. Gaaz (ed.), *Personenstandsrecht Vol 2*, Frankfurt a.M., Verlag für Standesamtswesen, 2006, part IV-169. First applying law of claimed mother’s nationality: D. HENRICH, “Das Kind mit zwei Mütter (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht” en S. Hofer/D. Klippel/U. Walter (ed.), *Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking, 2005, pp. 1141-1152, 1146. Against: Fachausschuss-Nr 3579, 18/19 May 2000’ (2000) *Das Standesamt* 310 f: law of the State where the child was supposed to live.

⁵² E.g. AG Karlsruhe, 14 June 2007 Az. UR III 26/07, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2008, p. 549; D. HENRICH, “Das Kind mit zwei Mütter (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht” en S. Hofer/D. Klippel/U. Walter (ed.), *Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking, 2005, pp. 1141-1152, 1148 f.; IDEM “Art. 19 EGBGB” in J von Staudinger, *Kommentar zum BGB, EGBGB/IPR*, Berlin, Sellier/de Gruyter, 2008, recital 78; H. KLINKHARDT “Art. 19 EGBGB” en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 5th, München C.H. Beck, 2010, recital 14; F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 920 seq.; against R. HEPTING “Konkurrierende Vaterschaften in Auslandsfällen” *Das Standesamt* 2000, pp. 33-36, 35: law of the probable biological father.

⁵³ E.g. OLG Nürnberg, 25 April 2005, Az. 7 WF 350/05, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2005, p. 1697; B. HEIDERHOFF “Art. 19 EGBGB” en H.G. Bamberger/H. Roth (ed.), *Beck’scher Online-Kommentar BGB*, München, C.H. Beck, 35th edition 01.05.2015, recital 20; H. KLINKHARDT “Art. 19 EGBGB” en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 5th, München C.H. Beck, 2010, recital 23; T. RAUSCHER “Vaterschaft auf Grund Ehe mit der Mutter” *Familie Partnerschaft Recht* 2002, pp. 352, 356; against D. HENRICH “Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung” en T. Helms/J.M. Zeppernick (ed.), *Lebendiges Familienrecht: Festschrift für Rainer Frank*, Frankfurt a.M., Verlag für Standesamtswesen, 2008, pp. 249-259, 254; F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 920 fn. 9; FACHAUSSCHUSS DER STANDESBEAMTEN, Fachausschuss-Nr 3579, 18/19 May 2000, *Das Standesamt* 2000, pp. 310-311.

⁵⁴ R. HEPTING “Die Feststellung der Abstammung” en R. Hepting/B. Gaaz (ed.), *Personenstandsrecht Vol 2*, Frankfurt a.M., Verlag für Standesamtswesen, 2006, part IV-281 seq.; H. KLINKHARDT “Art. 19 EGBGB” en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 5th, München C.H. Beck, 2010, recital 14; D. LOOSCHELDERS “Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht” *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1999, pp. 420-424, 423; F. WEDEMANN, *Konkurrierende Vaterschaften und doppelte Mutterschaft im Internationalen Abstammungsrecht*, München, Nomos, 2006, pp. 141 ff.

application of the provision. Therefore, the application of foreign law to a surrogacy case had been refused in Germany in cases where one person involved was German but left Germany to circumvent the prohibition of surrogacy (*fraus legis*) and the social parent-child relation had not yet been established.⁵⁵

IV. The Decision

31. The BGH decided several of the aforementioned controversial issues. The main part of the judgment concentrated on the analysis of the public policy violation balancing the different policies and interests against each other.

1. Applicability of Sec. 108 Para. 1 FamFG

32. As the parentage in question was based on the Californian “judgment of paternity” the first question was whether this judgment was a “judgment” in the sense of sections 108 FamFG and therefore the provisions regarding the recognition of foreign judgments applicable. The BGH decided that a deep analysis of the legal consequences of the judgment of paternity was not necessary: A decision only stating the legal facts could be recognized as well, as long as it was guaranteed that a national court scrutinized the facts and the validity of the surrogacy agreement and the decision had at least some legal consequences.⁵⁶ As the judgment of paternity according to sec. 796f lit. f para 2 California Family Code at least influenced the child’s status and there had been an analysis of the facts and the legal validity of the agreement, the BGH came to the first conclusion that sec. 108 FamFG was applicable.⁵⁷

2. “Inverse” Jurisdiction of the Californian Court (Sec. 109 Para. 1 Lit. a)

33. Regarding the “inverse” jurisdiction of the court, the BGH avoided a discussion of the disputed questions, especially whether a new-born could have a place of usual residence and how to determine it in cases where the parents still have to be determined. She argued that at least the surrogate mother (that is the legal mother from the point of view of the German substantial law) had her habitual residence in California.⁵⁸ That connecting point sufficed to establish jurisdiction of the Californian Court from the point of view of sec. 109 para. 1 lit. a FamFG.

3. The Public Policy Analysis in Detail

34. The BGH confirmed the earlier jurisprudence which applied the *ordre public* within sec. 109 para. 1 lit. d FamFG in a very restrictive way.⁵⁹ Nevertheless, she did not follow the earlier courts much further. The court undertook a very careful reasoning and weighing of the interests, rights and policies involved. Fundamental rights in question had to be considered from the surrogate parents’ part, the intended parents’ part and the child’s part and could primarily be derived from the German Basic Law and

⁵⁵ E.g. VG Berlin, 5 September 2012, Az. 23 L 283.12, 5.9.2012, Az. 23 L 283.12, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, p. 80; OLG Nürnberg, 25 April 2005, Az. 7 WF 350/05, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2005, p. 1697; H. KLINKHARDT “Art. 19 EGBGB” en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 5th, München C.H. Beck, 2010, recital 23; T RAUSCHER “Vaterschaft auf Grund Ehe mit der Mutter”, *Familie Partnerschaft Recht* 2002, pp. 352-359, 356; against D. HENRICH “Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung” en T. Helms/J.M. Zeppernick (ed.), *Lebendiges Familienrecht: Festschrift für Rainer Frank*, Frankfurt a.M., Verlag für Standesamtswesen, 2008, pp. 249-259, 254; F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 920 fn. 9; FACHAUSSCHUSS DER STANDESBEAMTEN, *Fachausschuss-Nr 3579*, 18/19 May 2000, *Das Standesamt* 2000, pp. 310-311.

⁵⁶ D. HENRICH, „Leihmütterkinder: Wessen Kinder?“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 229-233, 230.

⁵⁷ Recital 22.

⁵⁸ Recital 26.

⁵⁹ Recital 28 f.

international law, as the latter can specify and direct the interpretation of the further.⁶⁰ He came to the conclusion that in this concrete case the recognition of the judgment of paternity would not violate the fundamental principles of German law in an unacceptable way. Decisive element was the best interest of the child.⁶¹

35. The BGH started the analysis with the clarification that a general public policy violation could not be assumed in all cases involving surrogacy, and at least not in cases where one of the two intended parents was the genetic father.⁶²

36. She further refused the application of any general preventive elements of the prohibitions of surrogacy. The criminal provisions were enacted to protect the child and the surrogate mother against psychological and physical damages by the birth procedure and the later “split” motherhood,⁶³ not to deter one of the two. The child was created by a circumvention of the criminal law but nevertheless not responsible for its circumvention. In difference to the prevention of surrogacy before, the child’s additional rights had to be considered as well. As the child should not be held responsible, general deterrent elements could not apply against the child’s best interest, at least not within the *ordre public* exception.⁶⁴ Furthermore, the criminal law provisions prohibiting the undertaking of surrogacy were limited on surrogacy within the German territory, therefore its general preventive elements as well.⁶⁵

37. The analysis had to be divided into the recognition of fatherhood of each intended parent, as one of the two partners was the genetic father. The recognition of his paternity did not create any problems: The surrogate mother was unmarried, so there was no presumption of a possible husband’s paternity which had to be contested and she did not object to the genetic father’s paternity. Therefore, the genetic father could also have recognized the parenthood under German law.⁶⁶

38. To the contrary, the fatherhood of the second intended father required a more careful analysis. The German law assumes that every person has a mother and her motherhood can only be dissolved by adoption.⁶⁷ A part of German court decisions and scholarly literature had come to the conclusion that (at least) the parenthood of the genetic father’s partner would violate the public policy *per se*.⁶⁸

⁶⁰ Recital 40; in general to the indirect application of international law, especially the ECHR e.g. BVerfG, 14. October 2004, Az. 2 BvR 1481/04, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp. 3407-3412 (*Görgülü*); BVerfG 4 May 2011, Az. 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, pp. 1931-1946 (*Sicherungsverwahrung*).

⁶¹ Recital 44.

⁶² Recital 34.

⁶³ Recital 39.

⁶⁴ Recital 45-46; N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 931; C. MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen*, *RabelsZ* 78 (2014), pp. 551-591, 573.

⁶⁵ Recital 45-46.

⁶⁶ Recitals 30 f.; similar already AG Nürnberg, 14 December 2009, Az. UR III 0264/09, UR III 264/09 1, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2014, p. 1127.

⁶⁷ Recital 35; see already recital 11 of this document with more references.

⁶⁸ E.g. VG Berlin, 26 November 2009, Az. 11 L 396.09 Vdoc, 11 L 396/09, *BeckRechtsprechung* 2009 42145; Fachausschuss der Standesbeamten, Fachausschuss-Nr 3579, 18/19 May 2000 (2000) *Das Standesamt* 2000, pp. 310-311; J. L. BACKMANN, *Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2002, pp. 128 f.; C. BENICKE, „Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterchaft“, *Das Standesamt* 2013, pp. 101-114, 111; M. ENGEL, “Internationale Leihmutterchaft und Kindeswohl”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2014, pp. 538-561, 558; N. WITZLEB, “Vater werden ist nicht schwer?” en N. Witzleb/R. Ellger/P. Mankowski/H. Merkt/O. Remien (ed.), *Festschrift für Dieter Martiny*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 203-240, 234; against e.g. AG Friedberg, 1 March 2013, Az. 700 F 1142/12AG *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, p. 1994; AG Neuss, 14 May 2013, Az. 45 F 74/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2014, p. 1127; F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 931 f.; N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 926; C. MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen*, *RabelsZ* 78 (2014), pp. 551-591, 570 f.

A) Surrogate Mother

39. As the surrogate mother’s fundamental rights in question the BGH considered her human dignity and the protection of her right to be the child’s mother.⁶⁹ The BGH refused a human dignity violation very briefly: It could only be relevant in cases where she did not act voluntarily either at the undertaking of surrogacy or at the rejection of motherhood,⁷⁰ or said rejection did not occur in a lawful way.⁷¹

40. Furthermore, the BGH did not regard the surrogate mother’s right to be a parent (Art. 6 para. 2 Basic Law) as preponderant. The surrogate mother had given up her position voluntarily by her declaration against the Californian Court.⁷² The possibility to dissolve the special mother-child-relationship and the corresponding responsibility is known under German law in cases other than surrogacy (adoption and anonymous birth). So, the concept does not violate the German public policy *per se*.⁷³ Again, the court argued that the surrogate mother’s rights could only be violated in a public policy relevant way in cases where she did not want to give up her motherhood or hand over the child voluntarily.⁷⁴ As a woman under German law can dissolve the legal bond between herself and her child by agreement to adoption or anonymous birth, the possibility to dissolve the bound by declaration against the court neither violated the public policy *per se*.⁷⁵

41. As the surrogacy agreement, its execution and the determination of parentage had happened under the eyes and control of a court in a lawful proceeding, the BGH saw it as guaranteed that the full consensus of all parties involved had been secured.⁷⁶ Thus, the surrogate mother’s rights and positions in question did not speak against a recognition of the judgment of paternity.

B) Intended Parents

42. On the other hand, the intended parents’ rights spoke in favour of a recognition.⁷⁷ Their rights to be parents and create and maintain a family were protected by Art. 2 para. 1 and 6 para 1 Basic Law as well as Art. 8 para. 1 ECHR.⁷⁸

43. Irrelevant did the Court consider the fact that they were two fathers that is a homosexual couple instead of a heterosexual, a point which has been disputed by some scholars.⁷⁹ The constellation of same-sex parenthood is recognized by the German law in cases of adoption⁸⁰ and cases of transsexuality (gender reassignment after becoming parent)^{81, 82}. Furthermore, the Court confirmed the already estab-

⁶⁹ Recital 39, 41.

⁷⁰ Recital 39, 41.

⁷¹ Recital 51; an analysis of these issues also is indicated in BVerfG, 22 August 2012, Az. 1 BvR 573/12, *NJW-Rechtsprechungs Report* 2013, p. 1 recital 15. In this case the Constitutional Court rejected a complaint against the non-recognition of the intended parent’s parenthood in a surrogacy case for formal reasons and therefore did not decide on the issue, but the BVerfG mentioned that a complaint needed at least more information on the person and the consent of the surrogate mother and the circumstances of the conclusion the surrogacy agreement.

⁷² Recital 47 seq.

⁷³ Recital 50.

⁷⁴ Recital 49; A. BERNARD, “Samenspender, Leihmütter, Retortenbabies: Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie” *Das Standesamt* 2013, pp. 136-141, 139.

⁷⁵ Recital 50.

⁷⁶ Recital 49.

⁷⁷ Recital 41.

⁷⁸ N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 927.

⁷⁹ Regarding a homosexual parenthood as “alien” or “foreign” to the German law’s nature (*wesensfremd*): N. WITZLEB, “Vater werden ist nicht schwer?” en N. Witzleb/R. Ellger/P. Mankowski/ H. Merkt/O. Remien (ed.), *Festschrift für Dieter Martiny*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 203-240, 234.

⁸⁰ BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847 (*Sukzessivadoption*).

⁸¹ BVerfG, 27 May 2008, Az. 1 BvL 10/05 *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, p. 3117 (*Geschlechtsumwandlung verheirateter Transsexueller*); OLG Köln, 30 November 2009, Az. 16 Wx 94/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, p. 1295.

⁸² Recital 36.

lished judicial option that child care and education by a same-sex couple does not differ from the one by a hetero-sex couple.⁸³ Finally, the court did consider as irrelevant the fact that the second intended father was not genetically related to the child, as this constellation is also recognized for the indented father of a hetero-sex couples under German law in cases of sperm donation.⁸⁴

C) Child

44. The BGH mentioned a possible violation of the child’s human dignity very briefly. She referred to the part of the literature which excludes such a violation, as the existence of the child and therefore the existence of his or her human dignity derives from the surrogacy agreement which therefore cannot violate it.⁸⁵

45. The Court confirmed several times that the German law is obliged to the child’s best interest, as provided in Art. 3 para. 1 UN Convention on the Rights of Children, Art. 24 para. 2 European Charta of Human Rights, Art. 8 ECHR and – last but not least – Art. 2 para 1., Art. 6 para. 2 Basic Law.⁸⁶ Nevertheless, the recognition of a foreign decision is supposed to avoid a *révision au fond*. Thus, the BGH explicitly stated that an analysis which parentage allocation finally would be best comply with the child’s best interest was not possible⁸⁷, at least not in cases in which the surrogate mother is not genetically related to the child, one of the intended parents on the other hand is.⁸⁸

46. Afterwards, the court focussed on a possible violation of the child’s personality rights.⁸⁹ One crucial aspect is the right to have two, not only one, legally allocated parents. The refusal of a recognition of the judgment would abolish an already established parentage relationship and therefore touch that right.⁹⁰ The recognition of one fatherhood would not suffice, as the rights guaranteeing parentage always refer to two parents.⁹¹ Furthermore, a “limping” motherhood would not suffice, neither. There was the possibility to establish the motherhood of the surrogate mother by German law, as one of the alternatives of Art. 19 EGBGB would have led to the application of German substantial law and the establishment of the motherhood of the person giving birth. Nevertheless, this motherhood would not be recognized under the Californian law that is the law of the mother herself. It therefore did not create a “whole” motherhood as required by the ECHR, but only a “limping” one. On the other hand, the recognition of the judgment would give the child two parents present and eager to serve as caring and responsible parents in a social and legal way.⁹² A rejection of the recognition of fatherhood therefore

⁸³ Recital 43; BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847, recital 80 (*Sukzessivadoption*).

⁸⁴ Recital 52; “Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz - KindRVerbG)“, *Bundestagsdrucksache vom 11.11.1999*, 14/2096, p.6.

⁸⁵ C. STARCK, “Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 1. Teilgutachten: Verfassungsrechtliche Probleme, Gutachten A” en DJT (ed.), *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, Teilband. 1 Gutachten*, München, C.H. Beck, 1986, Gutachten A, pp. 41 f., 56 f. D. COESTER-WALTJEN, “Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 2. Teilgutachten: Zivilrechtliche Probleme, Gutachten B”, *ibid.*, Gutachten B, p. 46; U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Gieseking, 2002, p. 254.

⁸⁶ Recital 41.

⁸⁷ Recital 61.

⁸⁸ Recital 62.

⁸⁹ Recital 39.

⁹⁰ See the same reasoning in case of contestation of fatherhood: BVerfG, 17 December 2013, Az. 1 BvL 6/10, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p. 1364 recital 102 ff. (*behördliche Vaterschaftsanfechtung*); BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847 recital 44 f. (*Sukzessivadoption*); G. BRITZ, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Juristenzeitung* 2014, pp. 1069-1074, 1071.

⁹¹ Recital 54-56; BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847 recital 44 f. (*Sukzessivadoption*); J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6th, München, C.H. Beck, 2010, § 48 Recital 9.

⁹² Recital 55, 56; N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 931; F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 931 f.

would violate the child’s right to establish a parent-child-relationship as guaranteed by Art. 8 ECHR (part of private life to find and have an identity within the national society).⁹³

47. Finally, the BGH compared the case of surrogacy with its alternative under German law, adoption.⁹⁴ It would result in the same situation that is the intended parents as the legal parents established. Nevertheless the beginning of a new adoption proceeding contained the risk that one of the intended parents would change his mind. Furthermore, the court acknowledged an additional responsibility of the intended parents to care for the child, as they initiated the surrogacy procedure and therefore caused all the problems the child finally had to face. This situation differed from the situation of an adoption where the child was already existent in the time the intended parents opted for an adoption. This reasoning also spoke in favour of a recognition of the parenthood as compared to the solution to not recognize it and open the way to an adoption.⁹⁵

48. Finally, very briefly, the BGH mentioned the child’s right to know his or her origins. The court did not consider this right as relevant here, as the question involved only the registration of civil status. The civil status registry did not have the mission to give information about the genetic or biological identity but only about the legal parentage.⁹⁶

4. Result

49. As a result, the BGH recognized the parenthood of both intended fathers and allowed the registration of both as legal parents in the civil registry. Nevertheless, he explicitly limited the decision to cases of the recognition of a foreign decision and to cases where at least one of the intended parents was genetically related to the child, the surrogate mother was not and the latter furthermore did not make any claims regarding the child.

V. Analysis and Outlook

50. The decision created a certain security that at least some cases of surrogacy obtained abroad will not lead to an unbearable situation for the child as it had happened in several decisions earlier, left parentless and stateless or ending in an orphanage.⁹⁷ Furthermore, the BGH changed the point of view on the situation by her focus not on the situation of the parents or the public policy reasons to prohibit surrogacy, but on the best interest of the child. As the child is usually the person suffering most, and the one who is not responsible for the situation, this focus was necessary and sometimes not as clear in earlier decisions and literature. Nevertheless, the BGH did not abolish all the uncertainty about the national treatment of surrogacy undertaken abroad, as he limited the decision explicitly to only some cases of surrogacy. The questions she left open will be described in the following paragraphs.

1. The Human Dignity

51. The BGH avoided a deeper analysis of a violation of the child’s or the surrogate mother’s human dignity. The reason is of political nature: The Court wanted to recognize the judgment. On the other hand, a deeper analysis of the human dignity might have prevented this, as it can be regarded as a legal one way street: The human dignity in “inviolable” that is once the right has been touched it is violated, and there is no possibility of justification.

⁹³ Recital 42, referring to ECHR, 26 June 2014, no. 65192/11 (*Mennesson vs. France*) and no. 65941/11 (*Labassee vs. France*).

⁹⁴ Recital 57-60, referring to BVerfG, 19 February 2013, Az. 1 BvL 1/11; 1 BvR 3247/09, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 847 recital 44 f. (*Sukzessivadoption*); ECHR, 26 June 2014, no. 65192/11 (*Mennesson vs. France*) and ECHR, 28 June 2007, no. 76240/01 (*Wagner and J.M.W.L. vs. Luxembourg*).

⁹⁵ Recital 57-60.

⁹⁶ Recital 63.

⁹⁷ E.G. VG Berlin, 26 November 2009, Az. 11 L 396/09, *BeckRechtsprechung* 2009, 42145.

52. In cases of commercial surrogacy the existence of the child, birth circumstances, and parentage are the object of a commercial contract. Furthermore, the human dignity already starts (and grows) with the first act of creation, so it is hard to argue that the child’s human dignity has not at least been in question for a bit when after birth in execution of the contract it was handed over.⁹⁸ It might have been worth a deeper discussion whether this handing over might not constitute an act where the (now existent) child was object of a commercial contract.

53. Additionally, in such a contract the surrogate mother “sells” the use of her body or womb. The BGH argued that she agreed on the procedure and therefore her dignity had not been violated. On the other hand, there are some judicial decisions arguing that the human dignity does not depend on the agreement of its owner as it contains a core element of being a human which is not dispensable.⁹⁹ Therefore it would at least be worth the consideration that not only the child’s but also the mother’s human dignity had been touched in cases of commercial surrogacy.

54. The BGH might have argued, nevertheless, that the human dignity in the concrete case was not touched. In the analysis of the *ordre public* usually a violation requires a significant connection to the national (German) law system (*Inlandsbezug*).¹⁰⁰ The selling of the body happened in California where the German Constitution is of no relevance and the surrogate mother was also from California. Therefore the recognition of a different concept of human dignity might have been acceptable from the point of view of the *ordre public*.

2. Open Questions Regarding Cross-border Surrogacy

55. The BGH limited the decision explicitly to only few cases of surrogacy. The questions she left open will be described in the following.

A) Recognition of Motherhood

56. The BGH did not take position in the question what would have happened if the intended parents had been man and woman or two women. The German law does not know the concept of recognition of motherhood (as it does of fatherhood). It only can be established by birth or adoption. So, the argument that the genetic father could have established his paternity under German law equally is not transferable on the case of a genetically related intended mother (in case of egg transplantation).¹⁰¹ However, the German law does recognize the concept of recognition of maternity abroad, as Germany is a member state of the *Convention relative à l’établissement de la filiation maternelle des enfants naturels*.¹⁰² So, as the legal concept is not absolutely unknown to the German (private international) law, the recognition of a “judgment of maternity” by a foreign court should be recognized as well, at least in cases where the intended mother is genetically related.

⁹⁸ See e.g. F. STURM, “Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?” in J.F. Baur/O. Sandrock/B. Scholtka/A. Shapira (ed.), *Festschrift für Gunter Kühne*, Frankfurt, Recht & Wirtschaft, 2009, pp. 919-932, 924. Different opinion: C. MAYER, „Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung zugunsten eingetragener Lebenspartner im Fall der Leihmutterchaft“, *Das Standesamt* 2015, pp. 33-40, 36 f., arguing that the contract was aimed at carrying the child and not at the result to create the child.

⁹⁹ E.g.: BVerfG, 21 June 1977, Az. 1 BvL 14/76, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, pp. 1525 f., recitals 151, 153; BVerwG, 15 December 1981, Az. 1 C 232.79, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, p. 664 (*Peep-Shows*); VG Neustadt, 21 May 1992, Az. 7 L 1271/92.NW, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1993, p. 98 (*Zwergenweitwurf*).

¹⁰⁰ E.g. regarding sec. 109 FamFG: T. RAUSCHER, “109 FamFG” en T. Rauscher (ed.), *Münchener Kommentar zum FamFG*, 2nd, München, C.H. Beck, 2013, recital 37; OLG Naumburg, 6 September 2013, Az. 2 Wx 20/12, *BeckRechtsprechung* 2014, 02904; in general e.g.: J. VON HEIN, Art. 6 EGBGB en F.J. Säcker/R. Rixecker (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Vol 10*, 6th, München C.H. Beck, 2015, recital 184-196 with further references.

¹⁰¹ See for that case VG Berlin, 5 September 2012, Az. 23 L 283.12, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, p. 80.

¹⁰² CIEC-Convention No. 6, signed at Brussels 12 June 1962.

57. Additionally, the BGH’s argument the parenthood could have been established by adoption as well but with disadvantages for the child can be applied also on cases of two women or a hetero-sex couple as intended parents. Thus, most probably a judgment of paternity in the two cases described above would also be recognized under sec. 108-109 FamFG.

B) Married Surrogate Mother

58. Furthermore, the BGH explicitly avoided the question whether the recognition of the genetic father’s fatherhood – and therefore one part of the judgment of paternity – would have been as easy been recognized in cases of a married surrogate mother. A man can only recognize fatherhood of a child born by a married woman after contestation of her husband’s fatherhood within a limited period of time. In some cases German courts for that reason had rejected the recognition of the genetically related father’s paternity. Nevertheless, as the decision speaks for a more generous approach regarding the recognition of court decisions establishing parents without a *révision au fond*, most probably a recognition of the parentage without an earlier contestation of the surrogate mother’s husband would be accepted as well.¹⁰³

C) Non-genetically Related Intended Parents

59. The BGH explicitly limited the decision on the case that one of the intended parents was also genetically related to the child.¹⁰⁴ So the question arises how she would treat a case without a genetic relationship. One could conclude that then a recognition could not be possible.¹⁰⁵ On the one hand, this argument is weak in cases where the surrogate mother is not married, as under German law every man can recognize parenthood of an unmarried woman’s child unless she does not consent to his fatherhood.¹⁰⁶ On the other hand, even in cases of a married surrogate mother the abovementioned reasoning would apply as well: The decision clearly indicates a generous approach without a *révision au fond* in cases of a foreign judicial decision. The recognition of fatherhood under German law would be possible without a proof of a genetic relationship.¹⁰⁷ A contestation of the surrogate mother’s husband’s paternity would not have been required. Thus, most probably a judgment of paternity will also be recognized in cases of non-related intended parents as long as the surrogate mother is not genetically related, neither, and consents to the handing over of the child.

D) Genetically Related Motherhood

60. More difficult seems the situation that the surrogate mother is genetically related to the child.¹⁰⁸ The BGH mentioned explicitly that she did not want to decide this issue. Nevertheless, applying his reasoning on the case of a genetically related surrogate mother, the situation should not be different from the one decided by the court: The German family law does not distinguish between genetic and biological motherhood, as it is supposed to be always the same. The Basic Law protects both equally, genetic and biological parentage. Besides, the BGH drew a parallel to adoption law and argued that the

¹⁰³ Similar: D. HENRICH, „Leihmütterkinder: Wessen Kinder?“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 229-233, 231.

¹⁰⁴ Recital 53.

¹⁰⁵ See D. HENRICH, “Leihmütterkinder: Wessen Kinder?“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 229-233, 233; C. MAYER, „Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung zugunsten eingetragener Lebenspartner im Fall der Leihmutterchaft“, *Das Ständesamt* 2015, pp. 33-40, 40; F. ZWISSLER, “Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmutterchaft“, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2015, pp. 118-119, 119.

¹⁰⁶ There had been the competence of a public authority to contest the fatherhood but this competence had been declared as unconstitutional in 2013, see BVerfG, 17 December 2013, Az. 1 BvL 6/10, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, p. 1364 (*behördliche Vaterschaftsanfechtung*).

¹⁰⁷ E.G. S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270, 261; E. WÖITGE, “Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland”, *Juristische Ausbildung* 2015, pp. 496–505, 503.

¹⁰⁸ Recital 53.

German law also knows the possibility to deny motherhood in cases of adoption and in cases of anonymous birth. Both possibilities are open to genetic and biological mother. So, as the biological mother’s rights only can outweigh the best interest of the child and the intended parents’ parentage rights in cases in which the surrogate mother does not agree to the handing over of the child, the same should apply in cases of biological and genetical motherhood. Nevertheless, it is not clear whether courts will follow this reasoning. The rule allocating motherhood to the person giving birth (sec. 1591 BGB) is sometimes regarded as mandatory,¹⁰⁹ so it might not also prevail in within the analysis of the *ordre public*.

E) Dispute between Intended and Surrogate Mother

61. Most probably in cases where the intended parents and the surrogate mother have a dispute about the child, the interests of the surrogate mother will outweigh those of the intended parents. From the point of view of the German legal system, she is automatically the biological and legal mother and therefore has two reasons to claim the right to be a parent. Furthermore, the BGH expressed very strongly the opinion that the recognition of the judgment of paternity depended mainly on the fact that she agreed to hand over the child and rejected all her rights as a parent.¹¹⁰ Furthermore, her human dignity will probably come into play in cases of an execution of the surrogacy agreement against her will.¹¹¹

F) No Judgment of Paternity

62. The most crucial open question is how the BGH would decide the same case without a judicial decision.¹¹² Art. 19 EGBGB would apply the law which would establish parentage in the best interest of the child.¹¹³ As seen, the BGH regards a “limping” parentage as not equal to an actual parentage and also takes into account the willingness of the potential parents to actually take care and responsibility for the child. This would speak in favor of a connecting factor supporting the intended parentage. Nevertheless, the application of said legal system would have to pass the obstacle of *ordre public*, Art. 6 EGBGB, which is to be applied more strictly than within the recognition of a foreign decision.

63. It is difficult to foresee how a court would decide that issue. Most of the arguments the BGH used to weight the different interests of child, intended parents and surrogate mother could be applied in the same way. Nevertheless, the BGH explicitly mentioned the higher burden of Art. 6 EGBGB and furthermore the possibility of international mandatory law, probably referring to sec. 1591 BGB (mother is the woman giving birth) which sometimes is regarded as mandatory.¹¹⁴ The situation usually will be the same that is two intended parents willing to care and be parents on the one hand and a surrogate mother on the other hand who is far away and not willing to take any parental responsibility. So, it is to hope that most courts will come to the same conclusion as the BGH in this case: The best interest of the child is the one issue that matters most.

¹⁰⁹ Unclear, but tendency: VG Köln, 20 February 2013, Az. 10 K 6710/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 2617; see also S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270, 267; E. WOITGE, “Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland”, *Juristische Ausbildung* 2015, pp. 496–505, 500.

¹¹⁰ See also prevention of such a dispute as intention of the legislator prohibiting surrogacy: Gesetzentwurf der Bundesregierung, “Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes“, *Bundestagesdrucksache vom 09.03.89* 11/4154, pp. 6 f.

¹¹¹ Different opinion: D. HENRICH, „Leihmütterkinder: Wessen Kinder?“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 229-233, 233, not in cases where the child had lived with the intended parents against the surrogate mother’s will for several years.

¹¹² B. HEIDERHOFF, “Anmerkung“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, p. 485; D. HENRICH, “Leihmütterkinder: Wessen Kinder?“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 229-233, 231 f.; T. HELMS, “Abstammung nach in Kalifornien durchgeführter Leihmutterschaft“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2015, 245-246, 246.

¹¹³ See recital 29 of this document.

¹¹⁴ Unclear, but tendency: VG Köln, 20 February 2013, Az. 10 K 6710/11, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, p. 2617; see also S. SUCKER, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question!”, *European Journal of Law Reform* 2015 (17) 2, pp. 257-270, 267; E. WOITGE, “Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland”, *Juristische Ausbildung* 2015, pp. 496–505, 500.

G) Right to know the origins

64. Finally, one problem remains unresolved: The protection of the child’s right to know his or her origins. The recognition of the judgment leads to a record in the civil status registry that both intended parents are the legal parents. If the child wants to know who her or his (biological or genetic) mother is, she or he depends on the goodwill of the two intended parents to tell. To protect the right, some countries established national registries for e.g. sperm donations¹¹⁵ or – as in the case of Germany – obligations of medical clinics to keep the information regarding sperm donors.¹¹⁶ In cross-border cases the protection of the right will depend on the possibilities offered by the State of the undertaking, not of the German law. One possibility *de lege ferenda* to mitigate that problem would be the establishment of a more general data registry,¹¹⁷ maybe on an international level. *De lege lata* the civil status registry could also serve the purpose insofar as the registrar could add additional data not having legal consequences but providing further information. The BGH briefly mentioned that possibility and declared the civil status registry as not the feasible place to do so. Even though she is right in the sense that the civil status registry traditionally had been established for other reasons,¹¹⁸ that is not longer true for questions of limping status: In other contexts, several courts have made the civil registrars add information to protect the constitutional rights of German citizens in cases of “limping” status, e.g. to maintain the right on a constitutionally protected “limping” marriage which was only valid outside of Germany but lived and therefore protected in Germany.¹¹⁹ An extension of that practice on cases of “limping” parentage would have been a legally already established possibility to protect the child’s rights to know the origins.¹²⁰

3. Outlook

65. The decision left the aforementioned questions explicitly open. Nevertheless, the decision shows a very clear tendency that is to focus on the child’s best interest and not the State’s policies to prohibit surrogacy.¹²¹ Hopefully, other courts will follow that line when confronted with the still open questions.

¹¹⁵ Switzerland for example provides a sperm donor data register (*Spenderdatenregister*) as required in Art. 15 ff. *Fortpflanzungsmedizinverordnung* (Reproductive Medicine Regulation - FMedV), AS 2000, pp. 3068 ff.

¹¹⁶ BGH, 28 January 2015, Az. XII ZR 201/13, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, 1098-1104.

¹¹⁷ N. DETHLOFF, „Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick“, in D. Funcke/P. Thorn (ed.), *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, Bielefeld, Transcript-Verlag, 2010, pp. 161–192, 188.

¹¹⁸ D. BALZER, “Die genetische Vaterschaft im Familien-, Familienverfahrens- und Personenstandsrecht“, *Das Standesamt* 2012, pp. 364-368, 368; S. GÖSSL, „Verfassungsrechtlicher Schutz ‚hinkender Ehen‘ und der Annäherungsgrundsatz“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 233-235, 234; H. KRAUS, Eintragung von französischen Kindesdoppelnahmen im deutschen Geburtenregister, Fachausschuss-Nr. 3994, *Das Standesamt* 2013, pp. 227-228. To the history of the civil status registry: “Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Personenstandsrechts (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG)”, *Bundestagsdrucksache vom 15. 06. 2006*, 16/1831, pp. 29, 31.

¹¹⁹ To limping marriages see OLG Frankfurt, 13 January 2014, Az: 20 W 397/12, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, p. 267 and S. GÖSSL, “Verfassungsrechtlicher Schutz ‚hinkender Ehen‘ und der Annäherungsgrundsatz“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, pp. 233-235, 234 f.

¹²⁰ S. GÖSSL, “Materiellprivatrechtliche Angleichung der personenstandsrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015, 273-277; indications for similar thoughts but without Private International Law considerations also by N. DETHLOFF, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder“, *Juristenzeitung* 2014, pp. 922-932, 928; C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Heidelberg, Berlin, Springer, 2009, pp. 318; 339 f.; C. MAYER, “Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen“ *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, pp. 57-62, 62 fn. 56 and already D. GIESEN, “Genetische Abstammung und Recht“, *Juristenzeitung* 1987, p. 364-377, 377; C. STARCK, “Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 1. Teilgutachten: Verfassungsrechtliche Probleme, Gutachten A” en DJT (ed.), *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, Teilband. 1 Gutachten*, München, C.H. Beck, 1986, Gutachten A, p. 51 and “Beschluss III. 7. d)“ en DJT (ed.), *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags 1986, Band II*, 1986, part K 224 and part K 236.

¹²¹ Similar: B. HEIDERHOFF, “Anmerkung“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, p. 485.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO
DE 2015. DERECHO SUCESORIO INTERNACIONAL
Y LECTURA ECONÓMICA DEL REENVÍO

THE SPANISH SUPREME COURT JUDGMENT OF JANUARY
12, 2015. AN ECONOMIC READING OF RENVOI AND
INTERNATIONAL SUCCESSION LAW

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido: 13.07.2015 / Aceptado: 27.07.2015

Resumen: El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015 vuelve a poner de relieve la importancia práctica que tiene el mecanismo jurídico del reenvío. El reenvío sigue vivo y sirve para corregir y modular en el ámbito sucesorio al artículo 9.8 del Código Civil, cuando la situación jurídica internacional presenta vínculos más estrechos y profundos con nuestro país que con el país de la nacionalidad del causante. Se hace un análisis de lo que el Tribunal Supremo expone en este caso, y también de los cambios que se producirán con la aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo en relación con el mecanismo jurídico del reenvío.

Palabras clave: reenvío, sucesión, casación, Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012.

Abstract: The judgment rendered on January 12, 2015 by the Spanish Tribunal Supremo (Supreme Court) deals once again with the practical importance of the renvoi. The renvoi still survives and keeps acting as a correction to the regulation of article 9.8 of the Spanish Civil Code, in cases where the legal international situation shows closer and deeper connections with Spain than with the country of the deceased's nationality. The present paper explains the doctrine of the decision of the High Court in this case. It also deals the coming changes to arrive from the application of the new European Succession Regulation regarding the renvoi.

Key words: renvoi, succession, appeal to the High Court, European Succession Regulation 650/2012.

Summary: I. Resumen de la sentencia. II. El reenvío. Distintos argumentos que miran a un mismo resultado. III El reenvío como reajuste de la localización de la situación internacional. VI. El reenvío como mecanismo de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual. V. Conclusiones.

I. El caso y la sentencia del Tribunal Supremo

1. El reenvío es un mecanismo jurídico que, lejos de morir, como algunos llevan augurando desde hace décadas, sigue dando mucho que hablar en el mundo del Derecho internacional privado en general, y en particular, en el área del Derecho sucesorio internacional. El reenvío es inmortal. Subrayaba B. DUTOIT en un célebre trabajo que el orden público era un auténtico “*camaleón del Derecho*”

internacional privado”¹. Sin embargo, era un camaleón pequeño, porque el gran camaleón del Derecho internacional privado es el reenvío. El reenvío ha cambiado a lo largo de los años de color y de función. A través de esos cambios el reenvío ha conseguido pervivir hasta nuestros días. Y no parece que se vaya a acabar con la utilización de este mecanismo jurídico, por el momento.

2. El Tribunal Supremo invita nuevamente a todos los expertos en Derecho Internacional Privado a reflexionar sobre el reenvío y lo hace a través de su Sentencia de 12 de enero de 2015. En ella, el Tribunal Supremo abordó el siguiente supuesto: un señor de nacionalidad británica, otorgó válido testamento el día 31 de octubre de 1996, cuyo protocolo realizó el Notario de Teulada (Alicante)². Este causante estuvo casado en primeras nupcias y de ese matrimonio nació una hija. Se casó en segundas nupcias, y de ese matrimonio no hubo descendientes.

3. A juicio del Notario el sujeto británico tenía capacidad legal suficiente para otorgar el testamento abierto, que contenía las siguientes cláusulas:

“PRIMERA.- Es voluntad del testador limitar este testamento, única y exclusivamente, a sus bienes, derechos y acciones en España, sin perjuicio de otros testamentos que haya otorgado u otorgue en su país, y en cuanto sean compatibles con la validez del presente.

SEGUNDA.- Instituye heredera universal de todos bienes, derechos y acciones en España, a su esposa Dña. Vicenta, (= segunda esposa)

Si la heredera aquí nombrada fuere incapaz para heredar, renunciara a la herencia, premuriera al testador, conmoriera con él, o falleciera antes de transcurrir 30 días del fallecimiento del testador; nombra sustitutos a su hija y a los tres hijos de su actual esposa, por partes iguales. Lo establecido en este testamento, se entiende sin perjuicio de la legítima que, en su caso, pudiera corresponder a los legitimarios, y teniendo en cuenta el valor de todos los bienes, derechos y acciones que al testador correspondan, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren”.

4. Tras el fallecimiento del testador, el patrimonio hereditario quedó determinado, únicamente, en una vivienda situada en Jávea, que es el objeto del litigio, y cuya adquisición trae causa de una compra que realizó el causante junto a su primera esposa, en el año 1989. Ese es el domicilio que aparece en su certificado de defunción, y este extremo no es discutido: el causante tenía su residencia habitual en Jávea (= Alicante, España).

5. En el Derecho inglés la sucesión de los bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar donde se hallen; mientras que la sucesión de los bienes muebles por la ley que resulte aplicable al domicilio del titular³.

6. La hija del causante y legitimaria del mismo acciona en primera instancia, en la demanda pide que se aplique el Derecho español a la sucesión *mortis causa* de su padre. La sentencia de Primera Instancia desestima esa demanda poniendo de relieve argumentos que, posteriormente, fueron contradichos y rebatidos en apelación y en casación.

7. La sentencia de Primera Instancia argumenta que el reenvío de primer grado contemplado en el artículo 12.2 del Código Civil no debe de aplicarse de un modo automático sino que su aplicación debe ser restringida y condicionada a las circunstancias del caso específico⁴.

¹ B. DUTOIT, “L’ordre public: caméléon du droit international privé”, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455-472.

² El texto de la sentencia del Tribunal Supremo utilizado para realizar este trabajo ha sido extraído de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7299634&links=&optimize=20150223&publicinterface=true>

³ En Derecho Internacional Privado inglés, la capacidad para transmitir bienes inmuebles *inter vivos* se rige por la Ley del país de situación de los inmuebles o *Lex Situs* (*Re Hellman’s Will* 1866). En el mismo sentido, *vid.* D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 450.

⁴ “La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.”

8. Además en la Sentencia de Primera Instancia se argumenta que el reenvío no cumple con la finalidad que debe de tener este mecanismo jurídico, que es la de asegurar el principio de universalidad de la herencia. Argumenta que se debe de contemplar el principio de unidad legal y que va en contra del principio rector del Derecho inglés de libertad de testar. Por lo tanto y con estos dudosos argumentos, en Primera Instancia se llega a la conclusión que no debe de aplicarse el Derecho español al caso, sino que debe aplicarse el Derecho inglés.

9. Así lo establece la sentencia de Primera Instancia que desestima la acción entablada por la hija y legitimaria del causante en orden a la aplicación del Derecho español.

“Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda” (subrayados añadidos).

10. Sin embargo, la sentencia de Apelación dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de la ciudad de Denia en fecha 26 de mayo de 2011, aplica la ley española a la sucesión por aplicación del reenvío recogido en el artículo 12.2 del Código Civil. El tribunal justifica la utilización del reenvío porque queda acreditado que el haber hereditario está compuesto, exclusivamente, por el bien inmueble situado en España, el tribunal cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002.

11. Por lo tanto, en apelación y en casación el tribunal argumenta que el reenvío de retorno previsto en el artículo 12.2 del Código Civil es perfectamente aplicable en este supuesto, y que da una adecuada respuesta a este conflicto de normas de Derecho Internacional Privado. Ya que no quebranta los principios que rigen el Derecho sucesorio en nuestro país.

12. Por lo tanto, los tribunales en apelación y en casación, ante la cuestión de determinar si, a pesar de que el ciudadano inglés dispuso de sus bienes de conformidad con su Ley nacional basándose en la absoluta libertad de testar, sería aplicable el artículo 12.2 del Código Civil. Es decir, si sería aplicable el reenvío a la Ley española. La propia norma de conflicto inglesa señala que la norma aplicable a la sucesión de bienes inmuebles es la Ley del lugar donde estos se encuentren. De este modo, si se aplica la Ley española se crean unos derechos legitimarios inexistentes en la ley nacional del causante, esto es en la Ley inglesa.

13. Se destaca en el recurso que para nuestro Derecho la Ley aplicable a la sucesión es la ley nacional del causante a su fallecimiento (= art. 9.8 del Código Civil), tal norma responde a una concepción personalista y familiar de la sucesión.

14. Fruto de esta concepción son los principios de unidad y universalidad que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema de derecho internacional privado. Esto es así porque en Derecho español se sigue un sistema de sucesión romana. Lo relevante en este sistema es la “*persona del causan-*

te”, que debe ser “reemplazada” por otra persona en sus derechos y obligaciones. Por ello se establece que la Ley que rige la sucesión es la Ley nacional del causante. Además la sucesión *mortis causa* se regula siempre por una sola Ley estatal. Así lo dice expresamente el artículo 9.8 del Código Civil. Es irrelevante que la sucesión afecte a bienes muebles o inmuebles, asimismo la ubicación de los bienes también es irrelevante. De este modo lo han apuntado y corroborado el Tribunal Supremo y la Dirección General del Registro y del Notariado. El Tribunal Supremo ha señalado en numerosa jurisprudencia este extremo: el artículo 9.8 del Código Civil exige que la sucesión debe quedar siempre sujeta a una sola y única Ley (STS 14 diciembre 1901, STS 11 diciembre 1892, STS 11 diciembre 1893, STS 5 julio 1893, STS 27 octubre 1900, STS 7 febrero 1899, STS 16 diciembre 1904, STS 23 octubre 1915, STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 22 septiembre 2003, STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío]). El principio fundamental de “unidad de la Ley sucesoria” ha sido confirmado igualmente por la Dirección General del Registro y del Notariado (RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], RDGRN 18 junio 2003, RDGRN 11 marzo 2003)⁵. Además, la admisión del reenvío previsto en el artículo 12.2 CC en materia de sucesión no puede ser aceptada en todos los casos pues debe tener en cuenta, por un lado, los principios de unidad y universalidad y, por otro, solo cabría el reenvío si con ello se produce una armonía internacional de soluciones, esto es, el reenvío solo es admisible si aplicando la ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado aplicando la Ley extranjera.

15. Se debe advertir que la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si por tal se entiende la desarrollada a partir de la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el artículo 12.2 del Código Civil (= donde el reenvío de retorno solo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad *ab initio* de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Entre estos, se ha señalado la conveniencia de que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (=STS de 21 de mayo de 1999). Pero sobre todo, caso que nos ocupa, se ha destacado el valor referencial que desarrolla la figura del reenvío como instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (= la ya citada STS de 15 de noviembre de 1996).

16. El reenvío debe ser empleado para mejorar las soluciones de fondo a las situaciones privadas internacionales. De ahí que su aplicación no pueda ser automática. Se deberá de estar a las circunstancias concretas del caso, para que así el reenvío pueda cumplir con su función y ofrecer una mejor solución al fondo del asunto. Todo ello sin perjuicio del cambio en el sistema que se aproxima con la plena aplicación, en el ámbito sucesorio, a partir del 17 de agosto del 2015, del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (DOUE L 201 de 27 julio 2012)⁶.

II. El reenvío. Distintos argumentos y un mismo resultado.

17. Todo jurista con un mínimo de cultura en Derecho internacional privado sabe lo que es el reenvío, ese viejo conocido del escenario conflictual que algunos se empeñan en desterrar para siempre pero que nunca desaparece. El reenvío es el fenómeno que se produce cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país⁷.

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (dirs.), *Prontuario básico de Derecho Sucesorio Internacional*, 1ª ed., Ed. Comares, Granada, 2012, pp. 19-20.

⁶ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012*. Ed. Comares, Granada, 2014.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, p. 438.

18. El reenvío es un clásico problema de aplicación de la norma de conflicto, con muchos más de cien años de vida, y que tradicionalmente ha estado vinculado a la materia sucesoria. A favor del reenvío se han fraguado distintos argumentos de distinta índole⁸. Los más sólidos índices positivos en favor del reenvío son los que siguen:

1º) El reenvío permite resolver un falso conflicto de leyes: si el Derecho material extranjero y el Derecho material español están fundamentados en los mismos principios generales, la aceptación del reenvío es aceptable. Además de reducir los costes en la aplicación del Derecho, porque aplicar el Derecho español por los tribunales españoles es más sencillo, veloz y genera un coste inferior, ofrece una “armonía internacional de soluciones materiales”. Es curiosa la querencia que el TS español siente por este índice positivo de reenvío aun cuando no lo ha aplicado jamás para resolver un caso concreto.

2º) El reenvío permite alcanzar una «armonía internacional de soluciones», ya que mediante el mismo el juez español que conoce del asunto resuelve la cuestión de igual modo a como lo haría el juez extranjero, pues aplica la norma de conflicto extranjera. Sin embargo, esta armonía internacional de soluciones no es matemática, ya que no se verifica si el país extranjero cuya Ley es aplicable admite también el reenvío, ya que en tal supuesto, la solución que darían al caso los tribunales extranjeros sería contraria, nuevamente, a la suministrada por los tribunales españoles. Es entonces cuando comienza el juego del “ping-pong internacional” que tantos detractores ha acumulado. Al aplicar a este supuesto las normas de conflicto españolas, éstas nos conducen a la aplicación de las normas de conflicto inglesas, a su vez estas normas nos vuelven a conducir a las normas españolas, y hay una cadena de remisiones sin final. Y para detener esa continúa cadena de remisiones, se decide aplicar una Ley material determinada. Pero la decisión de interrumpir las remisiones de una Ley a otra es arbitraria. En efecto, no existe un motivo que justifique por qué interrumpir en un momento determinado la cadena infinita de remisiones⁹. Aunque en este caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo sí encuentra una justificación para interrumpir esa cadena infinita de remisiones. El Tribunal Supremo hace una lectura económica del mecanismo jurídico del reenvío. La finalidad de este mecanismo jurídico es relocalizar la situación jurídica internacional y aplicar la Ley estatal que tenga los vínculos más estrechos con el caso. De este modo, los costes de litigación son menores para las partes.

3º) El reenvío como reajuste de la localización de la situación privada internacional. Con esta utilización del reenvío se consigue aplicar la Ley del país más vinculado con el asunto, y por consiguiente, se benefician las expectativas de los particulares. Porque como en el caso objeto de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, cuando hay unas conexiones reales, profundas y sustanciales del caso con España: esto es que el causante tenga su domicilio en dicho país, todos los bienes muebles e inmuebles se encuentren en España, así como sus herederos; lo que las partes esperan es que se aplique la Ley española a esa sucesión *mortis causa*. Aplicar la Ley inglesa en este caso, no sería eficiente, ya que la conexión del caso con el Derecho inglés es meramente formal. La vinculación que existe entre la Ley inglesa y el supuesto es la conexión de la nacionalidad, un vínculo que puede resultar, en caso concreto, débil y meramente formal. Esa tenue conexión, por lo tanto, provocaría unos muy elevados costes conflictuales para las partes, por la imprevisibilidad que comportaría la aplicación de dicha Ley al caso e incluso podría perjudicar las previsiones legales de terceros¹⁰. Las expectativas de las partes sería que se aplicara al asunto la Ley del Estado con el que presenta vínculos más profundos y estrechos, como es en este caso, la Ley española.

19. El mecanismo del reenvío cuando actúa como reajuste de la localización, como en este caso, cumple las expectativas de las partes, consigue ofrecer seguridad jurídica a las partes y por consiguiente,

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, p. 444.

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, p. 447.

¹⁰ Como ocurre con los casos de fraude de Ley o deslocalización conflictual artificial en ciertos campos como el Derecho internacional privado societario. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades fantasma y Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio 2014, núm. 27, pp. 1-54.

lleva a una solución eficiente del conflicto de leyes. Y ello por dos razones: 1) Porque se aplica el Derecho con el que la relación tiene unos profundos y más estrechos vínculos sustanciales, cumpliendo con las expectativas de las partes. 2) Porque la propia Ley inglesa (= *Inheritance Act* inglesa de 1975) en este supuesto sucesorio señala que debe aplicarse la Ley de situación de los inmuebles.

20. El TS se ha referido a este índice positivo de reenvío en la STS 15 noviembre 1996 y lo aceptó expresamente en la STS 23 septiembre 2002 (= el famoso *leading case* de *François Marie James W*).

21. El reenvío, en estos casos, actúa como un corrector a normas de conflicto de antigua redacción. Normas de conflicto previstas y diseñadas para una sociedad radicalmente distinta a la de nuestros días, y basadas fundamentalmente en el principio de soberanía. Es decir, corrige normas de conflicto obsoletas y antiguas. Permite que se aplique el Derecho del país con el que la situación privada internacional posee los vínculos más estrechos. Pues bien, el reenvío puede intervenir en relación con estas normas de conflicto a fin de descartar la aplicación de la Ley designada por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, y “redirigir” la localización hacia el país con el que el litigio presenta sus vínculos más estrechos (D. Gutmann)¹¹. En definitiva, “*el reenvío es un mecanismo al servicio de los conflictos de Leyes del siglo XXI que sirve para corregir los defectos de ciertas normas de conflicto elaboradas en la Edad Media*” (P. COURBÉ)¹².

22. Los tres argumentos anteriores aconsejan aceptar, en un caso concreto, misma solución: la admisión del reenvío de retorno. Esto es, la aplicación de la ley sustantiva española a la sucesión del inglés en España, en este caso. Sin embargo, esta aplicación de la Lex Fori puede justificarse en cualquiera de los argumentos precedentes. Todos los argumentos expuestos miran hacia un mismo resultado: una solución eficiente de los conflictos de leyes.

23. La globalización de la sociedad del siglo XXI hace que sea cada vez es más habitual que en España se susciten sucesiones *mortis causa* con sujetos de nacionalidad extranjera. Por eso se hizo necesaria una innovación jurisprudencial del Derecho Internacional Privado español, en particular de su artículo 12.2 del Código Civil. Las STS 15 noviembre 1996, 21 mayo 1999 y 23 septiembre 2002 supusieron un nuevo modo de interpretar el artículo 12.2 del Código Civil relativo al reenvío. Con estas sentencias la jurisprudencia ha suplido las insuficiencias de dicho artículo, que era un texto lacónico y antiguo, y ha impulsado un modelo de reenvío que sirve para lograr mejores resultados y no sólo para hacer aplicable la Ley española a casos que debían regirse inicialmente por Leyes extranjeras. Atendiendo con distintos argumentos a un mismo fin. Para conseguir, se litigue donde se litigue, un mismo resultado. Permite, a las partes, un *litigation planing*, que se llegue a un mismo resultado sea donde sea el litigio y que las partes puedan entonces decidir dónde van a litigar con seguridad en lo que se refiere a la Ley reguladora de la sucesión.

24. Por otra parte, la condición básica y requisito previo que exige el Tribunal Supremo, sin ningún tipo de excepción, es que la aceptación del reenvío de primer grado en favor de la Ley material española no provoque un “fraccionamiento legal de la sucesión”. El artículo 9.8 del Código Civil insta a que la Ley que regule la sucesión sea una sola Ley: “principio de la unidad legal de la sucesión”. La jurisprudencia española es inamovible en este aspecto: (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío], STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, SAP Málaga 18 diciembre 1996, SAP Málaga 13 marzo 2002, STS 23 septiembre 2002, SAP Alicante 10 marzo 2003, SAP Granada 19 julio 2004, SAP Asturias 1 septiembre 2005, SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español]), SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitos en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno]). Este criterio se sigue también

¹¹ D. GUTMANN, *Droit international privé*. 6ª ed. Dalloz, Paris, 2009, p. 83.

¹² P. COURBÉ, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, Paris, 2007, pp. 80-91.

en Francia (Sent. Cass. Francia 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española cuyo último domicilio se encontraba en Francia y con bienes inmuebles en España: el reenvío se justifica si permite alcanzar la unidad legal de la sucesión], Sent. Cass. Francia 21 marzo 2000, *Ballestrero*; Sent. Cass. Francia 20 junio 2006, *Wildenstein*)¹³.

25. El legislador español y el Tribunal Supremo optan por el principio de unidad y universalidad de la sucesión por la concepción personalista que rige en nuestro Derecho sucesorio. Hay un causante, hay un patrimonio y se sustituye a la persona del causante por otra persona que ocupa esa posición. El sistema se basa en la continuación de la persona del causante en sus herederos.¹⁴ Esto comporta distintas ventajas, como por ejemplo: se crea una mayor seguridad jurídica y no hay discriminación de los herederos.

III. El reenvío como reajuste de la localización de la situación internacional.

26. El reenvío es un mecanismo jurídico que modula la aplicación de la norma de conflicto para alcanzar soluciones más justas. El reenvío está al servicio de la norma de conflicto. Uno de los modos en los que consigue ofrecer soluciones más ventajosas es con un reajuste de la situación internacional. Y esta es la tesis que sigue el Tribunal Supremo en esta sentencia de 12 de enero de 2015.

27. Tal como ocurre con el caso del que viene esta Sentencia del Tribunal Supremo: un sujeto nacional inglés, que fallece en España, su domicilio está en España, todos sus bienes se encuentran en España, resultaría paradójico aplicar su ley nacional a la sucesión *mortis causa*, tal como expresa el artículo 9.8 del Código Civil. Es aquí donde aparece el reenvío como un mecanismo jurídico al servicio de esta norma de conflicto, para conseguir aplicar una ley estatal que esté más vinculada con la situación privada internacional: en este caso, la ley española.

28. Esta corrección en el reajuste de la localización comporta dos grandes ventajas, que están conectadas: a) La primera: es que permite la aplicación de una ley estatal previsible para las partes. b) La segunda: es que la aplicación de una ley estatal más vinculada con la situación privada internacional reduce significativamente los costes conflictuales para las partes.

29. Esta es una función del reenvío que cumple con uno de los principios fundamentales de la norma de conflicto: el “principio de proximidad”. Esta función del reenvío potencia la eficiencia de las normas de conflicto, ya que corrige las posibles ineficiencias a las que pueda conducir la aplicación de una norma de conflicto, como es el caso del artículo 9.8 del Código Civil. Este artículo obedece a una construcción antigua y obsoleta, unida al principio de soberanía estatal. El mundo ha cambiado y avanzado desde el año 1889, cuando se redactó este precepto en su formulación originaria. En la actualidad otros principios deben de fundamentar las normas de conflicto en esta materia.

30. Es por eso, por lo que el reenvío se hace necesario, porque “*el reenvío es un mecanismo al servicio de los conflictos de leyes del siglo XXI que sirve para corregir los defectos de ciertas normas de conflicto elaboradas en la Edad Media*”¹⁵. Esta función del reenvío está respaldada por numerosa jurisprudencia y la mejor doctrina.

31. Desde otro punto de vista. Es preciso tratar el tema de la sombra *legeforista* que planea sobre el mecanismo jurídico del reenvío. Con gran frecuencia, el reenvío fue empleado por los tribunales

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, p. 453.

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012*. Ed. Comares, Granada, 2014, p. 115.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014/2015, p. 449.

españoles para lograr la aplicación de la Ley española a la situación privada internacional que se le planteaba. Si el reenvío se utiliza con esta única finalidad, pierde toda su esencia, y puede conllevar consigo el peligro de que el tribunal dicte sentencias que puedan llegar a ser claudicantes (= válidas en el país cuyos tribunales la pronuncian, pero que no surten efectos legales en otro Estado). Además ese *legefórum* repercute negativamente en la seguridad jurídica internacional y al generar soluciones relativas, diferentes de país a país, fomenta que exista una “*carrera a los tribunales*” (= *forum shopping*). Y por último, el *legefórum* genera unos elevados costes conflictuales para las partes, si el tribunal termina por aplicar una Ley que no tiene una suficiente vinculación con la situación privada internacional. El reenvío es un mecanismo que puede y debe ser empleado para incrementar la eficiencia de las normas de conflicto, lo que se produce, por ejemplo, cuando logra reajustar la localización de una situación privada internacional, y por consiguiente, permite disminuir esos costes conflictuales para los particulares.

VI. El reenvío como mecanismo de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual

32. El futuro del reenvío en el Derecho internacional privado europeo radica en su función como un mecanismo de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual, especialmente en el sector sucesorio. Con la aparición en escena del Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 y su plena aplicación a partir del 17 de agosto de 2015, el mecanismo jurídico del reenvío adopta la dimensión y la argumentación de ser un mecanismo de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual. Las normas que contiene el Reglamento 650/2012 ya no son normas antiguas guiadas por el principio de soberanía, sino que son normas adaptadas a las situaciones privadas internacionales que se dan hoy día, inspiradas en el principio de proximidad. El legislador tiene muy presente la realidad actual, la globalidad de las situaciones privadas y la dimensión mundial que pueden tener las mismas, conectadas con distintos países (= países de la UE o terceros países). Por esta razón ofrece normas con puntos de conexión eficientes, que conducen a la Ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos con la situación privada internacional. De este modo, las situaciones privadas internacionales ya están bien localizadas por la norma de conflicto, no es necesario que el reenvío actúe para relocalizar estas situaciones. Sino que el reenvío se emplea para lograr un *litigation planing*, para conseguir la armonía internacional de soluciones. Y obtener un mismo resultado se litigue en el Estado que se litigue.

33. Este argumento sobre la función del reenvío quizás toma todo su sentido con la aparición en escena del Reglamento Sucesorio Europeo. Con el artículo 9.8 y 12.2 del Código Civil no gozó de todo el apoyo de doctrina y jurisprudencia, con el que si contó el argumento anterior.

34. Con el Derecho internacional privado de elaboración europea sí que hay una firme intención de perseguir la finalidad de esta función de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual del reenvío. Así se plasma en el artículo 34 del Reglamento Sucesorio Europeo, cuyo texto indica:

“1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a:

a) la ley de un Estado miembro,

o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30.”

35. El 17 de agosto de este mismo año cambia el panorama en el ámbito del Derecho sucesorio, un nuevo actor aparece en escena: El Reglamento sucesorio europeo 650/2012¹⁶ se aplicará plenamente,

¹⁶ REGLAMENTO (UE) N° 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los

y los tribunales españoles irán relegando la aplicación del artículo 9.8 del Código Civil en favor de la aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

36. La perspectiva de los tribunales españoles debe cambiar hacia lo que el Reglamento sucesorio europeo ofrece a los operadores jurídicos españoles y europeos. Aunque el Tribunal Supremo y el resto de tribunales seguirán aplicando el mecanismo del reenvío para “modernizar” el artículo 9.8 del Código Civil, que se quedará para dar respuesta a casos de Derecho internacional privado español, esto es, para casos de Derecho interregional. Con la plena aplicación del Reglamento sucesorio europeo no se dejará de utilizar el mecanismo del reenvío, pero sí que se utilizará otro argumento para usarlo. Se seguirán aportando soluciones lógicas en un mundo regido por normas de conflicto medievales, con las reglas que el sistema le da.

VI. Conclusiones

37. Reflexionar sobre el reenvío en materia sucesoria es reflexionar sobre la función misma de las normas de conflicto de leyes. Y eso siempre es estimulante, fascinante y necesario. Varias conclusiones pueden extraerse del análisis de esta sentencia del TS.

38. Primera. La función del reenvío, a pesar de argumentarse en distintos fundamentos, persigue una misma finalidad. Servir a la norma de conflicto para ofrecer soluciones que se ajusten de mejor modo a la situación internacional privada. Al fin y al cabo, con los distintos argumentos lo que se pretende es ofrecer una previsibilidad en la aplicación de la ley estatal, y por ende, una seguridad jurídica a los operadores jurídicos. Con la traducción que eso tiene hacia una reducción de los costes conflictuales.

39. Segunda: ante un cambio legislativo en el ámbito del Derecho sucesorio, como es la plena aplicación a partir del 17 de agosto del año 2015 del Reglamento Sucesorio Europeo, el reenvío va a seguir al servicio de la norma de conflicto y va a seguir aportando soluciones más justas. La pervivencia del reenvío es un dato, y de momento, no parece que nos vayamos a despedir de este mecanismo jurídico.

40. Tercera: La jurisprudencia española ha utilizado el reenvío en el sector sucesorio en relación con el artículo 9.8 y 12.2 del Código Civil como un mecanismo jurídico para reajustar la localización espacial y legislativa de una situación privada internacional. Ese reajuste se hace necesario porque la norma de conflicto española no ajustaba adecuadamente la relación jurídica internacional con la Ley del Estado que presentaba una vinculación más estrecha con el caso. El Tribunal Supremo en esa lectura que hace con el reenvío busca la eficiencia. El Tribunal Supremos hace una lectura económica del mecanismo jurídico del reenvío. El Tribunal Supremo con el reenvío aplica la Ley más vinculada con la situación privada internacional y consigue que los costes de litigación sean más reducidos para las partes.

41. Cuarta: De aquí hacia adelante la jurisprudencia española que surgirá sobre el reenvío con los artículos 9.8 y 12.2 del Código Civil será la que resuelva los casos anteriores a la aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo. Estos artículos del Código Civil con posterioridad a la fecha de la plena aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo, 17 de agosto de 2015, resolverán únicamente casos de Derecho interregional.

42. Quinta: El Reglamento Sucesorio Europeo contiene normas de conflicto bien construidas, realizadas por el legislador europeo. Normas de conflicto vertebradas por el principio de proximidad. Estas normas de conflicto ya dirigen a la aplicación de la Ley estatal más estrechamente vinculada a la situación privada internacional. Por lo tanto, la función del mecanismo del reenvío en estos casos será

documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DOUE L 201 de 27 de julio de 2012.

de armonización internacional de soluciones en sentido conflictual. Esta función del reenvío también comporta una visión económica del mismo, pues evita dobles procesos, acaba con las estrategias procesales oportunistas y hace inútil el *Forum Shopping*, lo que, en definitiva, reduce los costes asociados a la litigación sucesoria internacional. El reenvío es inmortal.

DONATION: SHORT NOTES BETWEEN ITALIAN CIVIL LAW AND EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW

DONAZIONE: BREVI NOTE TRA DIRITTO CIVILE ITALIANO E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO

GIANLUIGI PASSARELLI

*PhD candidate in Private International Law at University of Vienna and Research Fellow
at Law School of Second University of Naples*

Recibido: 19.06.2015 / Aceptado: 02.07.2015

Abstract: The donation in p.i.l. is an old problem in particular for the characterization and the current situation in certain EU Member States. This article briefly analyzes the relationship between the donation with Rome I Regulation and the recent EU Regulation 650/2012. Finally the article focuses on the Italian legal system and describes the problem, elaborating on the different solutions that might be adopted.

Key words: Donation, Conflicts of law, Diritto Internazionale Privato, Applicable Law, Rome I Regulation, EU Regulation 650/2012.

Riassunto: La donazione nel diritto internazionale privato è un vecchio problema sia per la qualificazione dell' istituto che per l' attuale scenario in alcuni Stati europei. L' articolo si prefigge di analizzare brevemente la relazione che la donazione ha con il Regolamento Roma I e con il recente Regolamento 650/2012. Infine l' articolo si sofferma sull' ordinamento giuridico italiano descrivendo le problematiche sottese, cercando di elaborare differenti soluzioni che potrebbero essere adottate.

Parole chiave: Donazione, Conflicts of law, EU Private International Law, Legge applicabile, Regolamento Roma I, Regolamento 650/2012.

Summary: I. Introduction; II. Basic remarks on donation in modern law; III. Focus on Italian legal system; IV. Tentative conclusions.

I. Introduction

1. The interpreter's task gets more difficult when he has to classify legal institution that has different points of contact with several countries.¹ These difficulties increase when the interpreter, in particular the court, has to classify an institution whose legal nature is different in certain EU Member States. A typical example is represented by donation that in some countries is qualified as a contractual obligation and in others as a unilateral act.² Consider the case of English common law where the qualification of donation as "contractual obligation" is not accepted by the English doctrine.³ In fact it is not recognized as a type of contract, but as a mere gift that is by definition gratuitous and therefore the donee has no contractual right to demand anything from the donor. In other EU Member States, such as Italy or

* I would like to thank Professor Maria Chiara Vitucci for very helpful suggestions. All errors are of course only mine.

¹ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Utet, Torino, 1975, p. 203.

² For more see further § II.

³ W. MORRISON, *"Blackstone's Commentaries on the Laws of England"*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001, § 442.

Germany, the donation is classified as a contract. In the light of these considerations this particular issue has always been of interest to European academics.

2. As a consequence it is clear that the interpreter, who interfaces with a donation with points of contact with different Member States, should proceed to analyse some preliminary issues, such as: the nature of the donation for the State of reference, and then decide if it can be defined as a “contractual obligation”; finally if that donation also touches on the system of succession and if the object of the donation is an immovable property.

3. These preliminary assessments are indispensable in order to determine which p.i.l. rule to apply.⁴ In fact the EU regulations do not give a specific classification of donation, nor rule a definition of “contractual obligations”.⁵ The last one is a concept that is not present in any p.i.l. instrument and the single national definitions have some elements of difference⁶, with all the consequences that that entails. In fact the term “contractual obligations” or “*obbligazioni contrattuali*” has, respectively in English and Italian legal system, a different meaning from the term “*vertragliche Schuldverhältnisse*” present in German version of the Rome I. The English and Italian terms “obligation” or “*obbligazione*” only refer to a contractual duty whereas the German word “*Schuldverhältnisse*” has a broader meaning and describes an entire complex not only of duty but also of rights.⁷

4. In light of the issues above, the unique application of a definition of “contractual obligations” for each Member States seems not practicable with the result that the only possible procedure is an autonomous qualification⁸ of a contractual obligation.⁹

5. Therefore considering the lack of a uniform definition at European level of “contractual obligation” as well as “donation”, the interpreter, in order to identify the applicable law, will have to make a careful examination of the all the circumstances and decide whether that donation for the State of reference may be classified as a “contractual obligation”. As a consequence only in this last case will the Rome I (or Convention)¹⁰ apply; otherwise it will be necessary to assess to apply another p.i.l. rule.¹¹

⁴ G. RAMONDELLI, “Le donazioni nel diritto internazionale privato”, in P. Rescigno (ed.), “*Trattato breve delle successioni e donazioni*”, Cedam, Padova, 2010, p. 823 and *ivi* for more references on donation in Italian p.i.l.

⁵ L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la Legge regolatrice delle donazioni”, in *Rivista di Dritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, p. 593.

⁶ M. WELLER, “Rome I art. 1”, in G.P. CALLIESS (ed.), “*Rome Regulations commentary on the European Rules of Conflict of Laws*”, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn, 2011, p. 39. The Author takes in consideration the example of the contract “into which one party is forced by law, as it is sometimes the case for suppliers of water or electricity”.

⁷ Some author has also approximated a modification of the German version with a more appropriate term such as “*vertragliche Pflichten*” or “*vertragliche Verbindlichkeiten*”. On this point A. J. BÉLOHLÁVEK, *Rome Convention, Rome I Regulation: commentary, new EU conflict-of-laws rules for contractual obligation*, Huntington, N.Y., Juris, 2010, II, pp. 103 - 104.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, 107. In the absence of a general definition understood as an EU concept of contractual obligation, the Author held that this could be defined as “a relationship based upon the free expression of will of two or more parties which [...] an intersection of these expressions is required”. In different way see M. McPARLAND, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, O.U.P., Oxford, 2015, p. 183. According to the Author “the interpretation of the concept of ‘contractual obligation’ will be shaped by the guidance given by the Court of Justice of the European Union, which has yet to come”.

¹⁰ It should be pointed out that the starting point here is not an analysis of the Rome Convention, which still applies today to any contracts dated prior to 17 December 2009 as well as contracts entered into with Denmark. In fact Article 1 (4) of Regulation makes a clear distinction between “Member States to the Regulation” and “Member States of the European Union”. This clarification is based on the circumstance that Denmark, the United Kingdom and Ireland, by virtue of the *opting out* and *opting in* schemes, agreed upon in the drafting of the Treaty of Amsterdam, may refrain from the automatic application of Community regulations. To date Ireland and the United Kingdom have *opted in*, therefore, only Denmark remains excluded, and has not yet expressed the intention to join the Rome I. It follows that the Danish courts will still continue to apply the criteria dictated by the Convention, at least until Denmark formally agrees to adhere to the Rome I. Therefore the territorial aspect, which has always played a very important role in private international law and has become a very ambiguous term, to date, with Denmark which has not adhered to the Rome I, could still cause several problems in terms of interpretation. In the same way in G. PASSARELLI, *The Protection of the European consumer in Private International Law. Some General Remarks*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2014, pp. 204-205.

¹¹ *Contra* G. BIAGIONI, “L’ ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, in P. FRANZINA – A. LEANDRO (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 38. According to the Author “le donazioni anche quando avvengano per atto unilaterale sarebbero sempre disciplinate dal Regolamento «Bruxelles I» e dal Regolamento «Roma I»”.

II. Basic remark on donation in modern law

6. The preliminary draft of the Rome Convention, explicitly excluded the p.i.l. rules from applying¹² “*en matière [...] de donation*”¹³, but then did not mention the matter in the final text of the Convention and in the same way neither did Rome I.

7. As seen, the application of the said p.i.l. rule is subject to the nature of donation as a contractual obligation for the State of reference and the extraneousness of matrimonial relationship, wills and succession.¹⁴ In fact the donation is qualified as a contract in some EU national legal system, as Italy (artt. 769 - 809 *Codice civile*), France (art. 894 *Code civil*) and Germany (§516 – 534 BGB), in others as in the case of Scotland has the nature of unilateral act.

8. The unilateral act¹⁵ can be qualified as contract and identifying the characteristic performer in this type of contract is certainly a less complex task for the interpreter than doing so in bilateral contracts.¹⁶ Indeed in reference to the Scottish legal system the task of identifying the applicable law is more complex. In fact where the donation is qualified as a unilateral act “in that only one party is actively involved in the promissory or donative act”¹⁷, it is important to point out that the interpreter in the delicate task of identifying the applicable law must consider that “in Scotland, the idea of unilateral denotes that is the number of parties required to constitute an obligation, so a contract can never be unilateral given that all contracts require the cooperation of two parties at least in order to be constituted”.¹⁸ The consequence is that in the case of donation with contact points with Scotland the provisions of the Rome I (Convention) could not apply.

9. Instead in EU Member States like France, Germany or Italy the contractual nature of the donation is uncontested, therefore as a general rule it should not cast doubt on the application of the rules of p.i.l. to the contractual obligations. Therefore, in absence of parties choice¹⁹ governs the party

¹² L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la Legge regolatrice delle donazioni”, (5), p. 591.

¹³ See Giuliano – Lagarde, “Rapport concernant l’avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, p. 208.

¹⁴ In reference to the Rome Convention see L. GATT, “Art. 1 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980”, in C.M. BIANCA – A. GIARDINA (eds.), *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1995, p. 920 and in reference to Rome I Regulation see G. BIAGIONI, “Art. 1, in Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I””, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 567.

¹⁵ F. SBORDONE, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, E.S.I., Napoli, 2008, p. 78. According to the Author “*Sollecita maggiori dubbi e riflessioni la prospettata inclusione nella disciplina di conflitto di cui al Regolamento Roma I delle obbligazioni derivanti da negozi unilaterali. In linea di principio, per un negozio unilaterale con elementi di estraneità fonte di obbligazioni non si potrebbe ricorrere alla disciplina di conflitto disposta dal Re.cit., poiché obbligazione di fonte non contrattuale; tant’è che la legge italiana di riforma del diritto internazionale privato (l. n. 218/1995) include nel Capo XI, dedicato alle obbligazioni non contrattuali, un articolo specifico per la fattispecie della promessa unilaterale (art. 58); per cui la promessa unilaterale, quale tipica e più frequente manifestazione di negozio unilaterale, è regolata dalla legge dello Stato in cui viene manifestata). Ciò premesso, sembrerebbe confermarsi l’idea per la quale qualsiasi manifestazione unilaterale di volontà idonea a produrre effetti giuridici regolativi degli interessi del dichiarante andrebbe piuttosto ricompresa in quest’ultima specifica disciplina di conflitto (art. 58, l. n. 218/1995). Giova, però, osservare che la varietà e la consistenza del fenomeno – tali da porre in alcune circostanze il negozio unilaterale addirittura in posizione di fungibilità con il contratto – potrebbero consigliare il ricorso alle norme di conflitto di cui al Regolamento Roma I”.*

¹⁶ C. S. A. OKOLI - G. O. ARISHE, “The Operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, in *Journal of Private International Law*, 2012, p. 516. In jurisprudence see Queen’s Bench Division (Commercial Court) 20 July 2005 case *Ark Therapeutics plc v. True North Capital Ltd.*

¹⁷ H. MACQUEEN / M. HOGG, “Donation in Scots Law”, in *Juridical Review*, 2012, p. 3.

¹⁸ M. A. HOGG, “Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law”, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2011, p. 176.

¹⁹ Party autonomy is one of the most important principles in private international law and, as known, the parties, in a national or more frequently in an international contract, are free to choose whichever law they want especially when the contract has connections with more countries. About the party autonomy see M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali* Giuffrè, Milano, 1976, pp. 261 ss.; G. DE NOVA, “Pluralità di fonti e tipi contrattuali nel commercio internazionale”, in U. DRAETTA / C. VACCÀ (eds.), *Fonti e tipi del contratto internazionale*, EGEA, Milano, 1991 p.

autonomy, the applicable law to the donation will be identified by starting the connecting factors of Article 4 (2) or (1 - c)²⁰ in the case of a donation of immovable property.²¹

10. However learned editors have suggested²² that the donation has the closest connection²³ with the country where the donor, that is the party obligated to carry out the characteristic performance,²⁴ has its habitual residence²⁵ at time of conclusion of the donation.²⁶ Nevertheless this cannot be considered a standard rule. In fact if the donation is made conditionally²⁷, it is necessary for the interpreter to localize carefully what is the characteristic performance of the donee or the donor and then apply the law of habitual residence of the characteristic performer.

11. Such a case could be one in which a wealthy Italian donor makes the donation of a small house in a small town in Germany to his young Ukrainian housekeeper (donee) with the obligation to assist his three children for a lifetime. In this particular case it appears equitable to consider that the “non-monetary performance”²⁸ (*Nicht-Geldleistung*) is that of the donee and the donor is not the person obliged to make the characteristic performance. Therefore in this circumstance the applicable law will be that of the habitual residence of the donee.

12. In the above example, the object of the donation is an immovable property, as a consequence in this case the interpreter could also apply the hard-and-fast rule of art. 4.1 (c) of the Rome I where the connection factor is one of the *lex rei sitae*,²⁹ so that as a consequence a law not close to the contract will be applied.

13. In light of these considerations it is clear that the interpreter in the task of identifying the law applicable to the donation must consider carefully all the circumstances at stake in order to apply the most equitable law.

2 ss.; H. Hoyer, “Der Anwendungsbereich des Einheitlichen Wiener Kaufrechts”, in H. Hoyer – W. Posch (eds.) *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den Internationalen Warenkauf*, Orac, Wien, 1992, p. 41; S. RODOTÀ, “Aspettando un codice?”, in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 6; R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 2001, pp. 4 ss..

²⁰ F. FERRARI – J. A. BISCHOFF, *Article 4*, in F. Ferrari (ed.) *Rome I Regulation. Pocket commentary* Sellier, Munich, 2014, p. 144.

²¹ Instead will be applied Article 4 (1) of the Convention if the donation is prior to December 17, 2009. For more see *supra* (10).

²² DICEY & MORRIS, *The conflict of laws*, 15th ed. (L. Collins ed.), Sweet&Maxwell, London, 2012, no. 33-008, 1884; A. J. BÉLOHLÁVEK, *Rome Convention, Rome I Regulation*, (7), p. 244; L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, (5), p. 591.

²³ L.F. KUYVEN, “Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles - Article 4 (5) sur la loi applicable à défaut de choix - Note sur la décision de la Cour de cassation (France) du 19 décembre 2006”, in *Uniform Law Review*, 2007, p. 382; P. VOLKEN, “How Common are the General Principles of Private International Law? America and Europe Compared”, in *Yearbook of Private International Law*, 1999, pp. 85 ss.

²⁴ About the characteristic performance see H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Characteristic Obligation in the draft EEC Obligation Convention”, in *American Journal and Comparative Law*, 1977, pp. 303 ss.; F. VISCHER, “The Principle of the typical performance in International contracts and the draft Convention”, in K.LIPSTEIN (ed), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, (University London, 1978), pp. 25 ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 maggio 1980*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 118 - 428; U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 514 ss.; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vinculos estrechos y la presuncion basada en la prestacion caracteristica del contrato”, in *Estudios juridicos en homenaje al professor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289 ss.

²⁵ On this point with reference to Italian case law see Tribunale Venezia 28 febbraio 2003 in (2004) *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, pp. 272 ss.

²⁶ L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la Legge regolatrice delle donazioni”, (5), p. 599.

²⁷ This type of donation is in force in Italian and German legal (525 BGB) systems.

²⁸ J. HILL, “Choice of law in contract under the Rome Convention: the approach of the UK Courts”, in *International Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 334. The Author mentioned the Scottish case *William Grant & Sons International Ltd vs. Marie Brizard Espana SA*, [1998].

²⁹ G.P. CALLIENS, *Rome Regulations Commentary on the European rules of the conflict of laws*, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn, 2011, p. 92.

III. Focus on Italian legal system

14. Given that in some Member States, such as Italy, the donation is a contract³⁰, it should be noted that the interpreter may still in some circumstances not apply the rules of p.i.l. on the contractual obligations³¹ to a donation. This can happen for example when the court does not consider the gift as a donation because it lacks the subjective requirements (*animus donandi*) and objective requirements (enrichment of a part and impoverishment of another)³², or in other circumstances. This is a case of those donations that are not derived from the contract or of those that are included in the field of family law and inheritance.³³

15. Certainly the “*donazione obnuziale*”³⁴ according to some Authors³⁵ are not included within the scope of the Rome I (Convention), regulated by art. 785 *Codice civile*, i.e. the agreement between future spouses for purposes of governing the financial positions subsequent to marriage.³⁶ The reasons underlying the exclusion of this type of donation are twofold: firstly it can be assessed as a unilateral act (art. 1334 *Codice civile*) with the result that the effects are dependent on the celebration of the marriage³⁷; secondly the close relationship that this donation has with the marriage certificate and as such not the target application of the Rome I (Convention). Indeed other authors³⁸, divide the “*donazione obnuziale*” into two subcategories, one framed as an agreement between future spouses and the other established by a third party in favor of one or both spouses and as such as a simple donation and subject to discipline referred to in Rome I (Convention).

16. The exclusion operates also with reference to the “*donazioni tra coniugi*”³⁹ which, following the repeal of Article 781 c.c.⁴⁰, may take the form of “*donazioni indirette*”.⁴¹ This is when acts between spouses produce the economic effects of a donation, although they are not donations from a legal point of view.

17. Finally also “*mortis causa*” donations, permitted by the laws of some Member States but not by the Italian law⁴², stay out of the scope of the Rome I (Convention)⁴³ because they aim to deal with the

³⁰ According to Art. 769 *Codice civile* “A gift is a contract by which, in the spirit of liberality, one party enriches the other, disposing of one of his rights in the other’s favor or assuming an obligation toward him”. The translation is made by S. BELTRAMO, *The Italian Civil Code*, Thomson Reuters, 2012, pp. 169 – 170.

³¹ G. LAURINI, “I limiti di applicabilità della Convenzione”, in *Rivista del Notariato*, 1983, pp. 56 ss.

³² M. VELLANO, “La donazione nel diritto internazionale privato”, in G. BONILINI (ed.) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1285 – 1286.

³³ G. RAMONDELLI, *Le donazioni nel diritto internazionale privato*, (4), p. 831.

³⁴ In English “Gift in contemplation of marriage” according to the translation of S. BELTRAMO, (30), p. 173.

³⁵ E. VITTA (1), pp. 203 ss.; G. ZICCARDI CAPALDO, “La donazione *propter nuntias* e la sua disciplina nel diritto internazionale privato italiano”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, p. 601 ss.

³⁶ O. LOMBARDI, Art. 785, in G. PERLINGIERI (ed.) *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, E.S.I., Napoli, 2010, pp. 815 ss.

³⁷ *Ex multis* A. TORRENTE, “La donazione”, in U. CARNEVALI /A. MORA (eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 197 ss.; L. GATT, *La liberalità*, II, Utet, Torino, 2012, p. 43 footnote n. 80.

³⁸ L. GATT, “Art. 1 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980”, (14), p. 922.

³⁹ Unofficial English “donations between spouses”.

⁴⁰ Repealed with the Constitutional Court ruling. June 27, 1973 n. 91 because was declared unconstitutional.

⁴¹ Governed by art. 809 *Codice civile* that can be qualified as other acts of liberality.

⁴² In reference to circumstance in Italian p.i.l. national regulation see N. BOSCHIERO, “Riforma del sistema italiano del sistema di diritto internazionale privato, sub Art. 56 Donazioni”, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1995, p. 1171.

⁴³ M. VELLANO, “La donazione nel diritto internazionale privato”, in G. BONILINI (ed.) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1295. According to the Author the opinion of whole Italian legal doctrine is that this type of donation must be excluded by the application of Rome I (Convention). In the same way with several reservations A. BONOMI, “Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions”, in *Recueil des cours*, 2010, pp.284 ss.; J. RE, “Sui requisiti di forma delle donazioni nel diritto internazionale privato”, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 469.

allocation of goods in view of death.⁴⁴ Indeed some Italian doctrine⁴⁵ raised an objection, pointing out that the donations subject to the premature death of the donor have legal nature of *atto inter vivos*, with the result that the Rome I (Convention) will be applied; otherwise the EU Regulation 650/2012⁴⁶ will be applied. As a consequence the rules on succession and not Rome I (Convention), are applied in those Member States where the donation “*mortis causa*” is described as a juridical act connected to the succession.⁴⁷

18. Finally, a brief mention deserves to be made to the “*patto di famiglia*”.⁴⁸ This not only to the various parties involved for various reasons and the strong connection with the “donation”⁴⁹ but also for the implications for the agreements as to succession.⁵⁰ In fact these issues may give rise to many doubts of interpretation in the enforcement of p.i.l. rule.

19. According to some academics the “*patto di famiglia*” is “*il nuovo contratto tipico a forma solenne con il quale un imprenditore trasferisce, con effetto immediato, senza ricevere alcun corrispettivo, in tutto o in parte la propria azienda [...] ad uno o più discendenti*”.⁵¹ Although it has strong implications and interference with inheritance matters, some academics⁵² believes that the “*patto di famiglia*” should be included in the application of the Rome I for its contractual nature. This interpretation is shared not only because the “*patto di famiglia*” is by definition a contract but also because the EU

⁴⁴ A. BONOMI, “Donazione (diritto internazionale privato)”, in *Enciclopedia diritto aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 307 ss.; L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la Legge regolatrice delle donazioni”, (5), p. 595.

⁴⁵ *Ex multis* G. RAMONDELLI, “Le donazioni nel diritto internazionale privato”, (4), p. 842.

⁴⁶ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. This Regulation shall apply to the succession of persons who die on or after 17 August 2015. On this EU Regulation see *ex multis* T. BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 116 ss.; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 249 ss.; P. FRANZINA, “Ragioni, valori e collazione sistematica della disciplina internazionalprivatistica europea delle successioni mortis causa”, in P. FRANZINA / A. LEANDRO (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3. P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, in *Reveu critique*, 2012, pp. 691 ss.

⁴⁷ G. BIAGIONI, “L’Ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, in P. FRANZINA – A. LEANDRO (eds.), (11), p. 39; J.G. MILLER, *International Aspects of Succession*, Ashgate/Dartmouth, London, 2000, p. 47, according to which “the *mortis causa* donation should be classified as an *inter vivos* transfer for the purpose of traditional conflict rules”.

⁴⁸ This juridical act was introduced in Italy with the Law n. 55 14.2.2006 and regulated by art- 768-*bis* ss. According to S. BELTRAMO, (30), p. 768, this legal institution is translated as “Family Pact”.

⁴⁹ S. DELLE MONACHE, “Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patti di famiglia”, in *Rivista del Notariato*, 2006, pp. 899 ss.; A. MERLO, *Il patto di famiglia*, in CNN notizie, February 14 2006, p. 4; C. CACCAVALE, “Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie”, in *Notariato*, 2006, p. 304. *Contra* G. PERLINGIERI, “Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi”, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2008, p.152 ss. According to the Author “*Il patto di famiglia non può essere considerato come una donazione, sia pure modale, perché il profilo di liberalità, pur caratterizzante, non risolve né esaurisce la funzione del negozio*”.

⁵⁰ This is a “*atto a titolo gratuito*” that can’t be qualified as “*patto successorio*”. On this topic see *ex multis* F. PADOVINI, “Fenomeno successorio e strumenti di programmazione alternativi al testamento”, in *Rivista notarile*, 2008, pp. 1007 ss.; F. GERBO, “Il patto di famiglia: problemi dommatici. Loro riflessi redazionali”, in *Rivista notarile*, 2007, pp. 1269 ss.; F. GAZZONI, “Appunti e spunti in tema di patto di famiglia”, in *Giustizia civile*, 2006, p. 217 ss.

⁵¹ N. DI MAURO/V. VERDICCHIO, “Comment to art. 768-*bis* c.c.”, in E. MINERVINI (ed.), *Il Patto di famiglia, Commentario alla legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 23 - 24. On the same point see U. LA PORTA, “Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni di impresa e determinazione anticipata della successione”, in U. LA PORTA (ed.), *Il Patto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 4. According to the Author “*è un contratto mediante il quale l’imprenditore individuale ovvero titolare di partecipazioni sociali, eletto il discendente ritenuto maggiormente idoneo alla prosecuzione della gestione del patrimonio familiare, assegna a costui i beni anzidetti*”.

⁵² M. VELLANO, “La donazione nel diritto internazionale privato”, in G. BONILINI (ed.) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1309; D. DAMASCELLI, Il “patto di famiglia” nel diritto internazionale privato, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 619 ss. According to the Author this juridical act is a contract that is not inserted in the legal aspects of successions. *Contra* G. BIAGIONI, “Art. 1, in Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”)”, (14), p. 568; F. VISMARA, “Patti successori nel Regolamento (UE) n. 650/2012 e patti di famiglia: un’ interferenza possibile?”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 811. According to the Author: “*il patto di famiglia può rilevare ai fini del regolamento n. 650/2012 o nell’ ipotesi in cui venga qualificato come accordo con finalità di divisione*”.

lawmakers within the next EU Regulation 650/2012 governing succession, not encompassing⁵³ it which cannot be qualified as an agreement as to succession⁵⁴ in its scope.

IV. Tentative conclusions

20. On the basis of the above considerations, it is clear that the court could have difficulty in to identify the applicable law when it is faced with a donation that has points of contact with various countries. This is not only because this juridical act, as seen, has a different characterization in the Member States but also because the rules of EU p.i.l. do not allow a clear and simple identification of the applicable law as well as of the term “contractual obligations”. However it requires some more attention, and in particular whether that donation can also fall under Rome I or should apply other p.i.l. rules.

21. These problems are magnified by the fact that the “escape clause” of Article 4 (3) of the Rome I can be applied only in particular circumstances. Therefore the interpreter discretionary power is limited in the task to identify the most equitable law. Hence the critical analysis of the strict criteria adopted by the framers of EU lawmakers on rules of p.i.l. subject to contractual obligations.

In fact the rigid and inflexible escape clause characterized by a “manifestly”⁵⁵ closest connection with another country, limits the discretionary power of the interpreter. The word “manifestly”, in the opinion of BEAUMONT / McELEVY, means “obvious”⁵⁶ or in the opinion of CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, when there is “*a vinculaciòn purament formal, nominal, fugaz, anecdòtica y aparente*”.⁵⁷ In a few words the “escape clause” can be applied when the circumstances are clear or evident to the eyes of the interpreter. Therefore in a case such as the example above⁵⁸ where there is a donation and the connection is not obvious and the circumstances are unclear then, in absence of parties choice, the interpreter’s task is obstructed by rigid rules.

22. In conclusion a flexible “escape clause” could guarantee more discretionary power to the court and at the same time to the application of the most equitable law that is closely connected to the contract. Therefore the need for flexible p.i.l. rules⁵⁹ and the importance of the rule of the interpreter in the task of identifying the applicable law, emerge particularly when the court is faced with a legal institution as donation that has a different legal nature in the Member States and where is important also to identify the more appropriate p.i.l. instrument in order to apply the most equitable law.

⁵³ EU Regulation 650/2012 art. 1. 2 (g) “The following shall be excluded from the scope of this Regulation: property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession”. Art. 1.2.(h) “questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated, such as clauses in the memoranda of association and articles of association of companies and other bodies, corporate or unincorporated, which determine what will happen to the shares upon the death of the members”.

⁵⁴ According to E. MINERVINI, “Comment to art. 458 c.c.”, (51), pp. 16 and 19 the “patto di famiglia” is neither a “*patto successorio istitutivo*” nor “*un patto successorio dispositivo o rinunziativo*”. On the same way see also F. GAZZONI, (50), p. 217.

⁵⁵ By some Authors defined as “key change” see P. R. BEAUMONT - P.E. McELEVY, *Private International Law*, Thomson Reuters, Edinburg, 2011, p. 480.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ A. L. CALVO CARAVACA – J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Comares, Granada, 2014, p. 863.

⁵⁸ See the above mentioned example in § II.

⁵⁹ “F. SCHWIND, *Problems of codification of Private International Law, in International and Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 434. According to the Author: “In p.i.l. flexibility seems to be of preponderant importance. In fact is important that provisions are kept sufficiently flexible”; G. PASSARELLI, *The Voluntary assignment of receivables in private international law, in Studi sull’ integrazione europea*, 2014, p. 336.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).